Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 1998 Vol. 3

1er cahier, 1998 Vol. 3

Cited as [1998] 3 S.C.R. 3-156

Renvoi [1998] 3 R.C.S. 3-156

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Consortium Developments (Clearwater) Ltd. *v.* Sarnia (City) 3

Municipal law — Judicial inquiry — Municipality passing resolution to establish judicial inquiry concerning certain land transactions — Land developers causing summonses to be issued to municipal officials — Whether resolution complies with requirements of Municipal Act — Whether judicial inquiry trenches on federal criminal law power — Whether quashing of summonses issued to municipal officials prevented land developers from assembling proper record — Whether requirements of natural justice breached by procedure adopted at inquiry pre-hearing — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

Constitutional law — Division of powers — Judicial inquiry — Municipality authorizing judicial inquiry concerning certain land transactions — Whether judicial inquiry trenches on federal criminal law power — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

Continued on next page

SOMMAIRE

Consortium Developments (Clearwater) Ltd. *c.* Sarnia (Ville) 3

Droit municipal — Enquête judiciaire — Municipalité adoptant une résolution visant l'ouverture d'une enquête judiciaire sur certaines opérations immobilières — Promoteurs immobiliers faisant délivrer des assignations à des élus et à des fonctionnaires municipaux — La résolution satisfait-elle aux exigences de la Loi sur les municipalités? — L'enquête judiciaire empiète-t-elle sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — L'annulation des assignations délivrées aux élus et aux fonctionnaires municipaux a-t-elle empêché les promoteurs immobiliers de constituer un dossier suffisant? — La procédure adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête dérogeait-elle aux exigences de la justice naturelle? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Enquête judiciaire — Municipalité autorisant une enquête judiciaire sur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Administrative law — Natural justice — Judicial inquiry — Municipality authorizing judicial inquiry concerning certain land transactions — Whether requirements of natural justice breached by procedure adopted at inquiry pre-hearing — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1).

Degelder Construction Co. *v.* Dancorp Developments Ltd **90**

Criminal law — Criminal interest rate — Criminal Code defining criminal interest rate as effective annual rate of interest exceeding 60 percent of credit advanced under agreement or arrangement — Developer receiving mortgage loan from trust company to finance completion of construction project — Debt to be repaid after 11 months but not in fact repaid for more than three years — Whether effective annual rate of interest should be calculated on basis of contractual term of loan or period during which credit was actually outstanding — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347(1)(b).

Garland *v.* Consumers' Gas Co. **112**

Criminal law — Criminal interest rate — Late payment penalty — Gas utility charging late payment penalty of five percent on accounts not paid by due date — Whether late payment penalty constitutes "interest at a criminal rate" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.

Costs — Class actions — Class proceedings fund — Costs of procedural motion awarded against class representative in his personal capacity — Whether costs award should be set aside — Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 59.4 — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.

R. *v.* Gallant **80**

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Sentencing delay — Judicial illness — Sentencing delay primarily due to prolonged illness of trial judge — Whether right to be tried within reasonable time applies to sentencing — Principles applicable for proper characterization of delay related to judicial illness — Point at which delay in sentencing related to trial judge's illness violates right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. *v.* MacDougall **45**

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Sentencing delay — Judicial illness — Sentencing delay primarily due to prolonged illness of trial judge — Whether right to be tried within reasonable time applies to sentencing — Principles applicable for proper characterization of delay related to judicial illness — Point at which delay in sentencing related to trial judge's illness violates right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

SOMMAIRE (Suite)

certaines opérations immobilières — L'enquête judiciaire empiète-t-elle sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

Droit administratif — Justice naturelle — Enquête judiciaire — Municipalité autorisant une enquête judiciaire sur certaines opérations immobilières — La procédure adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête dérogeait-elle aux exigences de la justice naturelle? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1).

Degelder Construction Co. *c.* Dancorp Developments Ltd **90**

Droit criminel — Taux d'intérêt criminel — Code criminel définissant le taux d'intérêt criminel comme tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté, qui dépasse 60 pour 100 — Promoteur obtenant un prêt hypothécaire d'une société de fiducie pour financer la réalisation d'un projet de construction — Dette devant être remboursée après 11 mois mais ne l'ayant été, en fait, qu'après plus de trois ans — Le taux d'intérêt annuel effectif devrait-il être calculé en fonction de la durée du prêt prévue au contrat ou en fonction de la période durant laquelle le prêt était réellement en cours? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347(1)b).

Garland *c.* Consumers' Gas Co. **112**

Droit criminel — Taux d'intérêt criminel — Pénalité pour paiement en retard — Entreprise de distribution de gaz imposant une pénalité de 5 pour 100 pour les comptes non payés à la date d'échéance — La pénalité pour paiement en retard équivaut-elle à des «intérêts à un taux criminel»? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.

Dépens — Recours collectifs — Fonds d'aide aux recours collectifs — Représentant des membres du groupe de personnes dans un recours collectif condamné personnellement aux dépens d'une motion d'ordre procédural — La condamnation aux dépens devrait-elle être annulée? — Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 59.4 — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6.

R. *c.* Gallant **80**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de détermination de la peine — Maladie du juge — Délai de détermination de la peine lié principalement à la maladie prolongée du juge du procès — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable s'applique-t-il à la détermination de la peine? — Principes applicables à la qualification du délai lié à la maladie du juge — Point à partir duquel le délai de la détermination de la peine lié à la maladie du juge viole le droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* MacDougall **45**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de détermination de la peine — Maladie du juge — Délai de détermination de la peine lié principalement à la maladie prolongée du juge du procès — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable s'applique-t-il à la détermination de la peine? — Principes applicables à la qualification du délai lié à la maladie du juge — Point à partir duquel le délai de détermination de la peine lié à la maladie du juge viole le droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 3, 1998

3e volume, 1998

Consortium Developments (Clearwater) Ltd. *Appellant*

v.

The Corporation of the City of Sarnia and the Lambton County Roman Catholic Separate School Board *Respondents*

and between

Kenneth MacAlpine, James Pumple and MacPump Developments Ltd. *Appellants*

v.

The Corporation of the City of Sarnia and the Lambton County Roman Catholic Separate School Board *Respondents*

and

The Attorney General for Saskatchewan *Intervener*

INDEXED AS: CONSORTIUM DEVELOPMENTS (CLEARWATER) LTD. *v.* SARNIA (CITY)

File No.: 25604.

Hearing and judgment: March 16, 1998.

Reasons delivered: October 22, 1998.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Municipal law — Judicial inquiry — Municipality passing resolution to establish judicial inquiry concerning certain land transactions — Land developers causing summonses to be issued to municipal officials — Whether resolution complies with requirements of Municipal Act — Whether judicial inquiry trenches on federal criminal law power — Whether quashing of summonses issued to municipal officials prevented land developers from assembling proper record — Whether requirements of natural justice breached by procedure

Consortium Developments (Clearwater) Ltd. *Appelante*

c.

Municipalité de Sarnia et Conseil d'écoles séparées catholiques de Lambton *Intimés*

et entre

Kenneth MacAlpine, James Pumple et MacPump Developments Ltd. *Appelants*

c.

Municipalité de Sarnia et Conseil d'écoles séparées catholiques de Lambton *Intimés*

et

Le procureur général de la Saskatchewan *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: CONSORTIUM DEVELOPMENTS (CLEARWATER) LTD. *c.* SARNIA (VILLE)

N° du greffe: 25604.

Audition et jugement: 16 mars 1998.

Motifs déposés: 22 octobre 1998.

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

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

Droit municipal — Enquête judiciaire — Municipalité adoptant une résolution visant l'ouverture d'une enquête judiciaire sur certaines opérations immobilières — Promoteurs immobiliers faisant délivrer des assignations à des élus et à des fonctionnaires municipaux — La résolution satisfait-elle aux exigences de la Loi sur les municipalités? — L'enquête judiciaire empiète-t-elle sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — L'annulation des assignations délivrées aux élus et aux fonctionnaires municipaux a-t-elle empêché les pro-

adopted at inquiry pre-hearing — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

Constitutional law — Division of powers — Judicial inquiry — Municipality authorizing judicial inquiry concerning certain land transactions — Whether judicial inquiry trenches on federal criminal law power — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

Administrative law — Natural justice — Judicial inquiry — Municipality authorizing judicial inquiry concerning certain land transactions — Whether requirements of natural justice breached by procedure adopted at inquiry pre-hearing — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1).

As a result of a series of land transactions with the appellant Consortium Developments (Clearwater) Ltd. ("Consortium"), a private developer, the town of Clearwater acquired a 40-acre park and some rights to adjoining land, and Consortium emerged with 107 acres of unserviced land intended for residential development. Clearwater and the former city of Sarnia were subsequently amalgamated. Questions arose soon after amalgamation regarding the propriety of the land transactions. It was alleged that the town had paid inflated prices for the land it acquired as a park, while Consortium paid too little. Local taxpayers petitioned the Minister of Municipal Affairs to convene an inquiry under s. 178 of the *Municipal Act*. The Ministry investigated and decided not to order a provincial inquiry, but referred the matter to the provincial police. The police eventually issued a press release advising that their investigation had been concluded and revealed no evidence of the commission of any criminal offence. While the police investigation was still ongoing, Sarnia city council passed a resolution to establish a judicial inquiry into the transactions pursuant to s. 100(1) of the *Municipal Act*, which grants a broad power to Ontario municipalities to authorize judicial inquiries into matters of municipal concern. The first branch of this power contemplates an investigation into specific misconduct, while the second branch contemplates an inquiry more generally into "the good government of the municipality or the conduct of any part of its public business". Consortium has consistently taken the position that the proposed judicial inquiry is not directed at concerns with

moteurs immobiliers de constituer un dossier suffisant? — La procédure adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête dérogeait-elle aux exigences de la justice naturelle? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Enquête judiciaire — Municipalité autorisant une enquête judiciaire sur certaines opérations immobilières — L'enquête judiciaire empiète-t-elle sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

Droit administratif — Justice naturelle — Enquête judiciaire — Municipalité autorisant une enquête judiciaire sur certaines opérations immobilières — La procédure adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête dérogeait-elle aux exigences de la justice naturelle? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1).

Une série d'opérations immobilières avec l'appelante Consortium Developments (Clearwater) Ltd. («Consortium»), un promoteur immobilier, a permis à la ville de Clearwater d'acquérir un parc de 40 acres et certains droits sur un terrain adjacent, et à Consortium, d'obtenir un terrain non aménagé de 107 acres destiné au lotissement résidentiel. La ville de Clearwater et l'ancienne ville de Sarnia ont par la suite fusionné. Peu de temps après la fusion, des questions ont été soulevées au sujet du bien-fondé des opérations immobilières. On alléguait que la ville avait payé des prix gonflés pour les terrains destinés à l'aménagement d'un parc, alors que Consortium avait payé un prix trop bas. Des contribuables municipaux ont adressé une pétition au ministre des Affaires municipales pour demander la tenue d'une enquête fondée sur l'art. 178 de la *Loi sur les municipalités*. Après examen, le Ministère a décidé de ne pas ordonner la tenue d'une enquête provinciale, mais il a soumis l'affaire à la police provinciale. La police a finalement annoncé, dans un communiqué de presse, que son enquête était terminée et qu'elle n'avait révélé aucune preuve de la perpétration d'une infraction criminelle. Alors que l'enquête policière était toujours en cours, le conseil municipal de Sarnia a adopté une résolution visant l'ouverture d'une enquête judiciaire sur les opérations en cause, conformément au par. 100(1) de la *Loi sur les municipalités* qui confère aux municipalités ontariennes un vaste pouvoir d'autoriser la tenue d'enquêtes judiciaires sur des questions d'intérêt municipal. Le premier volet de ce pouvoir concerne la tenue d'une enquête sur une inconduite particulière, alors que le

respect to "good government" or "the public business" but constitutes a substitute police investigation. It sought to develop the factual foundation for this allegation by causing summonses to be issued to members of the city council and some of its senior officials. These summonses were ultimately quashed by the Divisional Court on the basis that evidence about the intent of individual members would be irrelevant to the validity of the council resolution. The s. 100 resolution was also quashed, for vagueness. Approximately a month later, and more than 16 months after termination of the police investigation, city council passed a longer and more detailed authorizing resolution that referred specifically to the "good government" and "conduct of public business" branch of s. 100(1) of the *Municipal Act*. The appellants brought applications for judicial review. The Commissioner then opened his inquiry, indicating that he intended to proceed without awaiting the final resolution of the judicial review applications and outlining the general inquiry procedure he would follow. The appellants' motion to seek his removal from the inquiry was dismissed by the Divisional Court. Their application for judicial review to quash the new resolution was dismissed by a majority of the Divisional Court. The Court of Appeal affirmed that decision, as well as the decisions of the Divisional Court dismissing the motion to remove the inquiry Commissioner for partiality and quashing the summonses.

Held: The appeal should be dismissed.

The power of a municipality to authorize a judicial inquiry is an important safeguard of the public interest, and should not be diminished by a restrictive or overly technical interpretation of the legislative requirements for its exercise. At the same time, individuals who played a role in the events being investigated are also entitled to have their rights respected. The fact a s. 100 inquiry is a judicial inquiry clearly seeks to balance the municipality's desire to have accurate information and useful recommendations from an independent Commissioner against the right of private citizens and others to have their legitimate interests recognized and protected. A good deal of confidence is inevitably and properly placed in the ability of the Commissioner to ensure the fairness of the inquiry. While the public benefits sought

second volet a trait plus généralement à la tenue d'une enquête sur le «bon gouvernement de la municipalité ou [sur] la façon de traiter une partie des affaires publiques de celle-ci». Consortium a constamment soutenu que l'enquête judiciaire projetée ne porte pas sur des questions de «bon gouvernement» ou d'«affaires publiques», mais qu'elle était un substitut d'enquête policière. Elle a cherché à établir les faits à l'appui de cette allégation en faisant délivrer des assignations à des membres du conseil municipal et à certains hauts fonctionnaires de la ville. En fin de compte, la Cour divisionnaire a annulé les assignations pour le motif que la preuve de l'intention de chaque membre ne serait pas pertinente pour décider de la validité de la résolution du conseil municipal. La résolution fondée sur l'art. 100 a également été annulée, pour cause d'imprécision. Environ un mois plus tard et plus de 16 mois après la fin de l'enquête policière, le conseil municipal a adopté une résolution d'autorisation plus longue et détaillée qui renvoyait expressément à la partie du par. 100(1) de la *Loi sur les municipalités* traitant du «bon gouvernement» et de la «façon de traiter des affaires publiques». Les appelants ont déposé des demandes de contrôle judiciaire. Le commissaire a alors ouvert son enquête en exprimant son intention d'y procéder sans attendre l'issue des demandes de contrôle judiciaire et en traçant les grandes lignes de la procédure d'enquête générale qu'il suivrait. La requête en révocation du commissaire déposée par les appelants a été rejetée par la Cour divisionnaire. Leur demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler la nouvelle résolution a été rejetée par la Cour divisionnaire à la majorité. La Cour d'appel a confirmé cette décision, de même que les décisions de la Cour divisionnaire rejetant la requête en révocation du commissaire enquêteur pour cause de partialité et annulant les assignations.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le pouvoir d'une municipalité d'autoriser une enquête judiciaire est une garantie importante de l'intérêt public, et il ne doit pas être restreint par une interprétation restrictive ou trop technique des conditions législatives de son exercice. En même temps, les individus qui ont joué un rôle dans les événements visés par l'enquête ont également droit au respect de leurs droits. Le fait qu'une enquête fondée sur l'art. 100 soit une enquête judiciaire vise nettement à établir un équilibre entre la volonté de la municipalité d'obtenir d'un commissaire indépendant des renseignements exacts et des recommandations utiles et le droit des citoyens et d'autres personnes à la reconnaissance et à la protection de leurs intérêts légitimes. On a inévitablement, et avec raison, une grande confiance en la capacité du commis-

to be achieved by the judicial inquiry cannot be purchased at the expense of violating the rights of the appellants and others involved in the land transactions, those rights will be protected in the course of the proceeding by the principles of natural justice and the fairness of the Commissioner, and thereafter by the inadmissibility of compelled testimony in subsequent proceedings. The attack on the legislative validity of the second resolution in this case must be rejected. The resolution is perfectly intelligible. It identifies not only what is to be inquired into but the limits of the municipality's interest. The subject matter of the inquiry as set out in the resolution is a matter of legitimate municipal concern within the ambit of the matters referred to in s. 100.

Inquiry participants are entitled to particulars of what, if any, misconduct is alleged against them sufficiently in advance of the conclusion of the hearings (and ordinarily to each of them in advance of giving testimony) to reasonably enable each of them to respond as each of them may consider appropriate. Witnesses are routinely required to make disclosure of relevant documents to Commission counsel, and it should be customary for Commission counsel, to the extent practicable, to disclose to witnesses, in advance of their testimony, any other documents obtained by the Commission which have relevance to the matters proposed to be covered in testimony, particularly documents relevant to the witness's own involvement in the events being inquired into.

The courts below were correct to quash the summonses to city councillors and city officials. While courts should be slow to interfere with a party's effort to build its case, they should set aside summonses where, as here, the evidence sought to be elicited has no relevance to a live issue in the judicial review applications.

The second resolution is not *ultra vires* on the ground that the inquiry it creates is in reality a substitute police investigation invading the exclusive jurisdiction of Parliament in relation to criminal law and procedure. The decision in *Starr* cannot be taken as a licence to attack the jurisdiction of every judicial inquiry that may incidentally, in the course of discharging its mandate, uncover misconduct potentially subject to criminal sanction. The second resolution is not directed to specific

saire d'assurer l'équité de l'enquête. Les avantages publics que l'on cherche à obtenir au moyen d'une enquête judiciaire ne peuvent s'acquérir aux dépens des droits des appelants et d'autres personnes impliquées dans les opérations immobilières: ces droits seront protégés au cours de la procédure par les principes de justice naturelle et l'impartialité du commissaire et, par la suite, par l'inadmissibilité de tout témoignage forcé dans le cadre de procédures ultérieures. En l'espèce, la contestation de la validité législative de la deuxième résolution doit être rejetée. La résolution est parfaitement intelligible. Elle décrit non seulement l'objet de l'enquête, mais également les limites de l'intérêt de la municipalité. L'objet de l'enquête énoncé dans la résolution est une question d'intérêt municipal légitime qui relève des sujets mentionnés à l'art. 100.

Les participants à une enquête ont le droit de connaître, suffisamment avant la fin des audiences, les détails de toute inconduite qui peut leur être reprochée (et ordinairement chacun de ces détails avant de témoigner), afin d'être raisonnablement en mesure de répondre comme ils l'entendent. Il arrive couramment que l'on demande à des témoins de communiquer des documents pertinents aux avocats de la commission, et ces derniers devraient autant que possible prendre l'habitude de communiquer aux intéressés, avant qu'ils témoignent, tout autre document obtenu par la commission qui est pertinent en ce qui concerne les questions qui doivent être traitées au cours de leur témoignage, en particulier les documents ayant trait à la participation du témoin lui-même aux événements visés par l'enquête.

Les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison d'annuler les assignations délivrées à des membres du conseil municipal et à des hauts fonctionnaires de la ville. Bien que les tribunaux doivent hésiter à entraver les efforts déployés par une partie pour établir sa preuve, ils devraient annuler les assignations si, comme en l'espèce, la preuve que l'on cherche à obtenir n'a rien à voir avec une question soulevée dans les demandes de contrôle judiciaire.

La deuxième résolution n'est pas *ultra vires* du fait que l'enquête dont elle demande l'ouverture est, en réalité, un substitut d'enquête policière qui empiète sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit et de procédure criminels. L'arrêt *Starr* ne peut pas être interprété comme autorisant la contestation de la compétence relative à toute enquête judiciaire susceptible de révéler de manière incidente, dans le cadre de son mandat, une inconduite pouvant faire l'objet d'une sanction pénale.

allegations of criminal misconduct by named individuals.

The new amalgamated municipal body may lawfully undertake an inquiry into the affairs of its predecessor municipality. Section 9 of the amalgamating legislation, which puts the new city "in the place of the former" municipality for purposes relevant to assets and liabilities, brings Sarnia within s. 100 of the *Municipal Act*.

The Commissioner did not breach the requirements of natural justice and irrevocably lose jurisdiction by the procedure he adopted at the inquiry pre-hearing. While he stated that he would proceed notwithstanding the filing of the judicial review application, at the time he made this statement neither the Commissioner nor Commission counsel had received any application from the appellants for an adjournment. His decision to proceed and the proposed arrangements for the hearing were decisions properly made within the ambit of his procedural discretion. The appellants were not denied a hearing and the Commissioner's conduct disclosed no bias.

Cases Cited

Referred to: *MacPump Developments Ltd. v. Sarnia (City)* (1994), 20 O.R. (3d) 755; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Godson v. City of Toronto* (1890), 18 S.C.R. 36; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *British Columbia (Milk Board) v. Grisnich*, [1995] 2 S.C.R. 895; *Re Canada Metal Co. and Heap* (1975), 7 O.R. (2d) 185; *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Hydro Electric Commission of Mississauga v. City of Mississauga* (1975), 13 O.R. (2d) 511.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

La deuxième résolution ne vise pas des allégations précises d'inconduite criminelle de la part d'individus nommés.

La nouvelle municipalité issue de la fusion peut légalement ouvrir une enquête sur les affaires de la municipalité qui l'a précédée. L'article 9 de la loi opérant la fusion, qui prévoit que la nouvelle ville de Sarnia «remplace l'ancienne» municipalité en ce qui concerne l'actif et le passif, fait relever Sarnia de l'art. 100 de la *Loi sur les municipalités*.

Le commissaire n'a pas manqué aux exigences de la justice naturelle ni perdu irrévocablement sa compétence en raison de la procédure qu'il a adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête. Bien qu'il ait déclaré qu'il procéderait à l'enquête malgré le dépôt de la demande de contrôle judiciaire, à l'époque où il a fait cette déclaration, ni lui ni les avocats de la commission n'avaient reçu des appelants une demande d'ajournement. Sa décision de procéder à l'enquête et les mesures proposées pour l'audience sont des décisions prises régulièrement dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire en matière de procédure. Le commissaire n'a pas refusé d'accorder une audience aux appelants et sa conduite n'a révélé aucune partialité de sa part.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *MacPump Developments Ltd. c. Sarnia (City)* (1994), 20 O.R. (3d) 755; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Godson c. City of Toronto* (1890), 18 R.C.S. 36; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895; *Re Canada Metal Co. and Heap* (1975), 7 O.R. (2d) 185; *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Hydro Electric Commission of Mississauga c. City of Mississauga* (1975), 13 O.R. (2d) 511.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121.

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(8), (13), (16).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, s. 13.
Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, ss. 100(1), 178.
Planning Act, R.S.O. 1990, c. P.13.
Public Inquiries Act, R.S.O. 1990, c. P.41, ss. 5(2), 9(1).
Sarnia-Lambton Act, 1989, S.O. 1989, c. 41, s. 9.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(8), (13), (16).
Loi sur l'aménagement du territoire, L.R.O. 1990, ch. P.13.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5(2).
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 13.
Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1990, ch. P.41, art. 5(2), 9(1).
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1), 178.
Sarnia-Lambton Act, 1989, S.O. 1989, ch. 41, art. 9.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 1, 138 D.L.R. (4th) 512, 92 O.A.C. 321, 34 M.P.L.R. (2d) 291, [1996] O.J. No. 3004 (QL), affirming a decision of the Divisional Court (1995), 23 O.R. (3d) 498, 83 O.A.C. 241, 27 M.P.L.R. (2d) 157, [1995] O.J. No. 1649 (QL), dismissing an application for judicial review. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 1, 138 D.L.R. (4th) 512, 92 O.A.C. 321, 34 M.P.L.R. (2d) 291, [1996] O.J. No. 3004 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour divisionnaire (1995), 23 O.R. (3d) 498, 83 O.A.C. 241, 27 M.P.L.R. (2d) 157, [1995] O.J. No. 1649 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi rejeté.

Harvey T. Strosberg, Q.C., and *Susan J. Stamm*, for the appellants.

Harvey T. Strosberg, c.r., et *Susan J. Stamm*, pour les appelants.

George H. Rust-D'Eye, *Barnet H. Kussner* and *Valerie M'Garry*, for the respondent the City of Sarnia.

George H. Rust-D'Eye, *Barnet H. Kussner* et *Valerie M'Garry*, pour l'intimée la ville de Sarnia.

Thomson Irvine, for the intervener.

Thomson Irvine, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 BINNIE J. — This appeal involves an attack on the validity and conduct of a municipally authorized judicial inquiry into alleged conflicts of interest and alleged irregularities in certain land transactions in the City of Sarnia, Ontario. The appellants, who include private developers, allege that the judicial inquiry trenches on the federal criminal law power, was otherwise improperly constituted and *ultra vires* the municipality, and that they were wrongly prevented by the courts below from assembling a proper record to demonstrate the facts in support of their various allegations of invalidity. At the conclusion of the hearing in this Court, the appeal was dismissed from the

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi porte sur une contestation de la validité et de la conduite d'une enquête judiciaire, autorisée par une municipalité, sur des allégations de conflits d'intérêts et d'irrégularités relatives à certaines opérations immobilières à Sarnia (Ontario). Les appelants, qui comptent parmi eux des promoteurs immobiliers, soutiennent que l'enquête judiciaire empiète sur la compétence fédérale en matière de droit criminel, qu'elle a été instituée irrégulièrement et excède les pouvoirs de la municipalité, et que les tribunaux d'instance inférieure les ont empêchés à tort de constituer un dossier suffisant pour établir les faits à l'appui de leurs diverses allégations d'invalidité.

bench with reasons to follow. These are the reasons.

Factual Background

In the fall of 1989 and spring of 1990, a number of transactions took place involving vacant land near the intersection of Highways 402 and 40, in the Town of Clearwater, just east of the old City of Sarnia. As a result of these land transactions, which included reciprocal sales of land between the municipality and a developer, the appellant Consortium Developments (Clearwater) Ltd. ("Consortium"), lands were transferred between the public and private sectors. The Lambton County Roman Catholic Separate School Board emerged with a school site, the Town of Clearwater emerged with a park and some rights to adjoining land, and Consortium emerged with 107 acres of unserviced land intended for residential development. It was later alleged that the Town of Clearwater had paid inflated prices for the 40 acres it acquired as a park, while the appellant, Consortium (which had acquired a right of first refusal on the municipal lands as part of the purchase price of its lands by Clearwater) paid too little. The sale to Consortium was by public tender. Consortium, as purchaser, gave back a mortgage to the Town of Clearwater as vendor for $3,390,812 (the "Consortium mortgage").

On January 1, 1991, Clearwater and the former City of Sarnia were amalgamated. By the terms of the *Sarnia-Lambton Act, 1989*, S.O. 1989, c. 41, the newly amalgamated municipality inherited the assets and liabilities of Clearwater, including the Consortium mortgage. The respondent Sarnia says that the effect of the amalgamating Act is that the City and its local boards stands in the place of the former municipalities and their local boards. If the Town of Clearwater could have authorized the inquiry, it is argued, so too could the newly amalgamated City of Sarnia.

Questions arose soon after amalgamation regarding the propriety of the land transactions.

Au terme de l'audience devant notre Cour, le pourvoi a été rejeté séance tenante, avec motifs à suivre.

Les faits

À l'automne de 1989 et au printemps de 1990, un terrain vague situé près de l'intersection des routes 402 et 40 dans la ville de Clearwater, tout juste à l'est de l'ancienne ville de Sarnia, a fait l'objet d'un certain nombre d'opérations. Ces opérations immobilières, qui comprenaient des ventes réciproques de terrains entre la municipalité et un promoteur, l'appelante Consortium Developments (Clearwater) Ltd. («Consortium»), ont donné lieu à des transferts de terrains entre les secteurs public et privé. Le Conseil d'écoles séparées catholiques de Lambton obtenait un terrain pour construire une école, alors que la ville de Clearwater obtenait un parc et certains droits sur un terrain adjacent, et Consortium, un terrain non aménagé de 107 acres destiné au lotissement résidentiel. Il a plus tard été allégué que la ville de Clearwater avait payé des prix gonflés pour les 40 acres destinées à l'aménagement d'un parc, alors que l'appelante Consortium (qui avait acquis un droit de premier refus sur les terrains municipaux dans le cadre de l'achat de ses terrains par la ville de Clearwater) avait payé un prix trop bas. La vente à Consortium s'est faite par appel d'offres. Consortium, en qualité d'acheteuse, a constitué une hypothèque de 3 390 812 $ (l'«hypothèque de Consortium») au profit de la ville de Clearwater, en qualité de vendeuse. 2

Le 1er janvier 1991, la ville de Clearwater et l'ancienne ville de Sarnia ont fusionné. En vertu de la *Sarnia-Lambton Act, 1989*, S.O. 1989, ch. 41, la nouvelle municipalité issue de la fusion héritait de l'actif et du passif de la ville de Clearwater, dont l'hypothèque de Consortium. L'intimée Sarnia affirme qu'en vertu de la loi opérant la fusion, la ville et ses conseils locaux remplacent les anciennes municipalités et leurs conseils locaux. Si la ville de Clearwater pouvait autoriser l'enquête, fait-on valoir, la nouvelle ville de Sarnia résultant de la fusion pourrait le faire aussi. 3

Peu de temps après la fusion, des questions ont été soulevées au sujet du bien-fondé des opérations 4

The Mayor of Sarnia wrote to the solicitor for Consortium requesting information and, in particular, disclosure of the identities of the shareholders and principals of Consortium. The request was refused. The political pot boiled over.

The Consortium Mortgage

5 The Consortium mortgage has a number of controversial features. It provides that neither interest nor principal will be payable until the municipality has completed a secondary plan for the subject property and assumed the services on the lands. These steps would open the way to Consortium to develop the lands for residential homes under a plan of subdivision in accordance with the *Planning Act*, R.S.O. 1990, c. P.13. Payment of the principal monies is not tied to any calendar date, but is scheduled to begin three years after interest begins to accrue. Consortium explained this arrangement on the basis that, until Clearwater (now Sarnia) satisfies this condition, which it was anticipated would be done "almost immediately" after the sale, Consortium would be the owner of undeveloped land worth only a fraction of the purchase price. From Sarnia's perspective, these financial terms mean that the $3,390,812 Consortium mortgage generates no immediate benefit for the City and, further, could be criticized as an inducement to facilitate the development of the Consortium lands ahead of other raw lands in the municipality, perhaps contrary to the priority that ordinary planning considerations might otherwise dictate.

6 Another controversial feature of the Consortium transaction is the continuing insistence of the shareholders and principals on anonymity. The Town of Clearwater had not insisted on disclosure, and its dealings had all been with the developer's lawyer. Accordingly, Consortium now argues that anonymity has somehow become a contractual term of the sale of the park binding on the new City of Sarnia. The identity of the shareholder(s) remained undisclosed at the date of the hearing of this appeal. The other appellants, Kenneth MacAlpine, James Pumple and MacPump Devel-

immobilières. Le maire de Sarnia a écrit à l'avocat de Consortium pour obtenir des renseignements et, en particulier, connaître l'identité des actionnaires et des dirigeants de Consortium. Sa demande a été refusée. Politiquement, c'en était trop.

L'hypothèque de Consortium

L'hypothèque de Consortium comporte un certain nombre d'aspects controversés. Elle prévoit que ni les intérêts ni le principal ne seront exigibles tant et aussi longtemps que la municipalité n'aura pas établi un plan secondaire pour les terrains visés et doté ceux-ci de services. Cela permettrait à Consortium d'aménager les terrains en vue d'y construire des résidences selon un plan de lotissement conforme à la *Loi sur l'aménagement du territoire*, L.R.O. 1990, ch. P.13. Le remboursement du principal n'a pas à être effectué à une date particulière, mais il doit débuter trois ans après que les intérêts auront commencé à courir. Consortium a expliqué cette entente par le fait que, jusqu'à ce que Clearwater (maintenant Sarnia) remplisse cette condition, ce qui, croyait-on, serait fait «presque immédiatement» après la vente, elle posséderait une propriété non bâtie ne valant qu'une fraction du prix d'achat. Pour Sarnia, ces conditions financières signifient que l'hypothèque de 3 390 812 $ de Consortium ne génère aucun bénéfice immédiat pour la ville, et qu'elle pourrait, en outre, être critiquée comme mesure d'incitation à aménager les terrains de Consortium en priorité par rapport à d'autres terrains vagues de la municipalité, peut-être même contrairement à ce que pourraient commander les considérations habituelles en matière d'aménagement du territoire.

Un autre aspect controversé de l'opération de Consortium est le fait que ses actionnaires et dirigeants persistent à vouloir garder l'anonymat. La ville de Clearwater n'avait pas insisté pour que leur identité soit révélée et avait toujours traité avec l'avocat du promoteur. Consortium fait donc maintenant valoir que l'anonymat est en quelque sorte devenu une clause contractuelle de la vente du parc, qui lie la nouvelle ville de Sarnia. L'identité des actionnaires n'avait toujours pas été révélée à la date de l'audition du présent pourvoi. Les autres appelants, Kenneth MacAlpine, James

opments Ltd., were (or were involved with) the predecessors in title of the lands involved in some of the transactions, and have joined in the challenge to the judicial inquiry on the basis that they consider themselves to be potential targets. In earlier judicial review proceedings, the Sarnia City Solicitor filed an affidavit stating:

> One councillor and the Mayor of Clearwater Council and two of the principals of MacPump were all employed by the same Real Estate Company during the relevant time. As a result, questions are raised concerning Conflict of Interest legislation.

The Investigations

Local taxpayers petitioned the Minister of Municipal Affairs to convene an inquiry under s. 178 of the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45. The Ministry investigated and decided not to order a provincial inquiry, but referred the matter to the Ontario Provincial Police Anti-Rackets Branch. On August 18, 1993, the Ontario Provincial Police issued a press release advising that the police investigation had been concluded and revealed "no evidence of the commission of any criminal offence". On two occasions, the role of the solicitors for Consortium in the land transactions was investigated by the Law Society of Upper Canada. On both occasions, the Law Society found no evidence of professional misconduct or conduct unbecoming a solicitor and took no action.

The First Sarnia City Council Resolution

On November 23, 1992, Sarnia City Council passed a Resolution pursuant to s. 100(1) of the *Municipal Act* to establish a judicial inquiry concerning the land transactions. Section 100(1) grants a broad power to Ontario municipalities to authorize judicial inquiries into matters of municipal concern. The appellants say that this power is divided into two distinct branches. The first branch contemplates an investigation into specific miscon-

Pumple et MacPump Developments Ltd., étaient les prédécesseurs en titre (ou étaient liés aux prédécesseurs en titre) des terrains qui ont fait l'objet de certaines des opérations, et ils se sont joints à la contestation de l'enquête judiciaire pour le motif qu'ils se considèrent comme des cibles éventuelles. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire antérieur, l'avocate de la ville de Sarnia a déposé un affidavit dans lequel il était affirmé:

> [TRADUCTION] Un des conseillers municipaux et le maire de Clearwater, de même que deux dirigeants de MacPump, travaillaient pour la même société immobilière à l'époque pertinente, ce qui soulève des questions légales en matière de conflits d'intérêts.

Les enquêtes

7 Des contribuables municipaux ont adressé une pétition au ministre des Affaires municipales pour demander la tenue d'une enquête fondée sur l'art. 178 de la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45. Après examen, le Ministère a décidé de ne pas ordonner la tenue d'une enquête provinciale, mais il a soumis l'affaire à la direction de la lutte contre l'escroquerie de la Police provinciale de l'Ontario. Le 18 août 1993, la Police provinciale de l'Ontario a annoncé, dans un communiqué de presse, que son enquête était terminée et qu'elle n'avait révélé [TRADUCTION] «aucune preuve de la perpétration d'une infraction criminelle». Le rôle joué par les avocats de Consortium dans les opérations immobilières a fait l'objet de deux enquêtes du Barreau du Haut-Canada qui a conclu, dans les deux cas, à l'absence de preuve de faute ou de conduite professionnelle indigne d'un avocat, et n'a pris aucune mesure.

La première résolution du conseil municipal de Sarnia

8 Le 23 novembre 1992, le conseil municipal de Sarnia a adopté une résolution fondée sur le par. 100(1) de la *Loi sur les municipalités*, visant l'ouverture d'une enquête judiciaire sur les opérations immobilières. Le paragraphe 100(1) confère aux municipalités ontariennes un vaste pouvoir d'autoriser la tenue d'enquêtes judiciaires sur des questions d'intérêt municipal. Les appelants disent que ce pouvoir comporte deux volets distincts. Le

duct and the second branch contemplates an inquiry more generally into the good government of the municipality, "or the conduct of any part of its public business", as follows:

> **100.** — (1) Where the council of a municipality passes a resolution requesting a judge of the Ontario Court (General Division) to investigate [*the first branch*] any matter relating to a supposed malfeasance, breach of trust or other misconduct on the part of a member of the council, or an officer or employee of the corporation, or of any person having a contract with it, in regard to the duties or obligations of the member, officer, employee or other person to the corporation, or [*the second branch*] to inquire into or concerning any matter connected with the good government of the municipality or the conduct of any part of its public business, including any business conducted by a commission appointed by the municipal council or elected by the electors. . . .

9 The operative portion of the text of the first Sarnia City Council Resolution provided as follows:

> THAT Sarnia City Council ask for the appointment of a Judge under the appropriate legislation to carry out an inquiry for the City concerning the sale of City lands to Consortium and the sale from Consortium to the Lambton County Separate School Board of land in OPA #7, and Lottie Neely Park.

10 Consortium has consistently taken the position that the proposed judicial inquiry is not directed at concerns with respect to "good government" or "the public business" but constitutes a substitute police investigation. Consortium supports its case not only by reference to the inconclusive OPP investigation and Law Society inquiries already mentioned, but also by reference to local press reports of the various statements by Sarnia municipal politicians, including the following:

(i) On July 17, 1993, Alderman John Vollmar is quoted as saying, "People who talked to me want answers, who's involved . . . the legality and the morality of it".

premier volet concerne la tenue d'une enquête sur une inconduite particulière, et le second a trait plus généralement à la tenue d'une enquête sur le bon gouvernement de la municipalité ou sur «la façon de traiter une partie des affaires publiques de celle-ci»:

> **100** (1) . . . lorsque le conseil d'une municipalité adopte une résolution en vue de demander à un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), soit d'enquêter [*premier volet*] sur toute question relative à un cas présumé de méfait, d'abus de confiance ou d'inconduite de la part d'un membre du conseil ou d'un agent ou d'un employé de la municipalité, ou de quiconque est lié à la municipalité par un contrat, quant à ses fonctions ou à ses obligations, soit d'enquêter [*deuxième volet*] sur ou au sujet de toute question qui se rapporte au bon gouvernement de la municipalité ou à la façon de traiter une partie des affaires publiques de celle-ci, notamment une affaire traitée par une commission nommée par le conseil municipal ou élue par les électeurs . . .

Voici la partie essentielle de la première résolution adoptée par le conseil municipal de Sarnia:

> [TRADUCTION] QUE le conseil municipal de Sarnia demande la nomination d'un juge en vertu de la loi appropriée qui sera chargé de mener une enquête pour le compte de la ville concernant la vente de terrains municipaux à Consortium et la vente, par Consortium au Conseil d'écoles séparées catholiques de Lambton, d'un terrain situé dans OPA nº 7 et du parc Lottie Neely.

Consortium a constamment soutenu que l'enquête judiciaire projetée ne porte pas sur des questions de «bon gouvernement» ou d'«affaires publiques», mais qu'elle est un substitut d'enquête policière. À l'appui de son point de vue, Consortium renvoie non seulement aux enquêtes infructueuses de la PPO et du Barreau du Haut-Canada susmentionnées, mais également à des articles de presse locale relatant les diverses déclarations de politiciens municipaux de Sarnia, dont les suivantes:

(i) Le 17 juillet 1993, le conseiller John Vollmar aurait dit: [TRADUCTION] «Les gens qui me parlent veulent des réponses au sujet des personnes en cause [. . .] de la légalité et de la moralité de l'affaire».

(ii) On August 19, 1993, Alderman Elizabeth Wood is quoted as saying that "council is interested in finding out about 'mistakes in judgment and possible conflicts of interest'".

(iii) On August 31, 1993, Mayor Mike Bradley is quoted with respect to his views on why the city wanted to proceed with the judicial inquiry:

He said council wants to find out who the unnamed principals are behind Consortium, since the city inherited from Clearwater its purchase arrangement with the group, which includes a $3.4 million mortgage.

[Council] also wants to know why Clearwater acted as it did and whether any public official had a conflict of interest.

(iv) On September 3, 1993, Alderman Terry Burrell is quoted as saying that the OPP investigations "did not examine whether members of public bodies, like Clearwater council, were in conflict of interest . . . that is the outstanding question here". Alderman Wood is quoted as saying that a judicial inquiry is a powerful instrument to get at the truth of whether public officials or staff "misused" their positions.

(v) On February 14, 1994, Alderman Dave Boushy is quoted as saying that "the issue is whether there were any laws broken when the transactions took place".

(vi) On February 16, 1994, while commenting on the OPP finding that there was no evidence of commission of a criminal offence, Mayor Mike Bradley is quoted as stating that such a finding does not mean everything was above board.

Consortium sought to develop the factual foundation for the allegation that the inquiry was a colourable attempt to create a substitute criminal inquiry by causing summonses to be issued to members of the Sarnia City Council and some of its senior officials. These summonses were ultimately quashed by the courts below, and this quashing gives rise to one of the grounds of appeal to this Court.

(ii) Le 19 août 1993, la conseillère Elizabeth Wood aurait affirmé que [TRADUCTION] «le conseil veut vérifier s'il y a eu des erreurs de jugement et des conflits d'intérêts».

(iii) Le 31 août 1993, on cite le point de vue du maire Mike Bradley sur la raison pour laquelle la ville demandait de procéder à l'enquête judiciaire:

[TRADUCTION] Il a dit que le conseil veut connaître l'identité des dirigeants anonymes de Consortium, étant donné que la ville a hérité de Clearwater la convention d'achat intervenue entre cette dernière et le groupe, qui comprend une hypothèque de 3,4 millions $.

[Le conseil] veut également savoir pourquoi Clearwater a agi ainsi et si des fonctionnaires étaient en conflit d'intérêts.

(iv) Le 3 septembre 1993, le conseiller Terry Burrell aurait déclaré que les enquêtes de la PPO [TRADUCTION] «n'ont pas porté sur la question de savoir si des membres d'organismes publics, tel le conseil de Clearwater, étaient en conflit d'intérêts [. . .] c'est la question qui se pose ici». La conseillère Wood aurait dit qu'une enquête judiciaire est un excellent moyen de connaître la vérité concernant la question de savoir si des fonctionnaires ou des employés «ont abusé» de leurs positions.

(v) Le 14 février 1994, le conseiller Dave Boushy aurait déclaré que [TRADUCTION] «la question est de savoir si des lois ont été violées dans le cadre de ces opérations».

(vi) Le 16 février 1994, alors qu'il commentait la conclusion de la PPO qu'il n'y avait aucune preuve de la perpétration d'une infraction criminelle, le maire Mike Bradley aurait dit qu'une telle conclusion ne signifiait pas que tout avait été fait dans les règles.

Consortium a cherché à établir les faits à l'appui de l'allégation que l'enquête était une tentative déguisée de tenir un substitut d'enquête criminelle, en faisant délivrer des assignations à des membres du conseil municipal de Sarnia et à certains hauts fonctionnaires de la ville. Les assignations ont, en fin de compte, été annulées par les tribunaux d'instance inférieure, et ces annulations sont à l'origine d'un des moyens d'appel devant notre Cour. 11

Quashing the First Sarnia City Council Resolution

12 The first Resolution was quashed for vagueness; see *MacPump Developments Ltd. v. Sarnia (City)* (1994), 20 O.R. (3d) 755 (C.A.). However, the Court of Appeal did hold on that occasion that as Sarnia now included within its boundaries the whole of the former municipality of Clearwater, and stood in its place under s. 9 of the amalgamating statute, the new City of Sarnia had the power under s. 100 to pass a properly framed resolution to inquire into the affairs of the former municipality of Clearwater. Doherty J.A. observed at p. 771:

> . . . matters connected with the good government or public business of Clearwater are after amalgamation matters connected with the good government and public business of Sarnia.

The Second Sarnia City Council Resolution

13 On January 9, 1995, only a month after the quashing of its previous Resolution authorizing a judicial inquiry, and more than 16 months after termination of the OPP investigation, the City of Sarnia passed a longer and more detailed authorizing Resolution that referred specifically to the "good government" and "conduct of public business" branch of s. 100 of the *Municipal Act*. As its terms formed a significant part of the argument on the appeal, I reproduce it in full:

> Being a Resolution to request a Judicial Inquiry pursuant to Section 100 of the *Municipal Act*, and to provide the Terms of Reference therefor
>
> WHEREAS, under section 100 of the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, a Council of a municipality may, by resolution, request a Judge of the Ontario Court (General Division), to inquire into or concerning any matter connected with the good government of the municipality, or the conduct of any part of its public business;

L'annulation de la première résolution du conseil municipal de Sarnia

La première résolution a été annulée pour cause d'imprécision; voir *MacPump Developments Ltd. c. Sarnia (City)* (1994), 20 O.R. (3d) 755 (C.A.). Cependant, la Cour d'appel a alors décidé qu'étant donné que la nouvelle ville de Sarnia englobait désormais tout le territoire de l'ancienne municipalité de Clearwater qu'elle avait remplacée en vertu de l'art. 9 de la loi opérant la fusion, elle avait, aux termes de l'art. 100, le pouvoir d'adopter une résolution en bonne et due forme visant l'ouverture d'une enquête sur les affaires de l'ancienne municipalité de Clearwater. Le juge Doherty a fait remarquer, à la p. 771:

> [TRADUCTION] . . . les questions se rapportant au bon gouvernement ou aux affaires publiques de Clearwater constituent, depuis la fusion, des questions se rapportant au bon gouvernement et aux affaires publiques de Sarnia.

La deuxième résolution du conseil municipal de Sarnia

Le 9 janvier 1995, un mois seulement après l'annulation de sa résolution antérieure autorisant la tenue d'une enquête judiciaire et plus de 16 mois après la fin de l'enquête de la PPO, la ville de Sarnia a adopté une résolution d'autorisation plus longue et détaillée qui renvoyait expressément à la partie de l'art. 100 de la *Loi sur les municipalités* traitant du «bon gouvernement» et de la «façon de traiter des affaires publiques». Comme cette résolution constitue une partie importante de l'argumentation soumise en appel, je la reproduis en entier:

> [TRADUCTION] Résolution visant l'ouverture d'une enquête judiciaire fondée sur l'article 100 de la *Loi sur les municipalités* et à en établir le mandat
>
> ATTENDU QUE, en vertu de l'article 100 de la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, un conseil municipal peut, par résolution, demander à un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) d'enquêter sur ou au sujet de toute question se rapportant au bon gouvernement de la municipalité ou à la façon de traiter une partie de ses affaires publiques;

AND WHEREAS any Judge so requested shall make the Inquiry and shall report with all convenient speed, to Council, the result of the Inquiry and the evidence taken, and for that purpose shall have all the powers of a commission under Part II of the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41;

AND WHEREAS the Corporation of the City of Sarnia has become the owner of certain lands, shown on the attached map, and known as the "Lottie Neely lands" or "Lottie Neely Park", as a result of the amalgamation of the former Town of Clearwater ("Clearwater") with the former City of Sarnia, and as a result of the purchase of these lands from MacPump Developments Ltd. ("MacPump") by Clearwater;

AND WHEREAS the consideration for the purchase by Clearwater of the Lottie Neely lands included, in addition to the purchase price of $1,200,000.00, the granting to MacPump of a right of first refusal on a 142 acre parcel of land owned by Clearwater, also shown on the attached map, and known as the "Parklands";

AND WHEREAS Clearwater sold the Parklands to Consortium Developments (Clearwater) Ltd. ("Consortium") following a public tender process, which was subject to the right of first refusal;

AND WHEREAS, prior to the sale of the Parklands to Consortium, Clearwater declined to negotiate with the Lambton County Roman Catholic Separate School Board (the "Board"), the Board's offer to purchase a portion of the Parklands;

AND WHEREAS the right of first refusal granted by Clearwater to MacPump, was assigned by MacPump, to a trustee (the "Trustee");

AND WHEREAS the Trustee agreed to sell a 35 acre parcel of the Parklands to the Board;

AND WHEREAS the Parklands which Clearwater sold to Consortium were conveyed in two parcels, as follows:

1. a 35 acre parcel conveyed to the Trustee, and

2. a 107 acre parcel conveyed to Consortium.

AND WHEREAS, on the same day that the Parklands were conveyed by Clearwater to the Trustee and Consortium, the Trustee conveyed the 35 acre parcel of land, to a trustee, in trust for the Board;

ET ATTENDU QUE le juge saisi d'une telle demande doit procéder à l'enquête et remettre au conseil, dans les meilleurs délais, les résultats de cette enquête et les éléments de preuve recueillis, et qu'à cette fin le juge a tous les pouvoirs conférés à une commission par la partie II de la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1990, ch. P.41;

ET ATTENDU QUE la municipalité de Sarnia est devenue propriétaire de certains terrains, indiqués sur la carte ci-jointe et connus sous le nom de «terrains Lottie Neely» ou «parc Lottie Neely», par suite de la fusion des anciennes villes de Clearwater («Clearwater») et de Sarnia, et par suite de l'achat de ces terrains à MacPump Developments Ltd. («MacPump») par Clearwater;

ET ATTENDU QUE, en contrepartie de son achat des terrains Lottie Neely, Clearwater a consenti à MacPump, outre le versement du prix d'achat de 1 200 000 $, un droit de premier refus sur une parcelle de terrain de 142 acres lui appartenant, laquelle est également indiquée sur la carte ci-jointe et connue sous le nom de «terrain Parklands»;

ET ATTENDU QUE Clearwater a vendu le terrain Parklands à Consortium Developments (Clearwater) Ltd. («Consortium») à la suite d'un appel d'offres, sous réserve du droit de premier refus;

ET ATTENDU QUE, avant la vente du terrain Parklands à Consortium, Clearwater a refusé de négocier avec le Conseil d'écoles séparées catholiques de Lambton (le «conseil scolaire») l'offre de ce dernier d'acheter une partie du terrain Parklands;

ET ATTENDU QUE le droit de premier refus consenti par Clearwater à MacPump a été cédé par MacPump à un fiduciaire (le «fiduciaire»);

ET ATTENDU QUE le fiduciaire a accepté de vendre au conseil scolaire une parcelle de 35 acres du terrain Parklands;

ET ATTENDU QUE le terrain Parklands que Clearwater a vendu à Consortium a été cédé en deux parcelles, de la façon suivante:

1. une parcelle de 35 acres cédée au fiduciaire, et

2. une parcelle de 107 acres cédée à Consortium.

ET ATTENDU QUE le même jour où Clearwater a cédé le terrain Parklands au fiduciaire et à Consortium, le fiduciaire a cédé la parcelle de 35 acres à un fiduciaire agissant pour le compte du conseil scolaire;

AND WHEREAS, as a result of the sale to Consortium, the Corporation of the City of Sarnia is now the holder of a mortgage in the amount of $3,390,812.20 on the 107 acre portion of the Parklands, which mortgage was registered April 5th, 1990 and provides, in part, that:

"The said principal sum shall be repayable as follows:

a) interest shall be calculated at the rate of 10% per annum, half yearly not in advance, and shall be payable yearly. Interest shall commence on the completion by the Chargee of the secondary plan for the subject property and upon completion and assumption by the Chargee of the infrastructure in relation thereto in order that the lands being charged can proceed to be developed by plan of subdivision in accordance with the Planning Act.

b) all outstanding principal and interest to be due and payable three (3) years from the date upon which interest commences as set out in clause (a) above."

AND WHEREAS the conditions precedent for the commencement of interest on the principal sum secured by the mortgage have not been satisfied;

AND WHEREAS, by virtue of section 9 of the *Sarnia-Lambton Act*, S.O. 1989, c. 41, the assets and liabilities of Clearwater have become assets and liabilities of the City of Sarnia, and the City stands in the place of Clearwater;

AND WHEREAS a public inquiry would permit the public to understand and evaluate fully the above noted transactions, and would permit the Commissioner to make recommendations that would be of benefit for the future conduct of the public business of the municipality;

AND WHEREAS the City of Sarnia has received delegations and petitions calling for the City to inquire into these transactions;

AND WHEREAS the Ontario Court of Appeal has affirmed the City's right to pass such a Resolution;

NOW THEREFORE THE MUNICIPAL COUNCIL OF THE CORPORATION OF THE CITY OF SARNIA DOES HEREBY RESOLVE THAT:

1. An Inquiry is hereby requested to be conducted pursuant to that portion of Section 100 of the *Municipal Act* which authorizes the Commissioner to, "inquire into, or concerning, any matter connected

ET ATTENDU QUE, par suite de la vente à Consortium, la municipalité de Sarnia est titulaire d'une hypothèque de 3 390 812,20 $ sur la parcelle de 107 acres du terrain Parklands, laquelle hypothèque a été enregistrée le 5 avril 1990 et prévoit notamment que:

«Le principal sera remboursable de la façon suivante:

a) les intérêts seront calculés au taux annuel de 10 pour 100, de façon semestrielle non à l'avance, et ils seront payables annuellement. Les intérêts commenceront à courir dès que le titulaire de la charge aura réalisé le plan secondaire relatif aux terrains en cause et doté ceux-ci de l'infrastructure nécessaire en vue de leur aménagement dans le cadre d'un plan de lotissement conforme à la Loi sur l'aménagement du territoire.

b) toute partie du principal ou des intérêts dus et payables dans un délai de trois (3) ans à partir de la date à laquelle les intérêts commenceront à courir tel que prévu dans la clause a) qui précède.»

ET ATTENDU QUE les conditions auxquelles les intérêts commenceraient à courir sur le principal garanti par l'hypothèque n'ont pas été remplies;

ET ATTENDU QUE, en vertu de l'article 9 de la *Sarnia-Lambton Act*, S.O. 1989, ch. 41, l'actif et le passif de Clearwater sont devenus l'actif et le passif de la ville de Sarnia, et que cette ville remplace Clearwater;

ET ATTENDU QU'une enquête publique permettrait au public de comprendre et d'apprécier pleinement les opérations susmentionnées, et permettrait au commissaire de faire des recommandations avantageuses quant à la façon de traiter les affaires publiques de la municipalité à l'avenir;

ET ATTENDU QUE la ville de Sarnia a reçu des délégations et des pétitions lui demandant d'enquêter sur ces opérations;

ET ATTENDU QUE la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le droit de la ville d'adopter une telle résolution;

LE CONSEIL MUNICIPAL DE LA VILLE DE SARNIA A DONC RÉSOLU DE:

1. demander, par la présente, la tenue d'une enquête conformément à la partie de l'article 100 de la *Loi sur les municipalités* qui autorise le commissaire à «enquêter sur ou au sujet de toute question qui se rap-

with the good government of the municipality, or the conduct of any part of its public business", and

2. The Honourable Mr. Justice Gordon P. Killeen be requested to act as Commissioner for the Inquiry.

AND IT IS FURTHER RESOLVED THAT the Terms of Reference of the Inquiry shall be:

To inquire into all aspects of the above transactions, their history and their impact on the ratepayers of the City of Sarnia as they relate to the good government of the municipality, or the conduct of its public business, and to make any recommendations which the Commissioner may deem appropriate and in the public interest as a result of his Inquiry.

AND IT IS FURTHER RESOLVED THAT the Commissioner, in conducting the Inquiry into the transactions in question to which the Town of Clearwater was a party, and without expressly inquiring into the internal affairs and conduct of the Board, except as is incidental to his primary inquiry, is empowered to ask any questions which he may consider as necessarily incidental or ancillary to a complete understanding of these transactions.

AND, for the purpose of providing fair notice to those individuals who may be required to attend and give evidence, and without infringing on the Commissioner's discretion in conducting the Inquiry in accordance with the Terms of Reference stated herein, it is anticipated that the Inquiry may include the following:

1. an inquiry into all relevant circumstances pertaining to the various transactions referred to herein, including: their relationship to one another; the consideration provided by the parties in each instance; the granting by Clearwater of a right of first refusal to MacPump upon the purchase of the Lottie Neely lands by Clearwater; the acceptance by Clearwater of a mortgage given by Consortium upon its purchase of the Parklands; and the timing of the various transactions in relation to one another and in relation to the amalgamation of Clearwater and the former City of Sarnia;
2. an inquiry into the nature and extent of the information which was available to the parties to the various transactions at all relevant times;
3. an inquiry into the relationships, if any, between the elected and administrative representatives of Clearwater, and the principals and representatives of the

porte au bon gouvernement de la municipalité ou à la façon de traiter une partie des affaires publiques de celle-ci», et de

2. demander que monsieur le juge Gordon P. Killeen agisse en tant que commissaire pour les fins de l'enquête.

IL EST EN OUTRE RÉSOLU QUE le mandat de l'enquête soit le suivant:

Enquêter sur tous les aspects des opérations susmentionnées, leur historique et leur incidence sur les contribuables de la ville de Sarnia, dans la mesure où elles touchent au bon gouvernement de la municipalité ou à la façon de traiter ses affaires publiques, et faire les recommandations que le commissaire pourra juger appropriées et dans l'intérêt du public, à la suite de son enquête.

IL EST EN OUTRE RÉSOLU QUE le commissaire, en enquêtant sur les opérations en cause auxquelles la ville de Clearwater a pris part, et sans toucher expressément aux affaires internes et à la conduite du conseil scolaire, sauf de manière accessoire à son enquête principale, aura le pouvoir de poser toute question qu'il pourra juger nécessairement accessoire à la compréhension complète de ces opérations.

ET, afin d'aviser dans un délai raisonnable les personnes qui pourront être appelées à témoigner, et sans porter atteinte au pouvoir discrétionnaire du commissaire de mener l'enquête conformément au mandat énoncé aux présentes, il est prévu que l'enquête pourra porter sur les sujets suivants notamment:

1. toutes les circonstances pertinentes relatives aux diverses opérations mentionnées aux présentes, y compris: le lien qui existe entre elles; la contrepartie fournie par les parties dans chaque cas; l'attribution, par Clearwater, d'un droit de premier refus à MacPump dans le cadre de l'achat des terrains Lottie Neely par Clearwater; l'acceptation, par Clearwater, d'une hypothèque constituée par Consortium dans le cadre de son achat du terrain Parklands; le moment où ont été conclues les diverses opérations les unes par rapport aux autres et par rapport à la fusion de Clearwater et de l'ancienne ville de Sarnia;
2. la nature et l'importance des renseignements dont disposaient les parties ayant pris part aux diverses opérations, à toutes les époques pertinentes;
3. les liens, s'il en est, qui existaient entre, d'une part, les représentants élus et les administrateurs de Clearwater et, d'autre part, les dirigeants et les représen-

Board, MacPump, the Trustee and Consortium at all relevant times; and

4. an inquiry into the legal or other professional advice obtained by Clearwater in connection with its negotiations.

tants du conseil scolaire, MacPump, le fiduciaire et Consortium, à toutes les époques pertinentes; et

4. les avis juridiques ou autres avis professionnels obtenus par Clearwater relativement aux négociations qu'elle menait.

Second Judicial Review Application

14 On February 28, 1995, several weeks after passage of the Second Sarnia City Council Resolution, the present applications for judicial review were commenced. Included in the grounds was the allegation that the Second Sarnia City Council Resolution had a colourable purpose in that it:

> . . . creates an inquiry into the supposed misconduct of named and unnamed individuals while purporting to create an inquiry into the good government of the municipality.

La deuxième demande de contrôle judiciaire

Le 28 février 1995, plusieurs semaines après l'adoption de la deuxième résolution du conseil municipal de Sarnia, les présentes demandes de contrôle judiciaire ont été déposées. Un des motifs invoqués était que la deuxième résolution du conseil municipal de Sarnia avait un objet déguisé vu qu'elle:

> [TRADUCTION] . . . institue une enquête sur la prétendue inconduite de personnes nommées et non nommées tout en visant l'ouverture d'une enquête sur le bon gouvernement de la municipalité.

Opening of the Commission of Inquiry

15 On March 6, 1995, Commissioner Gordon P. Killeen, a justice of the Ontario Court (General Division), opened his inquiry. His opening statement indicated an intention to proceed without awaiting the final resolution of the judicial review applications together with an outline of the general inquiry procedure he would follow. The appellants took the position that Commissioner Killeen had made up his mind not only to proceed without hearing their submissions, but also how he would proceed. They brought a motion to seek his removal from the inquiry. This removal motion was dismissed by a unanimous Divisional Court by order dated March 10, 1995.

L'ouverture de l'enquête de la commission

Le 6 mars 1995, le commissaire Gordon P. Killeen, juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), a ouvert son enquête. Dans son allocution d'ouverture, il a exprimé son intention de procéder à l'enquête sans attendre l'issue des demandes de contrôle judiciaire et a tracé les grandes lignes de la procédure d'enquête générale qu'il suivrait. Les appelants ont prétendu que le commissaire Killeen avait non seulement décidé de procéder sans entendre leurs arguments, mais également décidé de la façon dont il procéderait. Ils ont déposé une requête visant à le révoquer. Cette requête en révocation a été rejetée à l'unanimité par la Cour divisionnaire dans une ordonnance datée du 10 mars 1995.

Subpoena to Members of City Council

16 As stated, in an effort to advance its allegation of colourable purpose Consortium caused summonses to be issued to various members of City Council and senior city officials to testify as witnesses in the pending motions for judicial review. The Divisional Court, on a preliminary motion with written reasons released on April 12, 1995, 81 O.A.C. 102, quashed the summonses on the basis

Les assignations à comparaître délivrées à des membres du conseil municipal

Comme nous l'avons vu, pour étayer son allégation d'objet déguisé, Consortium a fait délivrer des assignations à divers membres du conseil municipal et à des hauts fonctionnaires de la ville leur enjoignant de témoigner dans le cadre des demandes de contrôle judiciaire en instance. À la suite d'une requête préliminaire, la Cour divisionnaire a, dans des motifs écrits déposés le 12 avril

that evidence about the intent of individual members would be irrelevant to the validity of the Council resolution, citing *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106.

1995, 81 O.A.C. 102, annulé les assignations pour le motif que la preuve de l'intention de chaque membre ne serait pas pertinente pour décider de la validité de la résolution du conseil municipal, citant l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106.

Relevant Statutory Provisions

Section 100(1) of the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, provides:

100. — (1) Where the council of a municipality passes a resolution requesting a judge of the Ontario Court (General Division) to investigate any matter relating to a supposed malfeasance, breach of trust or other misconduct on the part of a member of the council, or an officer or employee of the corporation, or of any person having a contract with it, in regard to the duties or obligations of the member, officer, employee or other person to the corporation, or to inquire into or concerning any matter connected with the good government of the municipality or the conduct of any part of its public business, including any business conducted by a commission appointed by the municipal council or elected by the electors, the judge shall make the inquiry and for that purpose has all the powers of a commission under Part II of the *Public Inquiries Act*, which Part applies to such investigation as if it were an inquiry under that Act, and the judge shall, with all convenient speed, report to the council the result of the inquiry and the evidence taken.

Les dispositions législatives pertinentes

17 Le paragraphe 100(1) de la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, se lit ainsi:

100 (1) Le juge effectue une enquête, lorsque le conseil d'une municipalité adopte une résolution en vue de demander à un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), soit d'enquêter sur toute question relative à un cas présumé de méfait, d'abus de confiance ou d'inconduite de la part d'un membre du conseil ou d'un agent ou d'un employé de la municipalité, ou de quiconque est lié à la municipalité par un contrat, quant à ses fonctions ou à ses obligations, soit d'enquêter sur ou au sujet de toute question qui se rapporte au bon gouvernement de la municipalité ou à la façon de traiter une partie des affaires publiques de celle-ci, notamment une affaire traitée par une commission nommée par le conseil municipal ou élue par les électeurs. Aux fins de l'enquête, le juge a tous les pouvoirs conférés à une commission par la partie II de la *Loi sur les enquêtes publiques*, laquelle partie s'applique à l'enquête comme s'il s'agissait d'une enquête effectuée en vertu de cette loi. En outre, le juge remet dans les meilleurs délais au conseil son rapport en ce qui concerne le résultat de l'enquête et les preuves qu'il a recueillies.

Judgments

The appellant's application for judicial review to quash the new Resolution of January 9, 1995 was dismissed by a majority of the Divisional Court (Steele J. and Rosenberg J. concurring, with Borins J. dissenting) on June 8, 1995. The Court of Appeal, on September 6, 1996, dismissed the appeals of the decisions of the Divisional Court rendered on March 10 (the application to remove Commissioner Killeen), April 12 (the quashing of the subpoenas) and June 8, 1995 (dismissal of the judicial review applications on their merits).

Les jugements

18 La demande de contrôle judiciaire des appelants visant à faire annuler la nouvelle résolution du 9 janvier 1995 a été rejetée le 8 juin 1995 par la Cour divisionnaire à la majorité (le juge Steele, avec l'appui du juge Rosenberg, le juge Borins étant dissident). Le 6 septembre 1996, la Cour d'appel a rejeté les appels interjetés contre les décisions rendues par la Cour divisionnaire le 10 mars (la demande de révocation du commissaire Killeen), le 12 avril (l'annulation des assignations à comparaître) et le 8 juin 1995 (le rejet des demandes de contrôle judiciaire sur le fond).

Ontario Court (General Division), Divisional Court (1995), 23 O.R. (3d) 498

Per Steele J., for the majority

19 A by-law or resolution is presumed to be valid and the onus was on the applicants to show that it should be quashed. Doubtful expressions should be resolved in favour of an *intra vires* interpretation. City council had the authority to pass a resolution appointing the inquiry unless on the face of the resolution it is vague or infringes upon federal criminal law powers. Even if the alleged oral contract of non-disclosure regarding the names of Consortium's principals was binding on Sarnia, this would not preclude Sarnia from passing the Resolution. The Resolution was not vague. It made the necessary connection required by s. 100 of the Act between the particular subject-matter and the good government or business affairs of the municipality. "The . . . resolution raises the issue to be investigated in a sufficient manner to show valid connection to the public business and good government of the municipality and the purpose of the inquiry" (p. 515). The pith and substance of the Resolution is to inquire into good government of the municipality and, in particular, the conduct of its public business. All inquiries may result in evidence showing bad conduct, and this possibility alone is not sufficient to hold that the Resolution is invalid. It should be presumed that the Commissioner knows the law and would respond appropriately if a question about evidence or the invasion of individual rights should arise. The application for judicial review should be dismissed.

Per Rosenberg J., concurring

20 The inquiry should be permitted to proceed for the reasons of Steele J. and for the following reasons. The inquiry was being conducted by a superior court judge well aware of the limits imposed on an inquiry. It would be wrong to take too technical a view of the requirement that terms of reference define the questions to be answered. Only when the full details of the various land transactions have been explored can the true questions be

Cour de l'Ontario (Division générale), Cour divisionnaire (1995), 23 O.R. (3d) 498

Le juge Steele, au nom de la cour à la majorité

Un règlement ou une résolution est présumé valide et il incombait aux requérants d'établir qu'il y avait lieu de l'annuler. En cas de doute, il y a lieu de l'interpréter comme étant *intra vires*. Le conseil municipal avait le pouvoir d'adopter une résolution visant l'ouverture de l'enquête sauf si, à première vue, elle était imprécise ou empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Même si le prétendu contrat verbal de non-divulgation des noms des dirigeants de Consortium liait Sarnia, il ne l'empêchait pas d'adopter la résolution en cause. La résolution n'était pas imprécise. Elle établissait le lien requis par l'art. 100 de la Loi entre l'objet visé et le bon gouvernement ou les affaires de la municipalité. [TRADUCTION] «La [. . .] résolution soulève suffisamment la question qui doit être examinée pour démontrer l'existence d'un lien valide entre l'objet de l'enquête et les affaires publiques et le bon gouvernement de la municipalité» (p. 515). L'objet véritable de la résolution est la tenue d'une enquête sur le bon gouvernement de la municipalité et, en particulier, sur la façon de traiter ses affaires publiques. Toute enquête peut aboutir à une preuve de conduite répréhensible, et cette seule possibilité ne suffit pas pour conclure à l'invalidité de la résolution. Il y a lieu de présumer que le commissaire connaît la loi et qu'il réagirait de façon appropriée si une question était soulevée au sujet de la preuve ou de l'atteinte à des droits individuels. La demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

Le juge Rosenberg, motifs concordants

L'enquête devrait pouvoir se dérouler pour les raisons exposées par le juge Steele et pour celles qui suivent. Elle était menée par un juge de cour supérieure qui connaissait bien les limites d'une enquête. Il serait erroné d'adopter une perception trop technique de l'exigence que le mandat définisse les questions auxquelles il faut répondre. Ce n'est qu'une fois que tous les détails des diverses opérations immobilières auront été analysés que

knowledgeably formulated and recommendations made.

Per Borins J., dissenting

Borins J. concluded that this was, in reality, a first branch inquiry, the focus of which was to determine whether there was anything corrupt respecting the land transactions, and not a second branch inquiry concerning good government or public business of the municipality. He concluded (at p. 521) that its true purpose

> was to determine whether there was unspecified malfeasance, breach of trust, conflict of interest, or some other type of impropriety on the part of MacPump and Consortium, or their principals, or the representatives of the school board, or the representatives of the former Town of Clearwater.

Borins J. held that particulars are required for either branch of s. 100, but especially the first branch, and that this Resolution was improper because it "identifies nothing about the land transactions which may be suspect, such as a conflict of interest or improper use of funds" (p. 527). He said (at pp. 531-32):

> In short, there is nothing on the face of the resolution, or in the evidence, that demonstrates that the subject matter of the proposed inquiry affects the good government or public business of Clearwater. Similarly, if characterized as a first branch inquiry, the resolution also lacks particularity as it fails to state any act of alleged malfeasance.

The Resolution offends the principle that a by-law, or resolution, must express its meaning with sufficient certainty to enable those persons affected by it to understand it in order to be able to comply with it. Furthermore, the Resolution was void on constitutional grounds. A review of all the circumstances led to the conclusion that the true purpose of the inquiry was a criminal investigation. The Resolution was an unconstitutional exercise by a municipal council of federal criminal law powers under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867.*

les véritables questions pourront être formulées en connaissance de cause et que des recommandations pourront être faites.

Le juge Borins, dissident

Le juge Borins a conclu qu'il s'agissait, en réalité, d'une enquête en vertu du premier volet du pouvoir d'autorisation, qui était axée sur la question de savoir si les opérations immobilières avaient été marquées par la corruption, et non pas d'une enquête en vertu du deuxième volet de ce pouvoir, qui portait sur le bon gouvernement ou les affaires publiques de la municipalité. Il a conclu (à la p. 521) que son objet véritable 21

> [TRADUCTION] était de déterminer si un méfait, un abus de confiance, un conflit d'intérêts, ou quelque autre acte irrégulier, non spécifié, pouvait être attribué à MacPump et à Consortium, ou à leurs dirigeants, ou encore aux représentants du conseil scolaire ou à ceux de l'ancienne ville de Clearwater.

Le juge Borins a statué que des détails sont requis pour chaque volet de l'art. 100, mais plus particulièrement pour le premier volet, et que la résolution en cause était irrégulière parce qu'elle [TRADUCTION] «n'identifie rien de suspect à propos des opérations immobilières, telle l'existence d'un conflit d'intérêts ou d'un détournement de fonds» (p. 527). Il a dit (aux pp. 531 et 532):

> [TRADUCTION] Bref, aucun aspect de la résolution, à première vue, ni aucun élément de preuve n'établit que l'objet de l'enquête projetée a une incidence sur le bon gouvernement ou les affaires publiques de Clearwater. De même, si on considère qu'elle vise l'ouverture d'une enquête en vertu du premier volet, la résolution manque également de détails étant donné qu'elle ne fait état d'aucun méfait qui aurait été commis.

La résolution contrevient au principe selon lequel les règlements ou résolutions doivent être suffisamment clairs pour que les personnes qu'ils touchent puissent les comprendre de manière à pouvoir s'y conformer. En outre, la résolution était nulle pour des motifs constitutionnels. Un examen de toutes les circonstances permettait de conclure que l'objet véritable de l'enquête était la tenue d'une enquête criminelle. La résolution était un exercice inconstitutionnel, par un conseil municipal, de la compétence fédérale en matière de droit

Borins J. would have quashed the second City of Sarnia Resolution and halted the inquiry.

Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 1

22 The appeal was dismissed. Section 100(1) of the *Municipal Act* has two branches. Under the first branch, the council can pass a resolution to investigate supposed misconduct on the part of officials or any person dealing with the municipality. Under the second branch, the council can pass a resolution to inquire into "any matter connected with the good government of the municipality or the conduct of any part of its public business". The court rejected the argument that the City's Resolution was unlawful because it was drafted as a second branch inquiry, when in reality it created a first branch inquiry without the appropriate procedural safeguards. The court concluded that it was not necessary for the municipality to specify the branch under which it purports to act as it had jurisdiction to act under either branch.

23 The argument that the Resolution was too vague and lacked particularity was rejected. The preamble to the Resolution described the land transactions in considerable detail. "It is clear that the land transactions are 'the matter' to be investigated within the meaning of s. 100(1) of the *Municipal Act*" (p. 20). The Resolution was sufficiently particular to comply with the requirements of s. 100(1) of the Act. McMurtry C.J.O. for the court observed (at p. 22) that:

> The City of Sarnia has specified the "matter" to be investigated, and that matter is a limited, defined series of transactions. The resolution does not need to spell out specific allegations for the commissioner to understand the potential problem areas that might be related to the public interest. Public funds were used to purchase two properties at what appears to be substantially inflated

criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Borins aurait annulé la deuxième résolution de la ville de Sarnia et mis fin à l'enquête.

Cour d'appel (1996), 30 O.R. (3d) 1

L'appel a été rejeté. Le paragraphe 100(1) de la *Loi sur les municipalités* comporte deux volets. Selon le premier volet, le conseil municipal peut adopter une résolution visant l'ouverture d'une enquête sur un cas présumé d'inconduite de la part d'un fonctionnaire de la municipalité ou de toute personne traitant avec cette dernière. Suivant le deuxième volet, le conseil municipal peut adopter une résolution visant l'ouverture d'une enquête sur «toute question qui se rapporte au bon gouvernement de la municipalité ou à la façon de traiter une partie des affaires publiques de celle-ci». La cour a rejeté l'argument selon lequel la résolution de la ville était illégale parce qu'à sa lecture même elle visait la tenue d'une enquête en vertu du deuxième volet, alors qu'en réalité elle visait l'ouverture d'une enquête fondée sur le premier volet qui ne serait pas assortie des garanties procédurales appropriées. La cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire que la municipalité précise le volet en vertu duquel elle était censée agir, étant donné qu'elle avait compétence pour agir en vertu de l'un ou l'autre volet.

L'argument selon lequel la résolution était trop imprécise et manquait de détails a été rejeté. Le préambule de la résolution donnait une description très détaillée des opérations immobilières. [TRADUCTION] «Il est clair que les opérations immobilières sont "la question" sur laquelle doit porter l'enquête au sens du par. 100(1) de la *Loi sur les municipalités*» (p. 20). La résolution était suffisamment détaillée pour satisfaire aux exigences du par. 100(1) de la Loi. Le juge en chef McMurtry a souligné, au nom de la cour (à la p. 22), que:

> [TRADUCTION] La ville de Sarnia a spécifié la «question» sur laquelle l'enquête devait porter, et cette question se limitait à une série déterminée d'opérations. Il n'est pas nécessaire que la résolution comporte des allégations particulières pour que le commissaire saisisse les questions potentiellement problématiques qui sont susceptibles d'être liées à l'intérêt public. Des fonds publics

prices, the City is holding a mortgage which may be unenforceable and Consortium has steadfastly refused to disclose its principals. Again, the transactions are described in sufficient detail to direct the commissioner as to the subject-matter of the inquiry.

ont été utilisés pour acheter deux terrains à des prix qui paraissent avoir été considérablement gonflés, la ville est titulaire d'une hypothèque qui risque d'être irréalisable, et Consortium a refusé catégoriquement de révéler l'identité de ses dirigeants. Là encore, les opérations sont décrites suffisamment en détail pour que le commissaire connaisse l'objet de l'enquête.

The court was of the opinion that the appellants appeared to be asking for particulars that might be available only after the inquiry had concluded its investigation.

La cour était d'avis que les appelants paraissaient demander des détails qui ne pourraient être éventuellement disponibles qu'après la tenue de l'enquête.

As to the argument that the Resolution infringed upon federal criminal law powers under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, McMurtry C.J.O. stated that the land transactions had generated considerable public concern, and the Resolution on its face addressed policy issues by asking the commissioner to inquire into all aspects of these transactions including their impact on the ratepayers of the City. This was a matter of municipal good governance and the conduct of public business. The *Municipal Act* authorizes such an inquiry, and the constitutional division of powers did not invalidate the inquiry. Even if the inquiry incidentally touches on what may be criminal conduct, the inquiry itself was established for a valid provincial purpose. The pith and substance of the Resolution fell within provincial jurisdiction. All of the other grounds of appeal were dismissed.

24 Quant à l'argument selon lequel la résolution empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge en chef McMurtry a dit que les opérations immobilières avaient suscité un intérêt public considérable et que la résolution touchait à première vue à des questions de politique générale en demandant au commissaire d'enquêter sur tous les aspects de ces opérations, y compris leur incidence sur les contribuables de la ville. Il était question de bon gouvernement de la municipalité et de façon de traiter des affaires publiques. La *Loi sur les municipalités* permet une telle enquête, et le partage constitutionnel des compétences ne l'invalidait pas. Même si l'enquête touche de manière incidente à ce qui peut être une conduite criminelle, il reste qu'elle a été instituée pour atteindre un objectif provincial valide. L'objet véritable de la résolution relevait de la compétence provinciale. Tous les autres moyens d'appel ont été rejetés.

Issues

In this Court the appellants advanced the following issues:

1. Is the Resolution unlawful in that it fails to comply with the requirements of s. 100(1) of the Act?
2. Should the appellants' attempt to create a record of surrounding circumstances have been restricted by the quashing of the summonses issued to the mayor and the Sarnia City councilors, and city officials?

Les questions en litige

25 Devant notre Cour, les appelants ont soulevé les questions suivantes:

1. La résolution est-elle illégale du fait qu'elle omet de satisfaire aux exigences du par. 100(1) de la Loi?
2. La tentative des appelants d'établir un dossier relatif aux circonstances de l'affaire aurait-elle dû être limitée par l'annulation des assignations délivrées au maire et aux conseillers de la ville de Sarnia, de même qu'à des fonctionnaires municipaux?

3. Is the Resolution *ultra vires* because the inquiry it creates is in reality a substitute police investigation and preliminary inquiry infringing the federal criminal law powers under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

4. Is the Resolution unlawful in that it requires an investigation by Sarnia into the affairs of Clearwater?

5. Did the Commissioner breach the requirements of natural justice and irrevocably lose jurisdiction by the procedure he adopted at the inquiry pre-hearing?

1. *Is the Resolution Unlawful in That It Fails to Comply with the Requirements of s. 100(1) of the Act?*

26 The power of an Ontario municipality to authorize a judicial inquiry into matters touching the good government of the municipality, or "any part of its public business", and any alleged misconduct in connection therewith, reaches back prior to Confederation. Apart from a few amendments to harmonize this power with other legislative changes in the province, s. 100 of the *Municipal Act* is substantially unchanged from its predecessor section in 1866. This reflects a recognition through the decades that good government depends in part on the availability of good information. A municipality, like senior levels of government, needs from time to time to get to the bottom of matters and events within its bailiwick. The power to authorize a judicial inquiry is an important safeguard of the public interest, and should not be diminished by a restrictive or overly technical interpretation of the legislative requirements for its exercise. At the same time, of course, individuals who played a role in the events being investigated are also entitled to have their rights respected. The basic issue in this appeal is how a balance is to be struck between those two requirements.

3. La résolution est-elle *ultra vires* du fait que l'enquête dont elle demande l'ouverture est, en réalité, un substitut d'enquête policière et d'enquête préliminaire qui empiète sur la compétence fédérale en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

4. La résolution est-elle illégale du fait qu'elle exige que Sarnia enquête sur les affaires de Clearwater?

5. Le commissaire a-t-il manqué aux exigences de la justice naturelle et perdu irrévocablement sa compétence en raison de la procédure qu'il a adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête?

1. *La résolution est-elle illégale du fait qu'elle omet de satisfaire aux exigences du par. 100(1) de la Loi?*

Le pouvoir d'une municipalité ontarienne d'autoriser l'ouverture d'une enquête judiciaire sur des questions touchant au bon gouvernement de la municipalité ou à «la façon de traiter une partie des affaires publiques de celle-ci», de même que sur toute allégation d'inconduite relativement à ces questions, existait déjà avant la Confédération. À part quelques modifications destinées à harmoniser ce pouvoir avec d'autres modifications législatives provinciales, l'art. 100 de la *Loi sur les municipalités* est essentiellement identique à la disposition de 1866 qui l'a précédé. Cela reflète une reconnaissance, au fil des décennies, que le bon gouvernement dépend en partie de la disponibilité de bons renseignements. Une municipalité, à l'instar des ordres supérieurs de gouvernement, a parfois besoin d'aller au fond des choses et des événements qui relèvent de sa compétence. Le pouvoir d'autoriser une enquête judiciaire est une garantie importante de l'intérêt public, et il ne doit pas être restreint par une interprétation restrictive ou trop technique des conditions législatives de son exercice. En même temps, il va de soi que les individus qui ont joué un rôle dans les événements visés par l'enquête ont également droit au respect de leurs droits. La question fondamentale qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir comment établir un équilibre entre ces deux exigences.

Counsel for Consortium expressed his client's opposition to the apparent sweep of s. 100 with the comment that it gives every municipality in the province the power to compel a private citizen "to come to the town square to be interrogated". It should be remembered, however, that Consortium elected to do business with a public body, whose successor is now accountable to its taxpayers for a $3.39 million unperforming mortgage and 40 acres of parkland allegedly purchased at an excessive price. The interrogation of Consortium's shareholders or principals (if and when they are identified) will be under the direction of a Commissioner who is (as he must be) a judge of the Ontario Court (General Division). The fact a s. 100 inquiry is a judicial inquiry clearly seeks to balance the municipality's desire to have accurate information and useful recommendations from an independent Commissioner against the right of private citizens and others to have their legitimate interests recognized and protected. A good deal of confidence is inevitably and properly placed in the ability of the Commissioner to ensure the fairness of the inquiry.

27 L'avocat de Consortium a exprimé l'opposition de son client à la portée apparente de l'art. 100 en faisant remarquer que cet article donnait à chaque municipalité de la province le pouvoir de contraindre un citoyen [TRADUCTION] «à se rendre sur la place publique pour y être interrogé». Rappelons, cependant, que Consortium a choisi de traiter avec un corps public dont le successeur est maintenant comptable à ses contribuables d'une hypothèque de 3,39 millions $ qui ne rapporte rien et d'un parc de 40 acres qui aurait été acheté à un prix exorbitant. L'interrogatoire des actionnaires ou des dirigeants de Consortium (si jamais ils sont identifiés) aura lieu sous la direction d'un commissaire qui est (et doit être) un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale). Le fait qu'une enquête fondée sur l'art. 100 soit une enquête judiciaire vise nettement à établir un équilibre entre la volonté de la municipalité d'obtenir d'un commissaire indépendant des renseignements exacts et des recommandations utiles et le droit des citoyens et d'autres personnes à la reconnaissance et à la protection de leurs intérêts légitimes. On a inévitablement, et avec raison, une grande confiance en la capacité du commissaire d'assurer l'équité de l'enquête.

Procedural Fairness

Some of the arguments advanced on behalf of the appellants did, in fact, seem to overlook the distinction between the requirements for a valid exercise of the s. 100 power to establish an inquiry, on the one hand, and the procedural protections to which the appellants are entitled in the course of an inquiry once validly established on the other hand. The municipal council resolution contemplated by s. 100 must, to be sure, be intelligible. It must convey to the Commissioner and every other interested person the subject matter of the inquiry, and it must connect the subject matter to one or more of the matters referred to in s. 100 of the *Municipal Act*. It must provide those who appear before the Commissioner with a reasonable understanding of the scope, as well as the limits, of the inquiry, so as to avoid the possibility, however remote, that an overly enthusiastic Commissioner or commission counsel could, in effect, draw their own terms of reference. The s. 100 resolution must

L'équité procédurale

28 Certains arguments avancés pour le compte des appelants semblaient, en fait, ne tenir aucun compte de la distinction qui existe entre, d'une part, les conditions de l'exercice valide du pouvoir conféré à l'art. 100 d'ouvrir une enquête et, d'autre part, les garanties procédurales auxquelles les appelants ont droit pendant l'enquête, une fois que celle-ci a été ouverte validement. La résolution du conseil municipal visée à l'art. 100 doit évidemment être intelligible. Elle doit faire part de l'objet de l'enquête au commissaire et à toute autre personne intéressée, et relier cet objet à une seule ou plusieurs des questions mentionnées à l'art. 100 de la *Loi sur les municipalités*. Elle doit permettre aux personnes qui comparaissent devant le commissaire de saisir raisonnablement la portée de même que les limites de l'enquête de façon à éviter la possibilité, si vague soit-elle, qu'un commissaire ou un avocat de la commission trop enthousiaste établisse, en fait, son propre mandat. La résolution

provide sufficient particularity to satisfy these legislative requirements.

29 That having been said, the s. 100 Resolution is not a pleading, much less is it a bill of indictment. It creates a jurisdiction, but in the exercise of that jurisdiction the Commissioner is limited by the principles of procedural fairness, irrespective of whether or not these limits are spelled out in the s. 100 Resolution. The application of these principles will, of course, depend upon the subject matter of the inquiry and the varying interests of those who appear to give evidence or who are otherwise caught up in the proceedings. The need for flexibility in the application of procedural fairness is evident in the spectrum of matters which are referred to in s. 100 itself. Witnesses who appear at a general policy inquiry to give expert evidence about, for example, municipal finances will likely have little need of procedural protection. An inquiry into a particular item of "public business", such as a tendering mishap, is more likely to impact on individual rights, and the procedure will be more strictly controlled in consequence. At the most sensitive end of the spectrum, where misconduct is alleged that may have the potential of civil or criminal liability (irrespective of whether the inquiry is a first branch inquiry or a second branch inquiry), the full strictures of natural justice will protect those who are reasonably seen as potential targets.

30 The conceptual distinctions between legislative validity and the fair inquiry interests of the participants is important. If the municipality had a sufficient grip on the relevant facts to give detailed particulars there might be no need for an inquiry. At the same time, the municipality's lack of knowledge does not license it to trample on the rights of its employees, former employees, persons with whom it has done business, or others. Aspects of procedural fairness, such as the need for particulars, should not defeat an inquiry at the outset unless it is concluded that in the particular circumstances of the case a fair inquiry simply cannot be had based upon the wording of the particular reso-

fondée sur l'art. 100 doit fournir suffisamment de détails pour satisfaire à ces exigences législatives.

Cela dit, la résolution fondée sur l'art. 100 n'est pas un acte de procédure, et encore moins un acte d'accusation. Elle crée une compétence, mais, dans l'exercice de cette compétence, le commissaire est limité par les principes de l'équité procédurale, peu importe que ces limites soient mentionnées ou non dans la résolution fondée sur l'art. 100. L'application de ces principes dépendra, bien entendu, de l'objet de l'enquête et des intérêts divers des personnes qui témoigneront ou qui seront autrement impliquées dans les procédures. Il ressort clairement de la gamme de questions mentionnées à l'art. 100 que l'application du principe de l'équité procédurale doit être souple. Les témoins qui comparaissent à titre d'expert dans le cadre d'une enquête générale d'intérêt public sur les finances municipales, par exemple, auront probablement peu besoin de garanties procédurales. Une enquête sur un aspect particulier des «affaires publiques», tel un déboire survenu dans un appel d'offres, est plus susceptible d'avoir une incidence sur des droits individuels, et la procédure sera par voie de conséquence contrôlée plus strictement. Dans les cas les plus délicats où l'inconduite reprochée risque d'engendrer une responsabilité civile ou criminelle (peu importe que l'enquête soit fondée sur le premier ou le deuxième volet), l'ensemble des restrictions de la justice naturelle protégeront les gens raisonnablement perçus comme des cibles éventuelles.

Les distinctions qui existent sur le plan conceptuel entre la validité législative et les droits des participants à une enquête équitable sont importantes. Si la municipalité avait une connaissance suffisante des faits pertinents pour être en mesure de fournir les détails de l'affaire, il se pourrait qu'une enquête ne soit pas nécessaire. En même temps, l'absence de connaissance n'autorise pas la municipalité à bafouer les droits de ses employés, de ses anciens employés, des gens avec qui elle a déjà fait affaires, ou d'autres personnes. Des aspects de l'équité procédurale, telle la nécessité de fournir des détails, ne doivent pas faire échouer l'enquête au départ sauf si on conclut que, dans les

lution under consideration. Otherwise the inquiry should be allowed to proceed, and procedural objections dealt with at a later stage when the Commissioner has had an opportunity to consider the fairness issues and deal with them.

It is true, as pointed out by Borins J. dissenting in the Divisional Court, at p. 525, that s. 100, unlike s. 13 of the federal *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, and s. 5(2) of the Ontario *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41, does not explicitly state that no finding of misconduct shall be made against a person unless that person is given reasonable notice of the substance of the alleged misconduct, and given an opportunity to be heard during the inquiry in person or by counsel. Borins J. considered that this omission meant:

> . . . that the commissioner, in reporting the result of his or her inquiry to the municipal council, may make findings of misconduct without the necessity of [such notice].

I do not agree. Section 13 of the federal *Inquiries Act* and s. 5(2) of the Ontario *Public Inquiries Act* reflect the applicable principles of natural justice dealing with notice and the opportunity to be heard where misconduct is alleged, and a Commissioner under s. 100 is bound to govern himself accordingly even though s. 100 is silent on the requirement.

Legislative Validity of the Second Sarnia City Resolution

With these principles in mind, I turn to the argument that the second Sarnia Council Resolution fails to meet the minimum legislative requirements for a valid exercise of the s. 100 power. The Resolution first identifies s. 100 as the source of the municipality's jurisdiction, and then recites in considerable detail each step of the transactions involving the subject lands, including the controversial terms of the Consortium mortgage mentioned above, and then describes the successor

circonstances particulières de l'affaire, il est simplement impossible de tenir une enquête équitable d'après le texte de la résolution en cause. À part cela, l'enquête devrait pouvoir se dérouler, et les objections procédurales devraient être examinées à un stade ultérieur lorsque le commissaire aura eu l'occasion d'étudier et de régler les questions d'équité.

31 Il est vrai, comme l'a souligné le juge Borins, dissident en Cour divisionnaire, à la p. 525, que l'art. 100, contrairement à l'art. 13 de la *Loi sur les enquêtes* fédérale, L.R.C. (1985), ch. I-11, et au par. 5(2) de la *Loi sur les enquêtes publiques* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.41, ne précise pas qu'une personne ne pourra faire l'objet d'une constatation d'inconduite que si elle a reçu un préavis suffisant de la nature de l'inconduite qui lui est reprochée et si elle a eu la possibilité d'être entendue à l'enquête en personne ou par l'entremise d'un avocat. Le juge Borins a considéré que cette omission signifiait:

> [TRADUCTION] . . . que les résultats de l'enquête que le commissaire soumet au conseil municipal peuvent comprendre des constatations d'inconduite sans que [ce préavis] soit nécessaire.

Je ne suis pas d'accord. L'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* fédérale et le par. 5(2) de la *Loi sur les enquêtes publiques* de l'Ontario reflètent les principes de justice naturelle applicables en matière de préavis et de possibilité d'être entendu lorsqu'une inconduite est alléguée, et un commissaire agissant en vertu de l'art. 100 doit s'y conformer même si l'art. 100 ne l'oblige pas à le faire.

La validité législative de la deuxième résolution de la ville de Sarnia

32 Ayant ces principes à l'esprit, j'aborde l'argument selon lequel la deuxième résolution du conseil municipal de Sarnia ne satisfait pas aux conditions législatives minimales de l'exercice valide du pouvoir prévu à l'art. 100. La résolution décrit d'abord l'art. 100 comme étant la source de la compétence de la municipalité, elle énumère ensuite de façon très détaillée chaque étape des opérations impliquant les terrains en cause, y compris les clauses controversées de l'hypothèque de

relationship between Sarnia and the former Town of Clearwater. Having identified the subject matter of the inquiry, and appointed Mr. Justice Killeen as the Commissioner, the Resolution then relates the terms of inquiry to s. 100 as follows:

> To inquire into all aspects of the above transactions, their history and their impact on the ratepayers of the City of Sarnia as they relate to the good government of the municipality, or the conduct of its public business, and to make any recommendations which the Commissioner may deem appropriate and in the public interest as a result of his Inquiry. [Emphasis added.]

33 The Commissioner is thus directed to, and limited by, the municipality's interest in good government and the conduct of public business. The limitation is important and counsel for the various participants are entitled to see that it is respected. The Resolution then provides:

> for the purpose of providing fair notice to those individuals who may be required to attend and give evidence, . . . it is anticipated that the Inquiry may include . . . [in respect of the various transactions] their relationship to one another; the consideration provided by the parties in each instance; the granting by Clearwater of a right of first refusal to MacPump upon the purchase of the Lottie Neely lands by Clearwater; the acceptance by Clearwater of a mortgage given by Consortium upon its purchase of the Parklands; and the timing of the various transactions in relation to one another and in relation to the amalgamation of Clearwater and the former City of Sarnia; [Emphasis added.]

34 In terms of "good government" and the conduct of "public business" the Resolution specifically recites its "anticipation" of

> 2. an inquiry into the nature and extent of the information which was available to the parties to the various transactions at all relevant times;
>
> 3. an inquiry into the relationships, if any, between the elected and administrative representatives of Clearwater, and the principals and representatives of the

Consortium susmentionnée, et elle décrit enfin le rapport de successeur qui existe entre Sarnia et l'ancienne ville de Clearwater. Après avoir défini l'objet de l'enquête et nommé le juge Killeen au poste de commissaire, la résolution établit un lien entre le mandat de l'enquête et l'art. 100 de la façon suivante:

> [TRADUCTION] Enquêter sur tous les aspects des opérations susmentionnées, leur historique et leur incidence sur les contribuables de la ville de Sarnia, dans la mesure où elles touchent au bon gouvernement de la municipalité ou à la façon de traiter ses affaires publiques, et faire les recommandations que le commissaire pourra juger appropriées et dans l'intérêt du public, à la suite de son enquête. [Je souligne.]

Le mandat du commissaire vise donc l'intérêt de la municipalité dans le bon gouvernement et la façon de traiter les affaires publiques, et s'y limite. Cette limitation est importante et les avocats des divers participants ont le droit de veiller à ce qu'elle soit respectée. La résolution prévoit plus loin:

> [TRADUCTION] afin d'aviser dans un délai raisonnable les personnes qui pourront être appelées à témoigner, [. . .] il est prévu que l'enquête pourra porter [à l'égard des diverses opérations] sur [. . .] le lien qui existe entre elles; la contrepartie fournie par les parties dans chaque cas; l'attribution, par Clearwater, d'un droit de premier refus à MacPump dans le cadre de l'achat des terrains Lottie Neely par Clearwater; l'acceptation, par Clearwater, d'une hypothèque constituée par Consortium dans le cadre de son achat du terrain Parklands; le moment où ont été conclues les diverses opérations les unes par rapport aux autres et par rapport à la fusion de Clearwater et de l'ancienne ville de Sarnia; [Je souligne.]

En ce qui concerne le «bon gouvernement» et la façon de traiter les «affaires publiques», la résolution «prévoit» expressément que l'enquête pourra porter sur:

> [TRADUCTION]
>
> 2. la nature et l'importance des renseignements dont disposaient les parties ayant pris part aux diverses opérations, à toutes les époques pertinentes;
>
> 3. les liens, s'il en est, qui existaient entre, d'une part, les représentants élus et les administrateurs de Clearwater et, d'autre part, les dirigeants et les représen-

Board, MacPump, the Trustee and Consortium at all relevant times; and

4. an inquiry into the legal or other professional advice obtained by Clearwater in connection with its negotiations.

The appellants complain that there is no mention here of specific acts of "supposed malfeasance, breach of trust or other misconduct". Their objective, apparently, is to limit the inquiry to particulars the municipality already knows about, if indeed there are any such particulars. Section 100, however, does not compel a municipality to advance more extravagant allegations than it is ready, willing and able to make. Item 3 in the Resolution talks about an inquiry into the "relationships" between representatives of the developer and City officials. This item clearly raises the topic of potential conflicts of interest. There is no obligation on the City to allege as a fact that such conflicts of interest existed. Item 4 raises the issue whether Clearwater ignored its professional advisors. Such matters as potential conflicts of interest and possible disregard of professional advice have a good government aspect as well, potentially, as a misconduct aspect. Section 100 creates a broad power, and it was open to Sarnia City Council to authorize the more general inquiry into the conduct of public business expressed in its Resolution as opposed to the narrower inquiry into specific acts of misconduct that the appellants think would have been preferable.

The appellants argue that the connection between "good government" and the subject land transactions should be spelled out in the s. 100 Resolution, but the Resolution, taken as a whole, makes it clear to a mind willing to understand that the City believes that as a result of "public business" that may have involved "relationships" between public officials and private developers, the City is now stuck with an unperforming mortgage and an overpriced park, which have generated "delegations and petitions", and the City believes it would benefit from the Commissioner's recom-

tants du conseil scolaire, MacPump, le fiduciaire et Consortium, à toutes les époques pertinentes; et

4. les avis juridiques ou autres avis professionnels obtenus par Clearwater relativement aux négociations qu'elle menait.

35 Les appelants se plaignent du fait qu'il n'y ait ici aucune mention particulière de «cas présumé de méfait, d'abus de confiance ou d'inconduite». Il semble que leur objectif est de restreindre l'enquête aux détails que la municipalité connaît déjà, à supposer que de tels détails existent effectivement. Toutefois, l'art. 100 n'oblige pas une municipalité à présenter plus d'allégations exorbitantes qu'elle n'est disposée et en mesure de présenter. L'article 3 de la résolution parle d'une enquête sur les «liens» existant entre les représentants du promoteur et les fonctionnaires municipaux. Cet article soulève clairement la question des conflits d'intérêts éventuels. La ville n'est nullement tenue d'alléguer l'existence réelle de tels conflits. L'article 4 soulève la question de savoir si Clearwater a fait la sourde oreille à ses conseillers professionnels. Des questions comme la possibilité qu'il existe des conflits d'intérêts et qu'il n'ait pas été tenu compte d'avis professionnels se rapportent, sous un aspect, au bon gouvernement et peut-être même, sous un autre aspect, à une inconduite. L'article 100 confère un vaste pouvoir, et il était loisible au conseil municipal de Sarnia d'autoriser l'enquête plus générale, mentionnée dans sa résolution, sur la façon de traiter les affaires publiques, par opposition à l'enquête plus limitée sur des actes particuliers d'inconduite qui, selon les appelants, aurait été préférable.

36 Les appelants soutiennent que le lien entre le «bon gouvernement» et les opérations immobilières en cause devrait être énoncé dans la résolution fondée sur l'art. 100, mais la résolution, dans son ensemble, révèle clairement à qui veut bien le comprendre que la ville juge que, par suite d'«affaires publiques» qui peuvent avoir impliqué des «liens» entre des fonctionnaires et des promoteurs immobiliers, elle se retrouve maintenant avec une hypothèque qui ne rapporte rien et un parc dont le prix est excessif, qui ont entraîné des «délégations et des pétitions», et croit qu'elle bénéficie-

mendations for the "future conduct of the public business of the municipality". It is evident that an inquiry under the second branch of s. 100 into an item of public business may disclose misconduct. Equally, an inquiry under the first branch may look into "supposed malfeasance", and discover the conduct was entirely innocent, but ought nevertheless to result in recommendations for the good government of the municipality. While it may therefore be useful for some purposes to think of s. 100 as having two branches, it is but a single power, and the preconditions for its valid exercise to establish a judicial inquiry do not vary with the subject matter. A more compartmentalized interpretation would undermine the utility of the power and contradict the broad legislative intent evident on the face of s. 100. The concern, which I believe is a legitimate concern, about the need for greater particularity in cases where misconduct may be found can best be handled, in my view, within the framework of procedural fairness at the inquiry stage.

37 It must be remembered that the report of the Commissioner to the City Council will represent only his views, and will not determine civil or criminal liability, if any. As this Court recently emphasized in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440 (the "*Blood Inquiry* case"), *per* Cory J. at para. 34:

> A commission of inquiry is neither a criminal trial nor a civil action for the determination of liability. It cannot establish either criminal culpability or civil responsibility for damages. Rather, an inquiry is an investigation into an issue, event or series of events. The findings of a commissioner relating to that investigation are simply findings of fact and statements of opinion reached by the commissioner at the end of the inquiry. They are unconnected to normal legal criteria. They are based upon and flow from a procedure which is not bound by the evidentiary or procedural rules of a courtroom. There are no legal consequences attached to the

rait des recommandations du commissaire à l'égard de [TRADUCTION] «la façon de traiter les affaires publiques de la municipalité à l'avenir». Il est évident qu'une enquête menée en vertu du deuxième volet de l'art. 100 sur un aspect particulier des affaires publiques peut révéler une inconduite. De même, une enquête fondée sur le premier volet peut porter sur «un cas présumé de méfait» et permettre de conclure que la conduite visée, quoique parfaitement innocente, devrait néanmoins donner lieu à des recommandations relatives au bon gouvernement de la municipalité. Même si, à certaines fins, il peut être utile de considérer que l'art. 100 comporte deux volets, il n'est donc question que d'un seul pouvoir et les conditions préalables à son exercice valide pour ouvrir une enquête judiciaire ne varient pas en fonction de l'objet de celle-ci. Une interprétation plus compartimentée minerait l'utilité du pouvoir et contredirait l'intention générale du législateur qui ressort de la lecture même de l'art. 100. J'estime que c'est dans le cadre de l'équité procédurale, au stade de l'enquête, qu'il vaut mieux traiter la préoccupation, légitime selon moi, concernant le besoin de plus de détails dans les cas où une inconduite est susceptible d'être constatée.

Il faut se rappeler que le rapport que le commissaire soumettra au conseil municipal ne fera état que de son point de vue et ne déterminera pas s'il y a responsabilité civile ou criminelle, le cas échéant. Comme notre Cour l'a récemment souligné dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440 («l'affaire de l'*Enquête sur le sang contaminé*»), le juge Cory, au par. 34:

> Une commission d'enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l'égard de dommages. Il s'agit plutôt d'une enquête sur un point, un événement ou une série d'événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d'une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l'enquête. Elles n'ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux. Elles tirent leur source et leur fondement d'une procédure qui n'est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure

determinations of a commissioner. They are not enforceable and do not bind courts considering the same subject matter.

While the public benefits sought to be achieved by the judicial inquiry cannot be purchased at the expense of violating the rights of the appellants and others involved in the land transactions, those rights will be protected in the course of the proceeding by the principles of natural justice and the fairness of the Commissioner, and thereafter by the inadmissibility of compelled testimony in subsequent proceedings federally under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, and s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350), and provincially under s. 9(1) of the Ontario *Public Inquiries Act*, which is incorporated by reference into s. 100(1) of the *Municipal Act*.

The appellants rely, as did Borins J., dissenting, in the Divisional Court, on the dissenting reasons of Gwynne J. in this Court in *Godson v. City of Toronto* (1890), 18 S.C.R. 36. In that case, the majority upheld a very sweeping municipal resolution to establish a judicial inquiry into the conduct of a municipal inspector suspected of malfeasance. The resolution lacked particulars. A majority of this court, *per* Sir W. J. Ritchie C.J., held at p. 40 that "[t]he city was empowered by law to issue the commission to the county judge to make the inquiries directed in this case". The sole dissenting judgment of Gwynne J. was based on his view that the municipal power to authorize a judicial inquiry was so "open to abuse" that the legislation should be "so construed as to confine the powers . . . within the strictest construction of its letter" (p. 41). Clearly a restrictive interpretation was rejected by the majority of the Court. Gwynne J. went on to hold that jurisdiction under the first branch required the municipal resolution to "specify some act, matter or thing, either in the nature of malfeasance, breach of trust, or other named misconduct" (p. 42). It seems to me that Gwynne J. was merely pointing out that the subject matter of

d'une cour de justice. Les conclusions d'un commissaire n'entraînent aucune conséquence légale. Elles ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet.

Les avantages publics que l'on cherche à obtenir au moyen d'une enquête judiciaire ne peuvent s'acquérir aux dépens des droits des appelants et d'autres personnes impliquées dans les opérations immobilières: ces droits seront protégés au cours de la procédure par les principes de justice naturelle et l'impartialité du commissaire et, par la suite, par l'inadmissibilité de tout témoignage forcé dans le cadre de procédures ultérieures, en vertu du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350), sur le plan fédéral, et du par. 9(1) de la *Loi sur les enquêtes publiques* de l'Ontario, qui est incorporé par renvoi au par. 100(1) de la *Loi sur les municipalités*, sur le plan provincial.

38 À l'instar du juge Borins, dissident, de la Cour divisionnaire, les appelants se fondent sur les motifs de dissidence exposés par le juge Gwynne de notre Cour, dans l'arrêt *Godson c. City of Toronto* (1890), 18 R.C.S. 36. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont confirmé une résolution municipale très générale qui visait l'ouverture d'une enquête judiciaire sur la conduite d'un inspecteur municipal soupçonné d'avoir commis un méfait. La résolution manquait de détails. Les juges majoritaires de notre Cour, par l'entremise du juge en chef sir W. J. Ritchie, ont conclu, à la p. 40 que [TRADUCTION] «[l]a ville était légalement habilitée à charger le juge de comté de tenir les enquêtes ordonnées en l'espèce». Les seuls motifs dissidents, ceux du juge Gwynne, étaient fondés sur son opinion que le pouvoir de la municipalité d'autoriser une enquête judiciaire était si [TRADUCTION] «susceptible de donner lieu à des abus» que la loi devait «recevoir l'interprétation littérale la plus restrictive de façon à limiter la portée des pouvoirs» (p. 41). L'interprétation restrictive a manifestement été rejetée par les juges majoritaires de la Cour. Le juge Gwynne a ajouté que la compétence découlant du premier volet exigeait que la

an inquiry has to be specified, a proposition with which I agree. It hardly bears repetition that an inquiry into misconduct must identify the misconduct to be inquired into. However, to the extent that Gwynne J. is taken by the appellants as advancing the broader proposition that, in the absence of such specification of misconduct, a municipality cannot initiate a more general inquiry under the second branch of s. 100 to get to the bottom of some controversial item of public business, I do not agree that Gwynne J. was advancing such a proposition. If he was, I think the majority of this Court in *Godson* can be taken as having rejected it, and rightly so.

résolution de la municipalité [TRADUCTION] «mentionne un acte, une affaire, ou une chose tenant d'un méfait, d'un abus de confiance, ou d'une autre forme d'inconduite spécifiée» (p. 42). Il me semble que le juge Gwynne n'a fait que souligner que l'objet d'une enquête doit être précisé, ce à quoi je souscris. Inutile de répéter qu'une enquête sur une inconduite doit décrire l'inconduite sur laquelle elle porte. Toutefois, dans la mesure où les appelants considèrent que le juge Gwynne avançait la proposition générale selon laquelle, en l'absence d'une telle description de l'inconduite en cause, une municipalité ne peut pas ouvrir une enquête plus large fondée sur le deuxième volet de l'art. 100 pour aller au fond d'une affaire publique controversée, je ne suis pas d'accord pour dire que c'était ce qu'il faisait. Dans le cas où il aurait avancé une telle proposition, j'estime que l'on peut considérer que les juges majoritaires de notre Cour dans *Godson* l'ont rejetée, et ce, à juste titre.

39 A more recent and instructive case is the *Blood Inquiry* case, *supra*. That case involved a challenge to the authority of Commissioner Horace Krever to find not only the "facts" about Canada's blood supply in the early 1980s, but to draw inferences that might indicate that there had been conduct on the part of the corporations or individuals which could attract criminal culpability or civil liability. The terms of reference in that case, as here, did not make any allegations of misconduct. In that aspect, it provides a striking parallel to the present case. This Court unanimously rejected the challenge to Commissioner Krever's notices of potential misconduct, and his authority eventually to make findings that disclosed misconduct if he were to think it fit to do so. The ruling in that case ought to be applied to the present case to hold that not only may the Commissioner acting under the second branch of s. 100 inquire into, as part of his larger mandate, conduct which may have potential criminal or civil consequences, but may in his report (*per* Cory J. at para. 57):

> . . . make findings of misconduct based on the factual findings, provided that they are necessary to fulfill the

L'affaire de l'*Enquête sur le sang contaminé*, précitée, est plus récente et intéressante. On y contestait le pouvoir du commissaire Horace Krever non seulement de constater les «faits» concernant l'approvisionnement en sang au Canada au début des années 80, mais encore de faire des déductions susceptibles d'indiquer que les personnes morales ou physiques visées avaient adopté une conduite qui pouvait engendrer la culpabilité criminelle ou une responsabilité civile. Le mandat dans cette affaire ne comportait, comme en l'espèce, aucune allégation d'inconduite. À cet égard, il présente une ressemblance frappante avec la présente affaire. Notre Cour a rejeté à l'unanimité la contestation des préavis de faute potentielle donnés par le commissaire Krever, et du pouvoir de ce dernier de tirer éventuellement des conclusions faisant état d'une faute, s'il le jugeait approprié. La décision rendue dans cette affaire devrait être appliquée en l'espèce pour conclure que le commissaire qui agit en vertu du deuxième volet de l'art. 100 peut non seulement enquêter, dans le cadre de son mandat général, sur une conduite susceptible d'avoir des conséquences criminelles ou civiles, mais également, dans son rapport (le juge Cory, au par. 57):

> . . . conclure à l'existence d'une faute sur la foi des conclusions de fait, pourvu que ces conclusions soient

purpose of the inquiry as it is described in the terms of reference.

The s. 100 Resolution in this case is perfectly intelligible. It identifies not only what is to be inquired into but the limits of the municipality's interest. The subject matter of the inquiry as set out in the second Sarnia City Council Resolution is a matter of legitimate municipal concern within the ambit of the matters referred to in s. 100. The attack on the legislative validity of the s. 100 Resolution must therefore be rejected.

Procedural Fairness at the Inquiry

Before leaving the appellants' first ground of appeal, I want to emphasize that the concerns of individuals caught up in judicial inquiries are real and understandable. Unlike an ordinary lawsuit or prosecution where there has been preliminary disclosure and the trial proceeds at a measured pace in accordance with well-established procedures, a judicial inquiry often resembles a giant multi-party examination for discovery where there are no pleadings, minimal pre-hearing disclosure (because commission counsel, at least at the outset, may have little to disclose) and relaxed rules of evidence. The hearings will frequently unfold in the glare of publicity. Often, of course, at least some of the participants will know far in advance of commission counsel what the documents will show, what the key witnesses will say, and where "misunderstandings" may occur. The inquiry necessarily moves in a convoy carrying participants of widely different interests, motives, information, involvement, and exposure. It is a tall order to ask any Commissioner to orchestrate this process to further the public interest in getting at the truth without risking unnecessary, avoidable or wrongful collateral damage on the participants. While the appellants go too far in arguing that the particulars they seek must be built into the s. 100 Resolution, inquiry participants are entitled to particulars of what, if any, misconduct is alleged against them sufficiently in advance of the conclusion of the hearings (and ordinarily to each of them in advance of giving testimony) to reasonably enable each of them to respond (if they have not already

nécessaires à la réalisation de l'objet de l'enquête tel qu'il est décrit dans le mandat.

En l'espèce, la résolution fondée sur l'art. 100 est parfaitement intelligible. Elle décrit non seulement l'objet de l'enquête, mais également les limites de l'intérêt de la municipalité. L'objet de l'enquête énoncé dans la deuxième résolution du conseil municipal de Sarnia est une question d'intérêt municipal légitime qui relève des sujets mentionnés à l'art. 100. La contestation de la validité législative de la résolution fondée sur l'art. 100 doit donc être rejetée. 40

L'équité procédurale à l'enquête

Avant de laisser le premier moyen d'appel des appelants, je tiens à souligner que les préoccupations des individus impliqués dans des enquêtes judiciaires sont réelles et compréhensibles. Contrairement aux poursuites ordinaires où il y a communication préliminaire de la preuve et où le procès se déroule à un rythme modéré conformément à une procédure bien établie, l'enquête judiciaire s'apparente souvent à un énorme interrogatoire préalable multipartite caractérisé par une absence de plaidoiries, une divulgation minimale avant les audiences (parce qu'il se peut que les avocats de la commission aient peu de renseignements à divulguer, du moins au départ), et des règles de preuve moins strictes. Les audiences sont souvent entourées de publicité. Il arrive fréquemment, bien entendu, qu'au moins certains des participants savent bien avant les avocats de la commission ce que révéleront les documents qui seront présentés, ce que diront les témoins clés et où des «malentendus» pourront survenir. L'enquête progresse nécessairement en convoi de participants dont les intérêts, les motifs, les renseignements, la participation même et la visibilité sont très différents. La tâche est difficile pour un commissaire de coordonner ce processus de manière à servir l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité sans exposer les participants à un préjudice incident inutile, évitable ou injustifié. Bien que les appelants aillent trop loin lorsqu'ils prétendent que les détails qu'ils demandent doivent être incorporés dans la résolution fondée sur l'art. 100, les participants à une enquête ont le droit de connaître, suffisamment avant la fin 41

responded) as each of them may consider appropriate. Witnesses are routinely required to make disclosure of relevant documents to Commission counsel, and in the spirit of even-handedness it should be customary for Commission counsel, to the extent practicable, to disclose to witnesses, in advance of their testimony, any other documents obtained by the Commission which have relevance to the matters proposed to be covered in testimony, particularly documents relevant to the witness's own involvement in the events being inquired into. Judicial inquiries are not ordeals by ambush. Indeed, judicial inquiries often defend the validity of their existence and methods on the ground that such inquiries are inquisitional rather than adversarial, and that there is no *lis* between the participants. Judicial inquiries are not, in that sense, adversarial. On this basis the appellants and others whose conduct is under scrutiny can legitimately say that as they are deemed by the law not to be adversaries, they should not be treated by Commission counsel as if they were.

des audiences, les détails de toute inconduite qui peut leur être reprochée (et ordinairement chacun de ces détails avant de témoigner), afin d'être raisonnablement en mesure de répondre (s'ils ne l'ont pas déjà fait) comme ils l'entendent. Il arrive couramment que l'on demande à des témoins de communiquer des documents pertinents aux avocats de la commission et, en toute équité, ces derniers devraient autant que possible prendre l'habitude de communiquer aux intéressés, avant qu'ils témoignent, tout autre document obtenu par la commission qui est pertinent en ce qui concerne les questions qui doivent être traitées au cours de leur témoignage, en particulier les documents ayant trait à la participation du témoin lui-même aux événements visés par l'enquête. Les enquêtes judiciaires ne sont pas des épreuves de surprise. En fait, on justifie souvent l'existence de ces enquêtes et les procédés qui y sont utilisés par le fait qu'elles sont de nature inquisitoire plutôt que contradictoire et qu'aucun litige n'oppose les participants. Les enquêtes judiciaires ne sont pas, en ce sens, contradictoires. C'est pourquoi les appelants et d'autres personnes dont la conduite est examinée peuvent légitimement soutenir qu'étant réputés, en droit, ne pas être des adversaires, les avocats de la commission ne doivent pas les traiter comme s'ils l'étaient.

2. *Should the Appellants' Attempt to Create a Record of Surrounding Circumstances Have Been Restricted by Quashing the Summonses to the Mayor, the Sarnia City Councillors, and City Officials?*

2. *La tentative des appelants d'établir un dossier relatif aux circonstances de l'affaire aurait-elle dû être limitée par l'annulation des assignations délivrées au maire et aux conseillers de la ville de Sarnia, de même qu'à des fonctionnaires municipaux?*

42 This point is governed by the principles already discussed. The appellants submit that evidence of the surrounding circumstances, including the intent of the individual members of the Sarnia City Council, is admissible and relevant to show whether or not the true purpose of the Resolution was to uncover and disclose unspecified misconduct. The evidence would be directed to whether the Councillors really intended to constitute a "first branch" inquiry masquerading as a "second branch" inquiry within the general framework of s. 100 so as to avoid the necessity of providing appropriate particulars of misconduct. Beyond this,

Cette question est régie par les principes déjà analysés. Les appelants font valoir que la preuve des circonstances de l'affaire, dont l'intention de chaque membre du conseil municipal de Sarnia, est admissible et pertinente pour établir si l'objet véritable de la résolution était de découvrir et révéler un acte d'inconduite non spécifié. Cette preuve porterait sur la question de savoir si ces conseillers municipaux avaient vraiment l'intention d'ouvrir une enquête fondée sur le «premier volet» qui serait déguisée en enquête fondée sur le «deuxième volet» dans le cadre général de l'art. 100, afin de ne pas avoir à fournir les détails appropriés de l'in-

the appellants want to demonstrate that, even as a "first branch" inquiry, the supporters of the Resolution were, in fact, seeking a substitute police investigation into the commission of specific criminal offences, by specific individuals, thus attracting the prohibition of *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366.

I will address the *Starr* issue below. Subject to that, it is clear that the evidence directed to a "first branch" versus "second branch" argument is irrelevant. The doctrine of colourability applies where a legislature purports to exercise its power in relation to a matter within its jurisdiction but, in fact, is directing its legislative effort to a matter outside its jurisdiction. To put the matter another way, the appellants argue that while the s. 100 Resolution "in form" authorizes a second branch inquiry, it is "in substance" a first branch inquiry, and should attract what the appellants contend should be the more rigorous procedural requirements of a "first branch" inquiry. Leaving aside the division of powers issue that prevailed in *Starr* the appellants cannot succeed simply by showing that some members of Council may have had in mind one aspect of the s. 100 jurisdiction while others had in mind a different aspect of the s. 100 jurisdiction. The Resolution was in writing. Members of Council voted for the written text. The Commissioner is bound by the written text. The question is whether the municipality, as opposed to the individual members of its Council, had jurisdiction to do what it did. See *British Columbia (Milk Board) v. Grisnich*, [1995] 2 S.C.R. 895, at para. 5.

This case provides a good illustration of why the rule in *Thorne's Hardware*, *supra*, is salutary. In that case the Court was invited to conclude that the federal Cabinet was motivated by crass and improper financial considerations to extend the boundaries of St. John Harbour to include new

conduite. De surcroît, les appelants veulent démontrer que, même s'il s'agissait d'une enquête fondée sur le «premier volet», les partisans de la résolution sollicitaient en fait la tenue d'un substitut d'enquête policière sur la perpétration d'infractions criminelles particulières par des individus particuliers, de sorte que s'appliquait l'interdiction de l'arrêt *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366.

43 J'aborderai la question de l'arrêt *Starr* plus loin. Sous réserve de cela, il est clair que la preuve concernant l'argument du «premier volet» par rapport au «deuxième volet» n'est pas pertinente. La théorie du détournement de pouvoir s'applique lorsqu'une législature est censée exercer son pouvoir relativement à une question qui relève de sa compétence, alors qu'en réalité elle s'efforce de légiférer sur une question qui n'en relève pas. En d'autres termes, les appelants soutiennent que, bien que la résolution fondée sur l'art. 100 autorise, «sur le plan de la forme», une enquête en vertu du deuxième volet, elle autorise «au fond» une enquête en vertu du premier volet et devrait donner lieu à l'application de ce que les appelants estiment être les exigences procédurales plus strictes d'une enquête fondée sur le «premier volet». Si on laisse de côté la question de partage des compétences qui prédominait dans *Starr*, les appelants ne peuvent obtenir gain de cause en établissant simplement que certains membres du conseil municipal peuvent avoir eu à l'esprit un certain aspect de la compétence conférée par l'art. 100, alors que d'autres membres avaient à l'esprit un autre aspect de cette même compétence. La résolution était par écrit. Les membres du conseil ont voté ce texte écrit. Le commissaire est lié par cet écrit. Il s'agit de savoir si la municipalité, par opposition à chacun des membres de son conseil, avait compétence pour agir comme elle l'a fait. Voir *Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895, au par. 5.

44 La présente affaire illustre bien la raison pour laquelle la règle de l'arrêt *Thorne's Hardware*, précité, est salutaire. Dans cette affaire, la Cour était invitée à conclure que le cabinet fédéral avait été motivé par des considérations financières mesquines et irrégulières lorsqu'il avait étendu les

deep water liquid bulk terminal facilities which Irving Oil and its wholly owned subsidiaries had carefully located outside the previous harbour limits. The result was that harbour dues not previously payable at the new facility became payable. Dickson J. for the Court said, at p. 112:

> Counsel for the appellants was critical of the failure of the Federal Court of Appeal to examine and weigh the evidence for the purpose of determining whether the Governor in Council had been motivated by improper motives in passing the impugned Order in Council. We were invited to undertake such an examination but I think that with all due respect, we must decline. It is neither our duty nor our right to investigate the motives which impelled the federal Cabinet to pass the Order in Council. . . .

45 The motives of a legislative body composed of numerous persons are "unknowable" except by what it enacts. Here the municipal Council possessed the s. 100 power and exercised it in the form of a resolution which speaks for itself. While some members of the present or previous Sarnia Council may have made statements which suggest a desire to unmask alleged misconduct, the inquiry will not be run by city councillors but by Commissioner Killeen, a Superior Court judge, who will take his direction from the s. 100 Resolution, not from press reports of comments of some of the city politicians. Accordingly the courts below were correct to quash the summonses and strike from the record certain other evidence. While courts should be slow to interfere with a party's effort to build its case, they should set aside summonses where, as here, the evidence sought to be elicited has no relevance to a live issue in the judicial review applications: *Re Canada Metal Co. and Heap* (1975), 7 O.R. (2d) 185 (C.A.), *per* Arnup J.A., at p. 192.

limites du port de Saint-Jean de manière à comprendre le nouveau terminal en eau profonde qu'Irving Oil et ses filiales en propriété exclusive avaient pris soin de construire hors des anciennes limites portuaires. Cela avait pour résultat de rendre exigibles, à l'égard des nouvelles installations, des droits de port qui ne l'étaient pas auparavant. Voici ce que le juge Dickson a dit, au nom de la Cour, à la p. 112:

> L'avocat des appelantes reproche à la Cour d'appel fédérale d'avoir omis d'examiner et d'apprécier la preuve afin de déterminer si le gouverneur en conseil a été animé par des motifs irréguliers en prenant le décret attaqué. On nous invite à entreprendre cet examen, mais j'estime avec égards qu'il faut décliner cette invitation. Nous n'avons ni le droit ni l'obligation de mener une enquête sur les motifs qui ont pu inciter le cabinet fédéral à prendre le décret . . .

Les motifs d'un corps législatif composé de nombreuses personnes sont «inconnaissables», à l'exception de ce qui ressort des dispositions qu'il adopte. En l'espèce, le conseil municipal avait le pouvoir prévu à l'art. 100, et l'a exercé sous forme de résolution qui parle d'elle-même. Même si certains membres de l'ancien ou de l'actuel conseil municipal de Sarnia ont pu faire des déclarations qui traduisent une volonté d'exposer au grand jour une prétendue inconduite, l'enquête sera menée non pas par des conseillers municipaux mais par le commissaire Killeen, un juge de cour supérieure, qui s'en remettra aux directives prévues dans la résolution fondée sur l'art. 100, et non aux commentaires de certains politiciens municipaux relatés dans la presse. En conséquence, les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison d'annuler les assignations et de radier du dossier certains autres éléments de preuve. Bien que les tribunaux doivent hésiter à entraver les efforts déployés par une partie pour établir sa preuve, ils devraient annuler les assignations si, comme en l'espèce, la preuve que l'on cherche à obtenir n'a rien à voir avec une question soulevée dans les demandes de contrôle judiciaire: *Re Canada Metal Co. and Heap* (1975), 7 O.R. (2d) 185 (C.A.), le juge Arnup, à la p. 192.

3. *Is the Resolution Ultra Vires Because the Inquiry It Creates Is in Reality a Substitute Police Investigation and Preliminary Inquiry Infringing the Federal Criminal Law Power Under s. 92(27) of the Constitution Act, 1867?*

An issue of colourability would properly be raised if it were established that this judicial inquiry, purportedly authorized under provincial law, was in fact a substitute police investigation invading the exclusive jurisdiction of Parliament in relation to criminal law and procedure. Extrinsic evidence would be admissible to demonstrate colourability: *Starr*, *supra*, at p. 1403. If the appellants are correct the Resolution would be *ultra vires* s. 100, which authorizes only inquiries within provincial jurisdiction, and the s. 100 Resolution would be invalid on division of powers grounds.

The constitutional validity of s. 100 itself is undoubted. It can be supported under various provisions of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*: (a) s. 92(8), Municipal Institutions in the Province; (b) s. 92(13), Property and Civil Rights in the Province; and (c) s. 92(16), Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province. The question is whether this particular resolution, passed pursuant to that authority, is itself *ultra vires*.

The appellants' allegation is that members of Sarnia City Council were frustrated by the failure of investigations of the police and the provincial Ministry of Municipal Affairs to produce evidence of "wrongdoing". The appellants' solicitor points to a meeting he had with some city officials on March 3, 1995 in which three municipal Councillors mentioned an *in camera* meeting within a month prior to passing the January 9, 1995 Resolution in which there was talk of getting to the bottom of "wrongdoing" and the city's solicitor allegedly reported she had been told by an OPP officer "off the record" that the Council should go ahead with the inquiry. Implicit in this statement, it is

3. *La résolution est-elle ultra vires du fait que l'enquête dont elle demande l'ouverture est, en réalité, un substitut d'enquête policière et d'enquête préliminaire qui empiète sur la compétence fédérale en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867?*

46 La question du détournement de pouvoir pourrait être soulevée à bon droit s'il était établi que l'enquête judiciaire en cause, apparemment autorisée par la loi provinciale, était en fait un substitut d'enquête policière qui empiétait sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit et de procédure criminels. Une preuve extrinsèque serait admissible pour établir l'existence d'un détournement de pouvoir: *Starr*, précité, à la p. 1403. Si les appelants ont raison, la résolution excédera le pouvoir conféré par l'art. 100 qui n'autorise que les enquêtes relevant de la compétence provinciale, et sera invalide pour des raisons de partage des compétences.

47 La constitutionnalité de l'art. 100 lui-même ne fait aucun doute. Elle peut être étayée par différentes dispositions de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*: a) le par. 92(8), les institutions municipales dans la province; b) le par. 92(13), la propriété et les droits civils dans la province; c) le par. 92(16), généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. Il s'agit de savoir si cette résolution particulière, adoptée en vertu de cet article, est elle-même *ultra vires*.

48 Les appelants allèguent que des membres du conseil municipal de Sarnia étaient frustrés du fait que les enquêtes de la police et du ministère provincial des Affaires municipales n'avaient révélé aucune preuve d'«écart de conduite». L'avocat des appelants évoque une réunion qu'il a eue avec certains fonctionnaires de la ville le 3 mars 1995, au cours de laquelle trois conseillers municipaux ont mentionné la tenue d'une réunion à huis clos moins d'un mois avant l'adoption de la résolution du 9 janvier 1995, où il avait été question d'aller au fond des choses pour vérifier s'il y avait eu «écart de conduite», et où l'avocate de la ville aurait affirmé qu'un agent de la PPO lui avait dit

argued, was the OPP officer's belief that criminality might well be uncovered if there was an inquiry. The appellants seek to attribute this motive to City Council.

49 The first problem with this line of argument is that wishful thinking on the part of municipal councillors, even if established, could not turn a s. 100 inquiry into a substitute police investigation. The reason why the jurisdictional challenge succeeded in *Starr* was not that the framers of the provincial Order in Council hoped that the Commissioner would be able to conduct a substitute police investigation, but because this Court concluded that in fact that is what the Order in Council directed the Commissioner to undertake. Extrinsic evidence was admitted to support the finding of *ultra vires* but such evidence corroborated what was already evident in the text of the Order in Council. The simple answer to the appellant's argument in this case is that if the Commissioner did attempt to undertake a substitute police investigation as in *Starr* he would be acting *ultra vires* the authority conferred by the s. 100 Resolution. Even if some members of the City Council were motivated to vote for the Resolution by an erroneous view of what it accomplishes, this motive cannot turn an *intra vires* resolution into an *ultra vires* resolution.

50 The decision in *Starr* cannot be taken as a licence to attack the jurisdiction of every judicial inquiry that may incidentally, in the course of discharging its mandate, uncover misconduct potentially subject to criminal sanction. In the present case, while the OPP investigation was ongoing at the time of the first City Council Resolution, it had terminated 16 months prior to passage of the second Sarnia Council Resolution of January 9, 1995. Even if passage of the second Resolution is thought to be tainted with the circumstances alleged to have surrounded the first Resolution (notwithstanding the intermediate election of a

«à titre confidentiel» que le conseil municipal devrait aller de l'avant avec l'enquête. Cette déclaration faisait implicitement état, soutient-on, de l'opinion de l'agent de la PPO que la tenue d'une enquête pourrait bien révéler l'existence d'activités criminelles. Les appelants cherchent à attribuer ce motif au conseil municipal.

Le premier problème que pose un tel raisonnement est que le fait que des conseillers municipaux aient pris leurs désirs pour des réalités, même s'il était établi, ne peut transformer une enquête fondée sur l'art. 100 en substitut d'enquête policière. Si la contestation de compétence a réussi dans l'affaire *Starr*, ce n'est pas parce que les rédacteurs du décret provincial en cause espéraient que le commissaire serait en mesure de procéder à un substitut d'enquête policière, mais plutôt parce que notre Cour a conclu que c'était là, en réalité, ce que le décret lui ordonnait de faire. Une preuve extrinsèque a été admise pour étayer la conclusion d'inconstitutionnalité, mais cette preuve corroborait ce qui ressortait déjà manifestement du texte du décret. Il suffit de répondre à l'argument avancé par les appelants en l'espèce que si le commissaire tentait effectivement de procéder à un substitut d'enquête policière, comme c'était le cas dans l'affaire *Starr*, il excéderait alors le pouvoir conféré par la résolution fondée sur l'art. 100. Même si certains membres du conseil municipal étaient incités à voter en faveur de la résolution en raison d'une conception erronée de ce qu'elle permettrait d'accomplir, cela ne saurait rendre *intra vires* une résolution *ultra vires*.

L'arrêt *Starr* ne peut pas être interprété comme autorisant la contestation de la compétence relative à toute enquête judiciaire susceptible de révéler de manière incidente, dans le cadre de son mandat, une inconduite pouvant faire l'objet d'une sanction pénale. En l'espèce, alors que l'enquête de la PPO était en cours au moment de l'adoption de la première résolution du conseil municipal, elle était déjà terminée depuis 16 mois quand le conseil municipal de Sarnia a adopté sa deuxième résolution le 9 janvier 1995. Même si l'on estime que l'adoption de la deuxième résolution est entachée par les circonstances qui auraient entouré l'adop-

new City Council), the fact remains that the second Resolution is not directed to specific allegations of criminal misconduct by named individuals.

It must be remembered that in *Starr* the police criminal investigation was ongoing during the Houlden inquiry itself. A senior official in the office of the Ontario Premier had resigned after admitting improper receipt of personal benefits at no cost, including the famous refrigerator. The Houlden inquiry had regular police officers assigned to its investigation staff. Efforts had to be made to prevent the work of the "inquiry police" from tainting the work of the "police police" who were investigating concurrently the possibility of charges under the *Criminal Code*. Both investigations were working under substantially identical terms of reference, namely s. 121 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as may be seen by comparing s. 121 with the Houlden Commission terms of reference.

Criminal Code, s. 121

Every one . . . who . . . pays a commission or reward to or confers an advantage or benefit of any kind on an employee or official of the government with which he deals, or to any member of his family . . .

Houlden Commission terms of reference, para. 2

. . . a benefit, advantage or reward of any kind was conferred upon an elected or unelected public official or upon any member of the family . . . .

In the result, the "police police" and the "inquiry police" were covering the same ground under substantially the same terms of reference at the same time. The difference was that the "police police" had to work within the constraints of the criminal law, whereas the "inquiry police" did not. The Houlden Commission Order in Council was thus quashed on the basis that it was directed to exclusive federal jurisdiction over criminal law and procedure and was therefore *ultra vires* the legislative

tion de la première résolution (nonobstant l'élection, entre-temps, d'un nouveau conseil municipal), il reste que la deuxième résolution ne vise pas des allégations précises d'inconduite criminelle de la part d'individus nommés.

Il faut se rappeler que, dans *Starr*, l'enquête criminelle de la police se déroulait en même temps que l'enquête Houlden elle-même. Un haut fonctionnaire du bureau du Premier ministre de l'Ontario avait démissionné après avoir admis qu'il avait bénéficié irrégulièrement d'avantages personnels gratuits, dont le fameux réfrigérateur. Les enquêteurs qui travaillaient dans le cadre de l'enquête Houlden comprenaient des membres de la police régulière. On devait s'efforcer d'empêcher que le travail des «membres du personnel enquêteur» influe sur celui des «membres de la police régulière» qui étudiaient simultanément la possibilité de porter des accusations en vertu du *Code criminel*. Les deux enquêtes étaient tenues en fonction de mandats essentiellement identiques, à savoir l'art. 121 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, comme on peut le constater en comparant cet article avec le mandat de la commission Houlden. 51

Article 121 du *Code criminel*

. . . quiconque [. . .] paye une commission ou récompense ou confère un avantage ou un bénéfice de quelque nature à un employé ou fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite, ou à un membre de sa famille . . .

Paragraphe 2 du mandat de la commission Houlden

[TRADUCTION] . . . un bénéfice, avantage ou récompense quelconque a été accordé à un fonctionnaire public élu ou non élu ou à un membre de sa famille. . .

En définitive, les «membres de la police régulière» et les «membres du personnel enquêteur» procédaient simultanément à la même enquête, en vertu de mandats essentiellement identiques. La différence était que les «membres de la police régulière» étaient tenus de respecter les contraintes du droit criminel, alors que les «membres du personnel enquêteur» ne l'étaient pas. Le décret établissant la commission Houlden a donc été annulé pour le motif qu'il visait la compétence fédérale

authority of the province. The narrowness of its finding is evident from the judgment of Lamer J., as he then was, at p. 1402:

> The terms of reference name private individuals and do so in reference to language that is virtually indistinguishable from the parallel *Criminal Code* provision. Those same terms of reference require the Commissioner to investigate and make findings of fact that would in effect establish a *prima facie* case against the named individuals sufficient to commit those individuals to trial for the offence in s. 121 of the *Code*. The net effect of the inquiry, although perhaps not intended by the province, is that it acts as a substitute for a proper police investigation, and for a preliminary inquiry governed by Part XVIII of the *Code*, into allegations of specific criminal acts by Starr and Tridel Corporation Inc.

Further, the general constitutional rule that permits provincial inquiries that are in "pith and substance" directed to provincial matters (in this case local government) to proceed despite possible "incidental" effects on the federal criminal law power was affirmed by Lamer J. at p. 1409:

> There is no doubt that a number of cases have held that inquiries whose predominant role it is to elucidate facts and not conduct a criminal trial are validly constituted even though there may be some overlap between the subject-matter of the inquiry and criminal activity. Indeed, it is clear that the fact that a witness before a commission may subsequently be a defendant in a criminal trial does not render the commission *ultra vires* the province. But in no case before this Court has there ever been a provincial inquiry that combines the virtual replication of an existing *Criminal Code* offence with the naming of private individuals while ongoing police investigations exist in respect of those same individuals.

52 The exceptional nature of *Starr*, and the exceptional set of facts that compelled this Court's decision, was emphasized in the *Blood Inquiry* case, *supra*. In that case as stated, the Krever Inquiry, established under the federal *Inquiries Act*, was held to be within its jurisdiction to make findings of misconduct, even misconduct carrying potential

exclusive en matière de droit et de procédure criminels et excédait donc la compétence législative de la province. Le caractère limité de la conclusion du juge Lamer, maintenant Juge en chef, ressort à la lecture de ses motifs, à la p. 1402:

> Le mandat désigne des personnes nommément et le fait en utilisant des termes qui sont presque identiques à ceux de la disposition correspondante du *Code criminel*. Le même mandat enjoint au commissaire de faire enquête et de constater des faits qui constitueraient en réalité, contre les personnes désignées, une preuve *prima facie* suffisante pour obtenir le renvoi de ces personnes à leur procès pour infraction à l'art. 121 du *Code*. Même si la province n'a peut-être pas visé ce résultat, l'enquête a pour conséquence ultime d'équivaloir à une enquête de police et à une enquête préliminaire régie par la Partie XVIII du *Code*, relativement à des infractions criminelles précises reprochées à Mme Starr et à Tridel Corporation Inc.

En outre, le juge Lamer confirme, à la p. 1409, la règle constitutionnelle générale qui permet la tenue d'enquêtes provinciales qui, de par leur «caractère véritable», portent sur des questions provinciales (en l'espèce un gouvernement local), malgré les effets «accessoires» qu'elles peuvent avoir sur la compétence fédérale en matière de droit criminel:

> Il n'y a pas de doute qu'il existe une jurisprudence sanctionnant la validité d'enquêtes dont la fonction principale est de déterminer des faits, mais non de mener un procès criminel, même si leur objet porte en partie sur une activité criminelle. En fait, il est manifeste que le risque qu'un témoin devant une commission d'enquête devienne plus tard un accusé dans son procès sur une accusation criminelle ne rend pas la commission *ultra vires* de la province. Mais dans aucune affaire antérieure, notre Cour n'a examiné une enquête provinciale qui comporte à la fois la reproduction presque textuelle de la définition d'une infraction au *Code criminel* et la désignation de personnes précises alors que des enquêtes policières sont en cours à l'égard des mêmes personnes.

La nature exceptionnelle de l'arrêt *Starr* et des faits qui sont à l'origine de la décision de notre Cour a été soulignée dans l'affaire de l'*Enquête sur le sang contaminé*, précitée. Dans cette affaire, il a été jugé que l'enquête Krever, établie en vertu de la *Loi sur les enquêtes* fédérale, avait compétence pour tirer des conclusions faisant état d'une

civil or criminal liability, provided such findings were properly relevant to the broader purpose of the inquiry, as set out in its terms of reference. In delivering the reasons of this Court, Cory J. distinguished *Starr* and *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), at para. 47:

> Clearly, those two inquiries were unique. They dealt with specific incidents and specific individuals, during the course of criminal investigations.

The *Blood Inquiry* case picked up and endorsed the earlier line of cases in this Court giving broad scope to provincial inquiries, including *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; and *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97. The *Westray* case is particularly interesting in comparison to the facts of this case because at the time the mine managers were called to testify before the Commission they were in fact simultaneously facing charges under the provincial *Occupational Health and Safety Act*. The affirmation of the correctness of those decisions by a unanimous Court in the *Blood Inquiry* case renders the division of powers ground of appeal untenable in the present case as well.

4. *Is the Resolution Unlawful in That It Requires an Investigation by Sarnia into the Affairs of Clearwater?*

The appellants submit that the new municipal body of Sarnia created by operation of the *Sarnia-Lambton Act, 1989* could not lawfully undertake an inquiry into the affairs of the predecessor municipality. In this regard the appellants rely on *Hydro Electric Commission of Mississauga v. City of Mississauga* (1975), 13 O.R. (2d) 511 (Div. Ct.). The appellants submit that the *Sarnia-Lambton Act, 1989*, read as a whole, provides for the creation of a new body from two separate municipalities, both of which were dissolved upon the amal-

faute, même une faute susceptible d'engendrer une responsabilité civile ou criminelle, pourvu que ces conclusions soient vraiment pertinentes à l'égard de l'objet général de l'enquête défini dans son mandat. En exposant les motifs de notre Cour, le juge Cory a établi une distinction d'avec les affaires *Starr* et *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), au par. 47:

> Ces deux enquêtes étaient manifestement exceptionnelles. Elles portaient sur des incidents particuliers et sur des personnes précises, concurremment à des enquêtes criminelles.

L'affaire de l'*Enquête sur le sang contaminé* a repris et approuvé le courant de jurisprudence dans lequel notre Cour avait accordé une grande portée à des enquêtes provinciales, dont *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, et *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97. L'affaire *Westray* est particulièrement intéressante si on la compare aux faits de la présente affaire, étant donné qu'à l'époque où les directeurs de la mine étaient appelés à témoigner devant la commission, ils faisaient en même temps l'objet d'accusations en vertu de la *Occupational Health and Safety Act* de la province. La confirmation du bien-fondé de ces arrêts par notre Cour à l'unanimité, dans l'affaire de l'*Enquête sur le sang contaminé*, rend le moyen d'appel fondé sur le partage des compétences également insoutenable en l'espèce.

4. *La résolution est-elle illégale du fait qu'elle exige que Sarnia enquête sur les affaires de Clearwater?*

53 Les appelants font valoir que la nouvelle municipalité de Sarnia créée par la *Sarnia-Lambton Act, 1989* ne pouvait légalement ouvrir une enquête sur les affaires de la municipalité qui l'a précédée. À cet égard, ils se fondent sur *Hydro Electric Commission of Mississauga c. City of Mississauga* (1975), 13 O.R. (2d) 511 (Cour div.). Ils prétendent que la *Sarnia-Lambton Act, 1989*, interprétée dans son ensemble, prévoit la création d'une nouvelle municipalité à partir de deux municipalités distinctes qui ont toutes les deux été dissoutes au

gamation. It is argued that the language of the Act creates a discontinuity between the former municipalities, now dissolved, and a new and separate entity, and that s. 100 does not allow the new City of Sarnia to investigate the officers, servants and contractors of a defunct municipality or to inquire into the conduct of that other municipality's public business.

54 This issue turns upon the intent of the Ontario legislation, and in particular s. 9 of the *Sarnia-Lambton Act, 1989*, which provides as follows:

> **9.** Except as otherwise provided in this Act, the assets and liabilities of the former municipalities and their local boards become assets and liabilities of the City or a local board thereof without compensation, and the City and its local boards stand in the place of the former municipalities and their local boards. [Emphasis added.]

The appellants argue that if the concluding words had included "for all purposes" the underlined phrase "might well have broadened the ambit of the section beyond the subject of 'assets and liabilities'" (Appellants' Factum, at para. 36). I think the interpretation of s. 9 advanced by the appellants is too narrow, but in any event the fact is that the springboard for the s. 100 Resolution in this case is precisely Sarnia's inheritance of the assets and liabilities from Clearwater. The conditions attached to these assets, as we have seen, require the new City of Sarnia to take planning action and to assume municipal services before interest or principal becomes payable. These conditions, and their provenance, constitute "live issues" for the consideration of the new City of Sarnia. Thus, even on the appellants' interpretation, s. 9 of the *Sarnia-Lambton Act, 1989*, which puts the new City of Sarnia "in the place of the former" municipality for purposes relevant to assets and liabilities, brings Sarnia within s. 100. It is unnecessary to consider the broader view of s. 9 contended for by the respondent.

5. *Did the Commissioner Breach the Requirements of Natural Justice and Irrevocably Lose Juris-*

moment de la fusion. Il est soutenu que le libellé de la Loi engendre une discontinuité entre les anciennes municipalités maintenant dissoutes et une nouvelle entité distincte, et que l'art. 100 ne permet pas à la nouvelle ville de Sarnia d'enquêter sur les agents, fonctionnaires et entrepreneurs d'une municipalité disparue, ni d'enquêter sur la façon de traiter les affaires publiques de cette autre municipalité.

Cette question dépend du but de la loi ontarienne et, en particulier, de l'art. 9 de la *Sarnia-Lambton Act, 1989*, qui prévoit:

> [TRADUCTION] **9.** Sous réserve de toute autre disposition de la présente loi, l'actif et le passif des anciennes municipalités et de leurs conseils locaux deviennent l'actif et le passif de la ville ou d'un conseil local de celle-ci, sans indemnisation, et la ville et ses conseils locaux remplacent les anciennes municipalités et leurs conseils locaux. [Je souligne.]

Les appelants soutiennent que si les derniers mots avaient compris l'expression «à toutes fins», la phrase soulignée «aurait fort bien pu élargir la portée de l'article au-delà de la question "de l'actif et du passif"» (mémoire des appelants, au par. 36). J'estime que l'interprétation de l'art. 9 proposée par les appelants est trop restrictive, mais, de toute façon, il reste que la résolution fondée sur l'art. 100 en l'espèce découle précisément du fait que Sarnia a hérité de l'actif et du passif de Clearwater. Les conditions dont est assorti cet actif, comme nous l'avons vu, obligent la nouvelle ville de Sarnia à aménager les terrains visés et à les doter des services municipaux avant que les intérêts et le principal ne deviennent exigibles. Ces conditions et leur provenance sont des «questions d'actualité» qui doivent être examinées par la nouvelle ville de Sarnia. Ainsi, même selon l'interprétation qu'en donnent les appelants, l'art. 9 de la *Sarnia-Lambton Act, 1989*, qui prévoit que la nouvelle ville de Sarnia «remplace l'ancienne» municipalité en ce qui concerne l'actif et le passif, fait relever Sarnia de l'art. 100. Il n'est pas nécessaire d'examiner la conception plus large de l'art. 9 préconisée par l'intimée.

5. *Le commissaire a-t-il manqué aux exigences de la justice naturelle et perdu irrévocablement sa*

diction by the Procedure He Adopted at the Inquiry Pre-Hearing?

The appellants submit that the Commissioner erred in failing to share the advice from Commission counsel with interested parties and in failing to hear submissions from the appellants' counsel before deciding the procedure he would follow. The appellants submit that when the Commissioner denied them a hearing, he was not acting impartially and thus undermined public confidence in the integrity of the Commission process.

In my view this submission, as well, fails on the facts. The appellants were not denied a hearing and the Commissioner's conduct disclosed no bias. It is true that at the opening of the "pre-hearing" on March 6, 1995 the Commissioner stated that he would proceed notwithstanding the filing of the judicial review application. However, at the time he made this statement, neither the Commissioner nor Commission counsel had received any application from the appellants for an adjournment. When counsel for the appellants came to address the Commissioner, it seems that they felt their tactical position would be stronger if they treated the Commissioner's opening announcement as irrevocable. This strategy was carried to the point that counsel who at that time acted for Consortium, after making submissions that cover two and a half pages of transcript, concluded by saying:

> So I thought out of courtesy, sir, I should let you know what we would have said to you. [Emphasis added.]

After saying what they would have said, but making it clear that they were not actually saying it, appellants' counsel sat down and did not participate further. The Commissioner's statement of the procedure he proposed to follow consisted largely of generalities seemingly addressed to the non-lawyers in the hearing room. In the absence of any notification that an adjournment would be sought, the Commissioner cannot be faulted for outlining his proposal to proceed with the inquiry in an expeditious way, nor can he be faulted for declining to consider a possible adjournment in circum-

compétence en raison de la procédure qu'il a adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête?

Les appelants font valoir que le commissaire a commis une erreur en omettant de faire part aux parties intéressées de l'avis des avocats de la commission et d'entendre les arguments des avocats des appelants avant de choisir la procédure qu'il suivrait. Ils soutiennent que, lorsqu'il a refusé de leur accorder une audience, le commissaire n'a pas agi de façon impartiale et a donc miné la confiance du public dans l'intégrité du processus de la commission. 55

À mon avis, cet argument échoue lui aussi d'après les faits. Le commissaire n'a pas refusé d'accorder une audience aux appelants et sa conduite n'a révélé aucune partialité de sa part. Il est vrai qu'à l'ouverture de l'«audience préparatoire» le 6 mars 1995, le commissaire a déclaré qu'il procéderait à l'enquête malgré le dépôt de la demande de contrôle judiciaire. Cependant, à l'époque où il a fait cette déclaration, ni lui ni les avocats de la commission n'avaient reçu des appelants une demande d'ajournement. Lorsque les avocats des appelants se sont adressés au commissaire, il semble qu'ils estimaient qu'ils seraient mieux placés, du point de vue tactique, s'ils considéraient comme irrévocable l'allocution d'ouverture du commissaire. Ils ont appliqué cette stratégie au point où l'avocat qui représentait Consortium à l'époque a conclu ainsi son argumentation, dont la transcription compte deux pages et demie: 56

> [TRADUCTION] J'ai donc cru, monsieur, que, par courtoisie, je devrais vous communiquer ce que nous vous aurions dit. [Je souligne.]

Après avoir communiqué ce qu'ils auraient dit, tout en précisant que, en fait, ce n'était pas ce qu'ils disaient, les avocats des appelants se sont assis et n'ont plus participé. L'énoncé par le commissaire de la procédure qu'il comptait suivre consistait largement en des généralités qui semblaient s'adresser aux personnes, dans la salle d'audience, qui n'étaient pas des avocats. Vu l'absence de tout avis qu'un ajournement serait demandé, on ne peut reprocher au commissaire d'avoir fait part de son intention de procéder à l'enquête de manière expéditive, ni d'avoir refusé d'envisager un ajourne-

stances where the appellants themselves refused, in apparent umbrage, or for tactical reasons, to make submissions in support of that relief. There is no basis to attribute lack of impartiality to the Commissioner. In the particular circumstances of the pre-hearing, he was entitled to outline how he proposed to proceed without disclosing the advice he received from Commission counsel. His rulings will stand or fall on their own merits, irrespective of what advice he received. His decision to proceed and the proposed arrangements for the hearing were decisions properly made within the ambit of his procedural discretion, and thus this ground too must be rejected.

ment éventuel dans des circonstances où les appelants eux-mêmes refusaient, pour manifester leur mécontentement ou pour des raisons tactiques, de présenter des arguments à l'appui de cette mesure. Il n'y a aucune raison d'imputer au commissaire un manque d'impartialité. Dans les circonstances particulières de l'audience préparatoire, il avait le droit d'exposer la façon dont il comptait mener l'enquête sans divulguer l'avis qu'il avait reçu des avocats de la commission. Ses décisions seront appréciées selon leur propre valeur, indépendamment de l'avis qu'il a reçu. Sa décision de procéder à l'enquête et les mesures proposées pour l'audience sont des décisions prises régulièrement dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire en matière de procédure, et ce moyen doit donc lui aussi être rejeté.

Disposition

57 The appeal is therefore dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Consortium Developments (Clearwater) Ltd.: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Solicitors for the appellants Kenneth MacAlpine, James Pumple and MacPump Developments Ltd.: Gignac, Sutts, Windsor.

Solicitors for the respondent the City of Sarnia: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitor for the intervener: John D. Whyte, Regina.

Dispositif

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante Consortium Developments (Clearwater) Ltd.: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Procureurs des appelants Kenneth MacAlpine, James Pumple et MacPump Developments Ltd.: Gignac, Sutts, Windsor.

Procureurs de l'intimée la ville de Sarnia: Weir & Foulds, Toronto.

Procureur de l'intervenant: John D. Whyte, Regina.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Patrick Arnold MacDougall *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* MACDOUGALL

File No.: 25931.

1998: May 21; 1998: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Sentencing delay — Judicial illness — Sentencing delay primarily due to prolonged illness of trial judge — Whether right to be tried within reasonable time applies to sentencing — Principles applicable for proper characterization of delay related to judicial illness — Point at which delay in sentencing related to trial judge's illness violates right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

On December 2, 1994, the accused was charged with indecent assault. At his first appearance on January 16, 1995, he requested an adjournment for election and plea. On February 13, he pled not guilty. On April 5, he changed his plea to guilty. The matter was then adjourned for the preparation of a pre-sentence report. The Crown subsequently requested two extensions. On July 14, the case was suspended indefinitely because of the trial judge's illness. The trial judge eventually resigned on April 15, 1996, and on May 21 the Crown requested that a new judge be assigned to sentence the accused. The new judge was assigned the next day. The accused did not appear for sentencing on June 13. He was later arrested and on July 11 appeared before the new judge. The matter was adjourned until September 24 for a defence motion to have the charges stayed. On that date, the new judge granted the motion, holding that the approximately 22-month delay which occurred between the laying of the charge and the hearing for a stay violated s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Patrick Arnold MacDougall *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MACDOUGALL

N° du greffe: 25931.

1998: 21 mai; 1998: 29 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, SECTION D'APPEL

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de détermination de la peine — Maladie du juge — Délai de détermination de la peine lié principalement à la maladie prolongée du juge du procès — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable s'applique-t-il à la détermination de la peine? — Principes applicables à la qualification du délai lié à la maladie du juge — Point à partir duquel le délai de détermination de la peine lié à la maladie du juge viole le droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Le 2 décembre 1994, l'accusé a été inculpé d'attentat à la pudeur. À sa première comparution, le 16 janvier 1995, il a demandé un ajournement afin de décider du mode de procès et de son plaidoyer. Le 13 février, il a plaidé non coupable. Le 5 avril, il a modifié son plaidoyer et reconnu sa culpabilité. L'affaire a été ajournée pour permettre la préparation d'un rapport présentenciel. Le ministère public a par la suite demandé deux prorogations. Le 14 juillet, l'affaire a été ajournée indéfiniment en raison de la maladie du juge du procès. Ce dernier a finalement démissionné le 15 avril 1996 et, le 21 mai, le ministère public a demandé qu'un nouveau juge soit affecté à la détermination de la peine de l'accusé. Le nouveau juge a été désigné le lendemain. L'accusé ne s'est pas présenté pour la détermination de sa peine le 13 juin. Il a par la suite été arrêté et, le 11 juillet, il a comparu devant le nouveau juge. L'affaire a été ajournée au 24 septembre pour permettre l'examen d'une requête de la défense demandant l'arrêt des procédures. À cette date, le nouveau juge a accueilli la requête, concluant que le délai d'environ 22 mois qui s'était écoulé entre le dépôt de l'accusation et l'audition de la requête en arrêt des procédures avait contrevenu à l'al. 11*b*) de

and Freedoms. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal.

Held: The appeal should be allowed and the case remitted to the trial court for sentencing.

(1) *Whether the right to be tried within a reasonable time extends to sentencing*

The right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Charter* includes the right to be sentenced within a reasonable time. Both the wording of s. 11(*b*) and the interests it protects support this conclusion. Section 11 comprises a wide range of rights which protect the accused from the moment he or she is first charged with an offence to the final resolution of the matter, including sentencing. While s. 11 protection is triggered when a person is "charged with an offence", the specific rights available to an individual who has been charged with an offence vary with the stage of proceedings. Section 11 provides for different forms and levels of protection for each stage of the criminal process. It follows that "charged with an offence" cannot be restricted to a particular phase of the proceedings. Rather, what is required is an interpretation that harmonizes as much as possible all of the subsections of s. 11 and the various rights they provide. Textually, the only feasible interpretation of "charged with an offence" in s. 11 is an expansive one which includes both the pre-conviction and post-conviction periods. In the context of s. 11(*b*), the phrase "charged with an offence" is not confined to the period before conviction but also extends to the post-conviction sentencing stage. A purposive reading of s. 11(*b*) also suggests that the phrase "tried within a reasonable time" in that section is capable of extending to the sentencing process. Furthermore, the interests protected by s. 11(*b*) are relevant at both the pre-conviction and post-conviction stages. Delay in sentencing may prejudice an accused's s. 11(*b*) interests, which include a liberty interest, a security interest, and a fair trial interest. It can also impact negatively on society's interests in a speedy trial and in ensuring that those on trial are dealt with fairly and justly.

la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour détermination de la peine.

(1) *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable s'étend-il à la détermination de la peine?*

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11*b*) de la *Charte* inclut le droit de voir sa peine être prononcée dans un délai raisonnable. Tant le texte de l'al. 11*b*) que les droits que protège cette disposition appuient cette conclusion. L'article 11 comprend un large éventail de droits qui protègent l'accusé à compter du moment où une infraction lui est reprochée et celui où l'affaire est tranchée de façon définitive, ce qui inclut la détermination de la peine. Bien que la protection prévue à l'art. 11 s'applique dès qu'un individu est «inculpé», les droits dont jouit cette personne varient selon l'étape des procédures. L'article 11 assure une protection dont la forme et le degré varient aux différentes étapes des procédures pénales. Il s'ensuit que le champ d'application du terme «inculpé» ne peut être restreint à une étape particulière des procédures. Il faut plutôt l'interpréter d'une manière qui s'harmonise autant que possible avec tous les alinéas de l'art. 11 et avec les divers droits prévus par ceux-ci. Compte tenu des termes employés, la seule interprétation possible du terme «inculpé» est une interprétation large qui englobe les étapes antérieures et postérieures à la déclaration de culpabilité. Pour l'application de l'al. 11*b*), le champ d'application du terme «inculpé» ne se limite pas à la période antérieure à la déclaration de culpabilité, mais elle s'étend aussi à l'étape de la détermination de la peine. Une interprétation de l'al. 11*b*) axée sur son objet suggère également que la portée de l'expression «jugé dans un délai raisonnable» peut s'étendre à la détermination de la peine. De plus, les intérêts protégés par l'al. 11*b*) sont pertinents tant aux étapes antérieures à la déclaration de culpabilité qu'aux étapes postérieures. Le délai de détermination de la peine peut porter atteinte aux intérêts de l'accusé qui sont protégés par l'al. 11*b*), lesquels incluent son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, ainsi que son droit à un procès équitable. Ce délai peut aussi avoir une incidence négative sur l'intérêt qu'a la société à ce que les procès aient lieu promptement et que les personnes appelées à subir leur procès soient traitées avec justice et équité.

(2) *Whether the sentencing delay was unreasonable*

Whether delay in sentencing amounts to a violation of s. 11(*b*) depends on whether the delay was unreasonable considering the length of the delay, the reasons for the delay, the effect of any waivers of delay and the prejudice suffered by the accused. An accused who enters a guilty plea does not waive his s. 11(*b*) rights.

Where the trial judge falls ill and is expected to return, the Crown must balance two competing factors: (1) the need to proceed with the utmost care and caution when considering the removal of a judge seized with a case in order to protect judicial independence and fairness to the accused, and (2) the need to protect the accused's s. 11(*b*) rights and prevent undue prejudice to the accused. The Crown must determine whether the apprehension of a violation of the accused's s. 11(*b*) rights has reached the stage where it outweighs the general rule that the judge seized of a case should conclude it. Where the apprehension of a s. 11(*b*) violation outweighs this general rule, the Crown has a duty to apply to remove and replace the seized judge. In light of the balancing which the Crown must undertake, delay related to a judge's illness can be characterized as inherent delay, Crown delay or systemic delay, depending on the circumstances of the case. Delay related to judicial illness which takes places in the period before it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed is inherent delay and is not counted against the Crown. Delay which occurs after the point when it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed is Crown delay. Delay in replacing a judge which transpires after the point when it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed due to lack of judicial resources is institutional or systemic delay, counting against the Crown if the lack of resources is unreasonable having regard to the particular pressures on the court system at issue.

The approximately 22-month period between the laying of the charge and the hearing for a stay was excessive and meets the threshold test requiring the courts below to examine whether the delay was unreasonable under s. 11(*b*). In this case, the delay was not unreasonable. The courts below mischaracterized the delay relating to the trial judge's illness by wrongly considering it attributable to the Crown. The Crown only bears responsibility for the two-month delay resulting from its

(2) *Le délai de détermination de la peine était-il déraisonnable?*

Un délai de détermination de la peine viole l'al. 11*b*) s'il est déraisonnable compte tenu de la durée de ce délai, des raisons de celui-ci, de l'effet de toute renonciation de l'accusé à invoquer un délai et du préjudice subi par ce dernier. L'accusé qui plaide coupable ne renonce pas aux droits qui lui sont conférés par l'al. 11*b*).

Lorsque le juge du procès tombe malade et qu'on s'attend à ce qu'il reprenne ses fonctions, le ministère public doit mettre en balance deux intérêts opposés: (1) la nécessité de faire montre d'un soin et d'une prudence extrêmes avant de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire, afin de préserver l'indépendance judiciaire et l'équité envers l'accusé; (2) la nécessité de protéger les droits garantis à l'accusé par l'al. 11*b*) et d'empêcher qu'il ne subisse un préjudice indu. Le ministère public doit déterminer si la crainte d'une atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'al. 11*b*) a pris des proportions telles qu'elle l'emporte sur la règle générale selon laquelle le juge saisi d'une affaire doit la mener à terme. Si c'est le cas, le ministère public a le devoir de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire et que celle-ci soit confiée à un autre. Compte tenu de la mise en balance que doit faire le ministère public, le délai lié à la maladie du juge peut, selon les circonstances de l'affaire, être qualifié soit de délai inhérent, soit de délai du ministère public ou encore de délai systémique. Le délai lié à la maladie d'un juge qui survient avant qu'il soit raisonnable pour le ministère public de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire est un délai inhérent et n'est pas reproché au ministère public. Le délai qui dépasse ce point est un délai reproché au ministère public. Le temps mis à remplacer le juge après le moment où il est devenu raisonnable pour le ministère public de demander que ce dernier soit dessaisi de l'affaire pour cause de pénurie de ressources judiciaires est un délai institutionnel ou systémique, qui est reproché au ministère public si le manque de ressources est déraisonnable eu égard aux contraintes particulières auxquelles est soumis le tribunal en cause.

Le délai d'environ 22 mois qui s'est écoulé entre le dépôt de l'acte d'accusation et l'audition de la demande d'arrêt des procédures était excessif et satisfaisait au critère préliminaire suivant lequel les juridictions inférieures étaient tenues de se demander s'il était déraisonnable au regard de l'al. 11*b*). En l'espèce, le délai n'était pas déraisonnable. Les juridictions inférieures ont mal qualifié le délai lié à la maladie du juge du procès en le reprochant à tort au ministère public. Le ministère

requests for extensions in order to prepare the presentence report, and for the one-month period between the trial judge's resignation and the request for the assignment of a new judge. The accused is responsible for the two-month delay resulting from his request for an adjournment for election and plea and for his failure to appear at the sentencing hearing. The remaining 16 and one-half months of delay are attributable to the inherent time requirements of the case, including the nine months of delay relating to the trial judge's illness. On the justifiable assumption that the trial judge would return, the Crown proceeded in accordance with the general rule that an accused should be sentenced by the judge who took the plea or presided at the conviction phase of the trial. The Crown had no information suggesting that the trial judge would not be returning, or that his absence would be unduly lengthy. It was only upon the trial judge's announcement of his retirement that it became apparent he would not return. The nine-month delay occurred in the post-conviction phase of proceedings when the interests engaged by s. 11(*b*) were more attenuated, in the circumstances, than in the pre-conviction phase. Furthermore, there was no indication that the delay would cause the accused any significant prejudice. In these circumstances, it cannot be concluded that the Crown erred in not moving prior to the trial judge's resignation to remove and replace him. This leaves a net Crown delay of three months for consideration under s. 11(*b*). While longer than one might wish, this delay is not egregious. Nor does the evidence suggest that the delay unduly prejudiced the accused.

public est responsable uniquement du délai de deux mois résultant de ses demandes d'ajournement pour la préparation d'un rapport présentenciel et du délai d'un mois qui s'est écoulé entre la démission du juge du procès et la demande de désignation d'un nouveau juge. L'accusé est responsable du délai de deux mois résultant de sa demande d'ajournement afin de décider du mode de procès et de son plaidoyer, ainsi que de son omission de comparaître à l'audience de détermination de la peine. Les 16 mois et demi restants sont des délais inhérents à l'affaire, y compris le délai de neuf mois lié à la maladie du juge du procès. Présumant, comme il était justifié de le faire, que le juge du procès reprendrait ses fonctions, le ministère public a agi conformément à la règle générale selon laquelle l'accusé doit voir sa peine être prononcée par le juge qui a reçu son plaidoyer de culpabilité ou qui présidait le procès à l'étape de la déclaration de culpabilité. Le ministère public ne disposait d'aucun renseignement tendant à indiquer que le juge du procès ne reprendrait pas ses fonctions, ni que son absence serait indûment longue. Ce n'est qu'à l'annonce du départ du juge du procès à la retraite qu'il est devenu clair qu'il ne reviendrait pas. Le délai de neuf mois est survenu à l'étape des procédures subséquentes à la déclaration de culpabilité, lorsque les intérêts protégés par l'al. 11*b*) revêtaient moins d'importance, dans les circonstances, qu'à l'étape ayant précédé la déclaration de culpabilité. De plus, rien n'indiquait que ce délai causerait à l'accusé un préjudice grave. Dans ces circonstances, on ne peut conclure que le ministère public a commis une erreur en ne demandant pas, avant la démission du juge du procès, que celui-ci soit dessaisi de l'affaire et remplacé. Il ne reste donc qu'un délai net de trois mois attribuable au ministère public à apprécier au regard de l'al. 11*b*). Bien que ce délai ait été plus long qu'on ne l'aurait souhaité, il n'est pas énorme et rien dans la preuve ne tend à indiquer qu'il a causé un préjudice indu à l'accusé.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; **referred to:** *R. v. Gallant*, [1998] 3 S.C.R. 80; *R. v. Bosley* (1992), 59 O.A.C. 161; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Grant*, [1951] 1 K.B. 500; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v.*

Jurisprudence

Distinction faite d'avec les arrêts: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gallant*, [1998] 3 R.C.S. 80; *R. c. Bosley* (1992), 59 O.A.C. 161; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684; *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Grant*, [1951] 1 K.B. 500; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486;

Askov, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Gonzales v. State*, 582 P.2d 630 (1978); *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Allen* (1996), 1 C.R. (5th) 347; *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115; *R. v. Trudel*, [1992] R.J.Q. 2647.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Mitchell, Graeme G. "*Potvin*: *Charter*-Proofing Criminal Appeals" (1993), 23 C.R. (4th) 37.
Renke, Wayne. "Deferring Delay: A Comment on *R. v. Potvin*" (1994), 5 *Constitutional Forum* 16.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 193, 459 A.P.R. 193, 6 C.R. (5th) 228, [1997] P.E.I.J. No. 11 (QL), dismissing the Crown's appeal from an order of FitzGerald Prov. Ct. J. staying proceedings against the accused. Appeal allowed.

Valerie A. Moore, for the appellant.

W. Kent Brown, *Q.C.*, and *Thane A. MacEachern*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

This appeal and the companion appeal, *R. v. Gallant*, [1998] 3 S.C.R. 80, raise two legal issues: (1) whether the right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* includes the right to be sentenced within a reasonable time, and (2) the proper characterization of delay related to judicial illness under s. 11(*b*). The respondent's sentencing was delayed due to the prolonged illness of the trial

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Gonzales c. State*, 582 P.2d 630 (1978); *Dickey c. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Allen* (1996), 1 C.R. (5th) 347; *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115; *R. c. Trudel*, [1992] R.J.Q. 2647.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
Mitchell, Graeme G. «*Potvin*: *Charter*-Proofing Criminal Appeals» (1993), 23 C.R. (4th) 37.
Renke, Wayne. «Deferring Delay: A Comment on *R. v. Potvin*» (1994), 5 *Forum constitutionnel* 16.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, section d'appel (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 193, 459 A.P.R. 193, 6 C.R. (5th) 228, [1997] P.E.I.J. No. 11 (QL), qui a rejeté l'appel formé par le ministère public contre l'ordonnance d'arrêt des procédures prononcée par le juge FitzGerald de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Valerie A. Moore, pour l'appelante.

W. Kent Brown, *c.r.*, et *Thane A. MacEachern*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *R. c. Gallant*, [1998] 3 R.C.S. 80, soulèvent deux questions de droit: (1) Est-ce que le droit de tout inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* inclut le droit pour celui-ci de voir sa peine être prononcée dans un délai raisonnable? (2) Comment doit être qualifié, pour l'application de l'al. 11*b*), le délai lié à la maladie du juge? La

judge. When the trial judge ultimately resigned, the Crown requested that a new judge be assigned to the case and attempted to proceed with sentencing. The respondent then applied for and was granted a stay of proceedings. The Prince Edward Island Court of Appeal upheld the stay. The question is whether it erred in doing so.

2 I conclude that the right to be tried within a reasonable time extends to sentencing. However, in light of the circumstances of these cases and the nature of the delay which transpired, I am of the view that the delay was not unreasonable. I would allow the appeal and remit the case to the trial court for sentencing.

II. Facts

3 MacDougall was charged on December 2, 1994, with one count of indecent assault. The charge related to an incident which was alleged to have taken place in 1973. He appeared before Plamondon Prov. Ct. J. on January 16, 1995, and requested an adjournment for election and plea. An adjournment was granted until February 13, 1995. On February 13, 1995, he appeared and entered a plea of not guilty. On April 5, 1995, MacDougall changed his plea to guilty and, because a presentence report was requested, the matter was adjourned. The Crown subsequently requested two extensions, to which MacDougall did not object. On July 14, 1995, the case was adjourned indefinitely due to the illness of Plamondon Prov. Ct. J. Judge Plamondon resigned on April 15, 1996.

4 On May 21, 1996, Crown counsel wrote to Chief Provincial Court Judge Thompson, requesting that a judge be assigned to sentence MacDougall. FitzGerald Prov. Ct. J. was assigned on May 22, 1996. Sentencing was to take place on June 13, 1996, but MacDougall did not appear. A warrant for his arrest was issued, and MacDougall was arrested on July 5, 1996. On July 11, 1996, he appeared to set a date for sentencing. The matter

peine de l'intimé a tardé à être déterminée en raison de la maladie prolongée du juge du procès. Lorsque ce dernier a finalement démissionné, le ministère public a demandé que l'affaire soit confiée à un nouveau juge en vue de la détermination de la peine. L'intimé a alors demandé et obtenu l'arrêt des procédures. La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a confirmé l'arrêt des procédures. La question à trancher est celle de savoir si elle a fait erreur en rendant cette décision.

Je conclus que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable s'étend à la détermination de la peine. Toutefois, à la lumière des circonstances des présents cas et de la nature du délai qu'elles ont entraîné, je suis d'avis que le délai en cause n'était pas déraisonnable. J'accueillerais le pourvoi et renverrais l'affaire au tribunal de première instance pour détermination de la peine.

II. Les faits

Le 2 décembre 1994, MacDougall a été accusé d'attentat à la pudeur. Cette accusation découlait d'un incident qui aurait eu lieu en 1973. Le 16 janvier 1995, il a comparu devant le juge Plamondon de la Cour provinciale et demandé un ajournement en vue du choix du mode de procès et du plaidoyer. L'affaire a été ajournée jusqu'au 13 février 1995, date à laquelle MacDougall a comparu et plaidé non coupable. Le 5 avril 1995, MacDougall a modifié son plaidoyer et reconnu sa culpabilité, et, comme un rapport présentenciel a été demandé, l'affaire a été ajournée. Le ministère public a par la suite demandé deux prorogations de l'ajournement auxquelles MacDougall ne s'est pas opposé. Le 14 juillet 1995, l'affaire a été ajournée indéfiniment en raison de la maladie du juge Plamondon, qui a démissionné le 15 avril 1996.

Le 21 mai 1996, le substitut du procureur général a écrit au juge en chef Thompson de la Cour provinciale pour lui demander d'affecter un juge à la détermination de la peine de MacDougall. L'affaire a été confiée au juge FitzGerald de la Cour provinciale le 22 mai 1996. La peine devait être déterminée le 13 juin 1996, mais MacDougall ne s'est pas présenté devant le tribunal. Un mandat d'arrestation a été lancé contre lui et il a été arrêté

was adjourned until September 24, 1996, however, in order for MacDougall's s. 11(*b*) motion to be heard. On September 24, 1996, FitzGerald Prov. Ct. J. granted MacDougall's motion for a stay of proceedings based on a s. 11(*b*) *Charter* violation because of the delay in sentencing. The Crown's appeal to the P.E.I. Court of Appeal was dismissed, and the Crown appeals to this Court by leave granted July 3, 1997, [1997] 2 S.C.R. xiv.

le 5 juillet 1996. Le 11 juillet 1996, il a comparu en vue de la fixation de la date de la détermination de la peine. L'affaire a toutefois été ajournée au 24 septembre 1996 pour permettre l'audition de la requête fondée sur l'al. 11*b*) présentée par MacDougall. Le 24 septembre 1996, le juge FitzGerald de la Cour provinciale a accueilli la requête de MacDougall qui demandait l'arrêt des procédures pour cause de violation de l'al. 11*b*) de la *Charte* en raison du délai de détermination de la peine. La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a rejeté l'appel du ministère public, qui a été autorisé à se pourvoir devant notre Cour le 3 juillet 1997, [1997] 2 R.C.S. xiv.

III. Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

(*a*) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;

(*b*) to be tried within a reasonable time;

(*c*) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

(*e*) not to be denied reasonable bail without just cause;

(*f*) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

(*g*) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

(*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

III. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

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.

IV. Judgments Below

A. *Prince Edward Island Provincial Court*

6 FitzGerald Prov. Ct. J. heard the applications for stays of proceedings in this case and in *Gallant* together, and provided one set of reasons for the two cases. He concluded that a trial, as considered under s. 11(*b*), "includes all of the various phases of a trial including the sentencing process". In his view, though "it is more important . . . for the fact-finding aspect of a trial to proceed expeditiously than it is for the sentencing aspect of a trial to proceed expeditiously", s. 11(*b*) applies to both stages. FitzGerald Prov. Ct. J. found that the sentencing delay in both cases violated s. 11(*b*) as the delay was mainly attributable to the Crown's failure to take steps to have the cases reassigned once the first judge became indefinitely unavailable. He ordered a stay in each case as a remedy for the violations.

B. *Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 193

7 The Prince Edward Island Court of Appeal, *per* Mitchell J.A., dismissed the Crown's appeal. Relying on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Bosley* (1992), 59 O.A.C. 161, Mitchell J.A. concluded that s. 11(*b*) includes the right to be sentenced within a reasonable time. In his view, s. 11(*b*) was violated both in this case and in *Gallant*, and FitzGerald Prov. Ct. J. was correct in granting stays.

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.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Le juge FitzGerald a entendu conjointement les demandes d'arrêt des procédures présentées en l'espèce et dans *Gallant*, et il a exposé des motifs applicables aux deux affaires. Il a conclu que, pour l'application de l'al. 11*b*), le mot procès [TRADUCTION] «s'entend des diverses étapes du procès, y compris la détermination de la peine». À son avis, bien qu'[TRADUCTION] «il soit plus important [. . .] que la partie du procès consacrée à l'appréciation des faits se déroule rapidement que ce n'est le cas pour la partie qui est consacrée à la détermination de la peine», l'al. 11*b*) s'applique à ces deux étapes. Le juge FitzGerald a conclu que, dans les deux affaires, le délai de détermination de la peine avait porté atteinte à l'al. 11*b*) puisqu'il était principalement imputable à l'omission du ministère public de prendre les mesures nécessaires pour que les dossiers soient confiés à un nouveau juge lorsqu'il est devenu clair que le premier juge serait absent pour une période indéfinie. Dans les deux cas, il a ordonné l'arrêt des procédures à titre de réparation pour l'atteinte.

B. *Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, section d'appel* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 193

La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, motifs du juge Mitchell, a rejeté l'appel du ministère public. S'appuyant sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Bosley* (1992), 59 O.A.C. 161, le juge Mitchell a conclu que l'al. 11*b*) inclut le droit pour tout inculpé de voir sa peine être prononcée dans un délai raisonnable. À son avis, il avait été porté atteinte à l'al. 11*b*) dans le présent cas ainsi que dans l'affaire *Gallant*, et le juge FitzGerald de la Cour provinciale avait eu raison d'accorder l'arrêt des procédures.

V. Issues

(1) Does the s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time apply to sentencing?

(2) When does delay in sentencing related to a judge's illness violate s. 11(*b*)?

VI. Analysis

A. *Does Section 11(b) Apply to Sentencing?*

(1) The Wording of Section 11(*b*)

Section 11(*b*) provides that "[a]ny person charged with an offence has the right . . . to be tried within a reasonable time" (emphasis added). Thus, there are two questions to be answered in determining whether the wording of the section extends to sentencing: (1) is a person who has pleaded guilty or who has been found guilty "charged with an offence"; and (2) is sentencing part of the process of being "tried"?

(a) *Does the Phrase "Charged with an Offence" Extend to the Sentencing Process?*

Section 11 of the *Charter* comprises a wide range of rights which protect the accused from the moment he or she is first charged with an offence to the final resolution of the matter, including sentencing. The rights contained under s. 11 accompany the accused through his or her journey through the criminal process and provide different forms and levels of protection for each stage of proceedings. Some of the rights, like the right to be informed of the offence for which one was detained (s. 11(*a*)), apply in the pre-conviction stage. Some, like the right to trial by jury (s. 11(*f*)), focus on the trial of guilt. Some, like the presumption of innocence (s. 11(*d*)), and the right to bail (s. 11(*e*)), apply from arrest to conviction. Still other rights, protecting against double jeopardy (s. 11(*h*)) and post-offence sentence increases

V. Les questions en litige

(1) Le droit garanti par l'al. 11*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable s'applique-t-il à la détermination de la peine? 8

(2) Dans quelles circonstances le délai de détermination de la peine lié à la maladie du juge viole-t-il l'al. 11*b*)?

VI. L'analyse

A. *L'alinéa 11b) s'applique-t-il à la détermination de la peine?*

(1) Le texte de l'al. 11*b*)

Aux termes de l'al. 11*b*): «[t]out inculpé a le droit . . . d'être jugé dans un délai raisonnable» (je souligne). Par conséquent, pour décider si le texte de cette disposition s'étend à la détermination de la peine, il faut répondre aux deux questions suivantes: (1) La personne qui plaide coupable ou qui est déclarée coupable est-elle un «inculpé»? (2) La détermination de la peine fait-elle partie du processus au cours duquel l'inculpé est «jugé»? 9

a) *Le terme «inculpé» s'étend-il à la détermination de la peine?*

L'article 11 de la *Charte* comprend un large éventail de droits qui protègent l'accusé à compter du moment où une infraction lui est reprochée et celui où l'affaire est tranchée de façon définitive, ce qui inclut la détermination de la peine. Les droits prévus à l'art. 11 sont garantis à l'accusé tout au long du processus criminel et lui assurent une protection dont la forme et le degré varient aux différentes étapes des procédures. Certains de ces droits, tel celui d'être informé de l'infraction à l'origine de la détention (al. 11*a*)), s'appliquent avant la déclaration de culpabilité. D'autres, tel le droit de bénéficier d'un procès avec jury (al. 11*f*)), sont axés sur la détermination de la culpabilité. Certains droits, tels la présomption d'innocence (al. 11*d*)) et le droit à la mise en liberté assortie d'un cautionnement (al. 11*e*)), s'appliquent à compter de l'arrestation jusqu'à la déclaration de culpabilité ou de l'innocence. Enfin, d'autres droits tels que la protection contre le concept de 10

(s. 11(*i*)), arise only after a verdict has been rendered.

11 All of these rights inhere in a person "charged with an offence". It follows that "charged with an offence" cannot be restricted to a particular phase of the criminal process. Rather, what is required is an interpretation that "harmonizes as much as possible" all of the subsections of s. 11: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 908, *per* Sopinka J. for the majority. Textually, the only feasible interpretation of "charged with an offence" is an expansive one which includes both the pre-conviction and post-conviction periods.

12 This interpretation of "charged with an offence" is supported by academic commentary. Renke advocates a broad and generous approach to both "charged with an offence" and "tried": W. Renke, "Deferring Delay: A Comment on *R. v. Potvin*" (1994), 5 *Constitutional Forum* 16. Mitchell endorses reading "charged with an offence" as encompassing all persons subject to the power of the criminal process: G. G. Mitchell, "*Potvin*: *Charter*-Proofing Criminal Appeals" (1993), 23 C.R. (4th) 37, at p. 40. This interpretation, he notes, "exemplifies a generous and purposive reading of s. 11" (p. 40). In his view, such an interpretation is also "consistent with the reasoning and effect" of this Court's decision in *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, in which the Court held that s. 11 is engaged once an information is sworn or a direct indictment is laid.

13 An interpretation of "charged with an offence" that extends to sentencing is further supported by the fact that the charges against an accused person remain unconcluded until he or she is released from the power of the prosecutorial arm of the law. Indeed, the trial judge retains a narrow discretion to re-open the verdict until sentencing is con-

double péril («*double jeopardy*») (al. 11(*h*)) et contre les majorations de peines édictées après la perpétration de l'infraction (al. 11(*i*)), ne trouvent application qu'après qu'un verdict a été rendu.

Tous ces droits sont conférés à un «inculpé». Il s'ensuit que le champ d'application du terme «inculpé» ne peut être restreint à une étape particulière du processus criminel. Il faut plutôt l'interpréter d'une manière qui «s'harmonise autant que possible» avec tous les alinéas de l'art. 11: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 908, le juge Sopinka, au nom de la majorité. Compte tenu des termes employés, la seule interprétation possible du terme «inculpé» est une interprétation large qui englobe les étapes antérieures et postérieures à la déclaration de culpabilité.

La doctrine appuie cette interprétation du terme «inculpé». Renke prône une interprétation large et généreuse des termes «inculpé» et «jugé»: W. Renke, «Deferring Delay: A Comment on *R. v. Potvin*» (1994), 5 *Forum constitutionnel* 16. Mitchell est d'accord pour donner au terme «inculpé» une interprétation qui englobe toutes les personnes soumises au processus criminel: G. G. Mitchell, «*Potvin*: *Charter*-Proofing Criminal Appeals» (1993), 23 C.R. (4th) 37, à la p. 40. Cette interprétation, souligne-t-il, [TRADUCTION] «est un exemple d'interprétation généreuse de l'art. 11, axée sur l'objet de cette disposition» (p. 40). À son avis, cette interprétation est également [TRADUCTION] «conforme à la logique et à l'effet» de l'arrêt *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, dans lequel notre Cour a statué que l'art. 11 entre en jeu dès le dépôt d'une dénonciation ou la présentation d'un acte d'accusation directement, sans dénonciation.

Cette interprétation du terme «inculpé», qui en étend la portée à la détermination de la peine, trouve également appui dans le fait que les accusations portées contre une personne continuent de peser sur celle-ci tant que l'organe chargé des poursuites au sein du système de justice ne cesse pas d'exercer ses pouvoirs à son endroit. De fait, le juge du procès conserve un pouvoir discrétionnaire restreint de réexaminer un verdict tant que la peine n'a pas été prononcée: voir, par exemple, *R. c.*

cluded: see, e.g., *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, *per* Lamer J. (as he then was).

Against this interpretation of "charged with an offence", the Crown raises comments made by this Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 350, and in *Potvin*, *supra*, at p. 911. With respect, those cases do not resolve the issue now before the Court.

In *Lyons*, it was argued that the dangerous offender provisions of the *Criminal Code* offended the s. 11(*f*) guarantee of the right to a trial by jury where the maximum punishment is imprisonment for five years or more. In response, La Forest J., for the majority, cited with approval Fauteux J.'s comments in *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14, at p. 20, that dangerous offender proceedings "do not involve the conviction of an offence, but the determination of the sentence which may be pronounced after conviction": *Lyons*, *supra*, at p. 353. Since the right to a jury trial can apply only to the pre-conviction stage, it follows that this right does not apply at the post-conviction stage of determining whether a convicted person should be labelled a dangerous offender. La Forest J. went on to state that it would be "inappropriate" to conclude that a person subject to dangerous offender proceedings is a person "charged with an offence" under s. 11 since some rights, like the presumption of innocence (s. 11(*d*)) and the right to bail (s. 11(*e*)), cannot apply at the post-conviction stage (at p. 353). However, to confine "charged with an offence" to situations where s. 11(*d*) and s. 11(*e*) apply, would be to rob other subsections like s. 11(*h*) and s. 11(*i*) of any force. Nowhere does La Forest J. state that he would go so far as to find that "charged with an offence" can never extend to the post-conviction stage, as required by s. 11(*h*) and s. 11(*i*).

Head, [1986] 2 R.C.S. 684, le juge Lamer (maintenant Juge en chef du Canada).

14 Le ministère public oppose à cette interprétation du terme «inculpé» les commentaires faits par notre Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 350, et *Potvin*, précité, à la p. 911. Avec égards, ces arrêts ne permettent pas de trancher la question dont notre Cour est saisie en l'espèce.

15 Dans l'affaire *Lyons*, il a été plaidé que les dispositions du *Code criminel* concernant les délinquants dangereux portaient atteinte au droit de tout inculpé de bénéficier d'un procès avec jury garanti par l'al. 11*f*) lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction est un emprisonnement d'au moins cinq ans. En réponse à cet argument, le juge La Forest, au nom de la majorité, a cité en les approuvant les commentaires suivants du juge Fauteux dans *Wilband c. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, à la p. 20, selon lesquels les procédures relatives aux délinquants dangereux [TRADUCTION] «consistent non pas à prononcer une déclaration de culpabilité [à l'égard] d'une infraction, mais à déterminer la peine qui peut être imposée à la suite de la déclaration de culpabilité»: *Lyons*, précité, à la p. 353. Comme le droit de bénéficier d'un procès avec jury ne peut s'appliquer qu'avant la déclaration de culpabilité, il s'ensuit qu'il ne s'applique pas après cette étape, lorsque le tribunal est appelé à déterminer si la personne reconnue coupable doit être déclarée délinquant dangereux. Le juge La Forest a poursuivi en affirmant qu'il «ne siérait pas du tout» de conclure qu'une personne faisant l'objet d'une procédure visant à la faire déclarer délinquant dangereux est un «inculpé» au sens de l'art. 11, car certains droits, telle la présomption d'innocence (al. 11*d*)) et le droit de la mise en liberté sous caution (al. 11*e*)), ne peuvent s'appliquer après la déclaration de culpabilité (à la p. 353). Toutefois, en limitant le champ d'application du terme «inculpé» aux situations auxquelles s'appliquent les al. 11*d*) et 11*e*), on enlèverait tout effet à d'autres alinéas, tels les al. 11*h*) et 11*i*). Le juge La Forest n'affirme d'aucune façon qu'il irait jusqu'à conclure que le terme «inculpé» ne peut jamais s'appliquer après la déclaration de culpabilité, comme l'exigent les al. 11*h*) et 11*i*).

16 It may be that, depending on the subsection at issue, "charged with an offence" in s. 11 bears different meanings. "Charged with an offence" may refer to the acts of swearing an information to a justice or laying an indictment as a trigger for the protections contained in s. 11. "Charged with an offence", in turn, may also describe the status of an individual who, once the information has been sworn or the indictment laid, is the subject of criminal proceedings. The s. 11 rights available to an individual who falls under this meaning of "charged with an offence" will vary with the stage of proceedings. Different rights will attach to the individual as he or she moves through the criminal proceedings. For example, the right to trial by jury encompassed within s. 11(*f*) is not available to an accused person at the post-conviction stage of proceedings, just as the rights protecting against double jeopardy (s. 11(*h*)) and post-offence sentence increases (s. 11(*i*)) are only available once the post-conviction stage of proceedings has been reached. This may be what Sopinka J. had in mind when he asserted that the meaning of "charged with an offence" must be determined in the context of the purpose and language of the particular subsection at issue: *Potvin*, *supra*, at p. 908.

Selon l'alinéa en cause, le terme «inculpé» utilisé à l'art. 11 peut avoir un sens différent. Ce terme peut s'entendre de la personne visée par une dénonciation ou un acte d'accusation et déclencher l'application des garanties prévues à l'art. 11. Il peut aussi décrire la situation d'une personne qui, une fois la dénonciation ou l'acte d'accusation déposé, fait l'objet de procédures pénales. Les droits garantis par l'art. 11 à la personne qui répond à cette définition d'«inculpé» varient aux diverses étapes des procédures. En effet, cette personne disposera de différents droits au fur et à mesure des procédures criminelles. Par exemple, le droit de bénéficier d'un procès avec jury prévu à l'al. 11*f*) ne peut plus être invoqué par l'accusé après l'étape de la déclaration de culpabilité, tout comme le droit à la protection contre le concept de double péril (al. 11*h*)) et contre l'application des majorations de peines édictées après la perpétration de l'infraction (al. 11*i*)) ne s'appliquent pas avant cette étape. Voilà peut-être ce qu'avait à l'esprit le juge Sopinka lorsqu'il a affirmé que le sens du terme «inculpé» doit être dégagé en fonction du texte et de l'objet de l'alinéa en cause: *Potvin*, précité, à la p. 908.

17 The Crown also argues that comments made by this Court in *Potvin*, *supra*, suggest that "charged with an offence" under s. 11(*b*) should not extend to sentencing. In *Potvin*, the majority of this Court held that s. 11(*b*) does not apply to appellate proceedings. Sopinka J. reasoned that an acquittal ends the proceeding and terminates the charge. A subsequent appeal proceeding raises only the possibility that the charge will be revived and does not in fact reinstate it. As such, the acquitted individual awaiting appeal proceedings is not "charged" with "an offence". Rather, the acquitted person is in the same position as a person against whom an investigation has been completed and charges are being contemplated. This situation is very different from that of a convicted person awaiting sentence, where the sentence which corresponds to the charge has not yet been handed down and the accused is not free. One step in disposing of the

Le ministère public fait aussi valoir que les commentaires de notre Cour dans l'arrêt *Potvin*, précité, suggèrent que le terme «inculpé» utilisé à l'al. 11*b*) ne doit pas s'étendre à la détermination de la peine. Dans *Potvin*, la majorité de notre Cour a statué que l'al. 11*b*) ne s'applique pas à la procédure d'appel. Le juge Sopinka a expliqué, dans ses motifs, qu'un acquittement met fin à l'instance et lève l'accusation. Un appel subséquent crée uniquement la possibilité que l'accusation soit rétablie, mais ne lui redonne pas effet. Par conséquent, la personne qui a été acquittée et attend l'appel n'est pas un «inculpé». Elle se trouve plutôt dans la même situation que la personne qui a fait l'objet d'une enquête et contre laquelle on envisage de porter des accusations. Cette situation est très différente de celle de la personne qui a été déclarée coupable et qui attend de connaître sa peine, dans les cas où cette personne n'est pas en liberté. Une des étapes nécessaires pour décider de l'accusation a été franchie: celle de la déclaration de culpabi-

charge has been taken — conviction. But the second step of determining sentence remains.

I conclude that "charged with an offence", in the context of s. 11(*b*) is not confined to the period before entry of a guilty plea and may extend to the sentencing process.

(b) *Does "Tried" Within a Reasonable Time Extend to Sentencing?*

The next question is whether the phrase "tried within a reasonable time" in s. 11(*b*) is capable of extending to sentencing. A purposive reading suggests that "s. 11(*b*) protects against an overlong subjection to a pending criminal case and aims to relieve against the stress and anxiety which continue until the outcome of the case is final": *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 610 (emphasis added), *per* Lamer J., Dickson C.J. concurring. In the same case La Forest J., with whom McIntyre J. concurred, stated that "tried" means not "brought to trial", but "adjudicated" (p. 632). Since the "outcome" of a criminal case is not known until the conclusion of sentencing, and since sentencing involves adjudication, it seems reasonable to conclude that "tried" as used in s. 11(*b*) extends to sentencing.

This interpretation conforms to pre-*Charter* jurisprudence which suggests that the sentencing process is an integral part of the trial. In *R. v. Grant*, [1951] 1 K.B. 500 (C.C.A.), at p. 503, it was held that an accused's trial was incomplete until either a sentence was imposed or the accused was discharged. Similarly, the decision of a majority of this Court in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, strongly suggests that sentencing is part of the process of being "tried". The issue in *Gardiner* was the appropriate standard of proof to be applied to disputed facts during the sentencing process. The majority held that the criminal standard of proof applied. The Court highlighted the importance of the sentencing process to the overall trial process, at p. 406:

lité. Mais la deuxième étape, celle de la détermination de la peine, n'est pas terminée.

Je conclus que, pour l'application de l'al. 11*b*), le champ d'application du terme «inculpé» ne se limite pas à la période qui précède un éventuel plaidoyer de culpabilité, mais qu'elle peut s'étendre au processus de détermination de la peine. 18

b) *L'expression «jugé» dans un délai raisonnable s'étend-elle à la détermination de la peine?*

La prochaine question à trancher est celle de savoir si la portée de l'expression «jugé dans un délai raisonnable» à l'al. 11*b*) peut s'étendre à la détermination de la peine. Une interprétation axée sur l'objet suggère que «l'al. 11*b*) protège contre un assujettissement trop long à une accusation criminelle pendante et vise à soulager de la tension et de l'angoisse qui persistent jusqu'à ce que l'affaire soit finalement tranchée»: *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 610 (je souligne), le juge Lamer, avec l'appui du juge en chef Dickson. Dans le même arrêt, le juge La Forest, avec l'appui du juge McIntyre, a précisé que le mot «jugé» ne signifie pas «*tried*» au sens de «*brought to trial*» («subir son procès»), mais plutôt au sens de «*adjudicated*» (p. 632). Comme une affaire criminelle n'est pas «tranchée» tant que la peine n'a pas été prononcée et comme le prononcé de la peine exige une décision, il semble raisonnable de conclure que le champ d'application du mot «jugé» utilisé à l'al. 11*b*) s'étend à la détermination de la peine. 19

Cette interprétation est conforme à la jurisprudence antérieure à la *Charte*, qui suggère que le processus de détermination de la peine fait partie intégrante du procès. Dans *R. c. Grant*, [1951] 1 K.B. 500 (C.C.A.), à la p. 503, il a été jugé que le procès d'un accusé est incomplet tant qu'une peine ne lui a pas été infligée ou qu'il n'a pas été libéré. De même, la décision de la majorité de notre Cour dans *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, suggère fortement que la détermination de la peine fait partie de tout le processus auquel est soumis la personne qui est «jugée». La question en litige dans *Gardiner* était celle de la norme de preuve qu'il convient d'appliquer aux faits contestés au cours 20

tance of sentencing in our criminal law system and observed that since most accused persons plead guilty "[s]entencing is, in respect of most offenders, the only significant decision the criminal justice system is called upon to make" (p. 414). Dickson J. (as he then was) commented (at p. 415):

> To my mind, the facts which justify the sanction are no less important than the facts which justify the conviction; both should be subject to the same burden of proof. Crime and punishment are inextricably linked. "It would appear well established that the sentencing process is merely a phase of the trial process" (Olah, ["Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law" (1980), 16 C.R. (3d) 97], at p. 107). Upon conviction the accused is not abruptly deprived of all procedural rights existing at trial: he has a right to counsel, a right to call evidence and cross-examine prosecution witnesses, a right to give evidence himself and to address the court. [Emphasis added.]

Head, supra, also supports the view that sentencing is part of the process of being "tried", in that the trial judge retains a limited discretion to reopen the verdict until sentencing is complete.

21 These considerations suggest that "tried" in s. 11(*b*) is capable of extending to the sentencing process. A number of arguments to the contrary, however, are raised by the Crown. The Crown's first argument is that if the framers of the *Charter* had intended "tried" in s. 11(*b*) of the *Charter* to include the sentencing process they would have used more precise language. The Crown bases this claim on the fact that the terms "tried" and "trial" are often used to refer to the pre-sentence criminal proceedings.

22 I am not persuaded by this argument. First, as noted, pre-*Charter* jurisprudence included the sentencing process in the words "trial" and "tried".

du processus de détermination de la peine. La majorité a statué que la norme de preuve en matière criminelle s'appliquait. La Cour a souligné l'importance de la détermination de la peine dans notre système de droit pénal et indiqué que, comme la plupart des personnes accusées plaident coupables, «[p]our la plupart des accusés, la sentence est la seule décision importante que la justice pénale est appelée à rendre» (p. 414). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada) a fait la remarque suivante (à la p. 415):

> Pour moi, les faits qui justifient la peine ne sont pas moins importants que ceux qui justifient la déclaration de culpabilité; les deux devraient être soumis à la même norme de preuve. L'infraction et la peine sont inextricablement liées. [TRADUCTION] «Il semble bien établi que le processus de sentence n'est qu'une phase du procès» (Olah, [«Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law» (1980), 16 C.R. (3d) 97], à la p. 107). L'accusé n'est pas soudainement privé, dès sa déclaration de culpabilité, de tous les droits dont il dispose en matière de procédure lors du procès: il a le droit d'être représenté par un avocat, de citer des témoins et de contre-interroger les témoins de la poursuite, ainsi que de témoigner lui-même et de plaider auprès du tribunal. [Je souligne.]

L'arrêt *Head*, précité, étaye également l'opinion selon laquelle la détermination de la peine fait partie du processus auquel est soumis la personne qui est «jugée», puisque le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire restreint de réexaminer le verdict tant que la peine n'a pas été prononcée.

Ces considérations suggèrent que le champ d'application du terme «jugé» figurant à l'al. 11*b*) peut s'étendre au processus de détermination de la peine. Le ministère public soulève toutefois plusieurs arguments à l'effet contraire. Son premier argument est que, si les rédacteurs de la *Charte* avaient voulu que le mot «jugé» utilisé à l'al. 11*b*) de la *Charte* englobe le processus de détermination de la peine, ils auraient utilisé un langage plus précis. Le ministère public fonde sa prétention sur le fait que les mots «jugé» et «procès» sont souvent utilisés pour désigner les étapes du processus criminel qui précèdent la détermination de la peine.

Cet argument ne me convainc pas. Premièrement, comme je l'ai souligné plus tôt, il a été jugé, dans la jurisprudence antérieure à la *Charte*, que

The framers of the *Charter* in using the word "tried", must be taken to have been aware of this jurisprudence.

Second, the French text of s. 11(*b*) supports the inclusion of sentencing in s. 11(*b*): "*Tout inculpé a le droit: . . . d'être jugé dans un délai raisonnable*". As Sopinka J. (dissenting) noted in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1707, "'*[j]ugé*' means 'judged' or 'sentenced' and connotes a sense of adjudication which goes beyond the mere trial itself. Had the section been intended to apply to the start of the trial only, then '*mis en jugement*' would have been used".

Third, *Charter* rights should be given a generous and purposive interpretation: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 499-500, and *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 157. When interpreting *Charter* rights, courts "should avoid narrow, legalistic interpretations that might be appropriate to a detailed statute": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 820. There is no reason to suppose that the framers of the *Charter* intended in s. 11(*b*) to depart from a generous interpretation of "tried" which includes sentencing.

The Crown's second argument against reading "tried" in s. 11(*b*) as extending to sentencing is based on the observation of a majority of this Court, *per* Gonthier J., in *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, that "the sentencing process begins only after the trial has been completed and guilt has been proven" (p. 297). In my view, this observation does not detract from the dominant view on the cases that the process of being tried includes sentencing. *Jones* was concerned not with ordinary sentencing proceeding, but with the "unique" Part XXI dangerous offender proceedings at issue in *Lyons*, *supra*. Furthermore, *Jones* did not address s. 11(*b*); at issue were ss. 7 and 10(*b*). Gonthier J.'s

les mots «jugé» et «procès» englobent le processus de détermination de la peine. Il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* connaissaient cette jurisprudence lorsqu'ils ont choisi d'utiliser le mot «jugé».

Deuxièmement, le texte français de l'al. 11*b*) étaye l'inclusion de la détermination de la peine dans le champ d'application de l'al. 11*b*): «Tout inculpé a le droit: . . . d'être jugé dans un délai raisonnable». Le juge Sopinka, dissident, a souligné dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1707, que le terme «"[j]ugé" signifie "ayant fait l'objet d'un jugement" ou d'une "condamnation" et comporte le sens de décision allant au-delà du procès lui-même. Si l'on avait voulu que l'article s'applique à l'ouverture du procès seulement, on aurait dit "mis en jugement"». 23

Troisièmement, les droits garantis par la *Charte* doivent recevoir une interprétation généreuse et fondée sur leur objet: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 499 et 500, et *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 157. Lorsqu'ils interprètent les droits garantis par la *Charte*, les tribunaux [TRADUCTION] «doivent éviter les interprétations strictes, légalistes, qui pourraient peut-être convenir à l'égard de lois détaillées»: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4e éd. 1997), à la p. 820. Dans les affaires criminelles, ce principe est renforcé par la règle voulant que toute ambiguïté soit résolue en faveur de l'accusé. 24

Le deuxième argument invoqué par le ministère à l'encontre de l'interprétation du mot «jugé» à l'al. 11*b*) qui en étend l'application à la détermination de la peine est fondé sur l'observation suivante formulée par la majorité de notre Cour, sous la plume du juge Gonthier, dans *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229: «le processus de détermination de la peine ne commence qu'après que le procès est terminé et que la culpabilité a été établie» (p. 297). À mon avis, cette remarque ne s'écarte pas de l'opinion dominante selon laquelle le procès inclut la détermination de la peine. L'arrêt *Jones* ne portait pas sur le processus ordinaire de détermination de la peine, mais sur la procédure 25

point, as I apprehend it, was that dangerous offender proceedings do not constitute a separate charge or offence triggering full *Charter* protection. The word "trial" was used in the above statement to distinguish the process of determining guilt or innocence from the process of determining the appropriate sentence only to argue that a lower standard of evidence is appropriate at the sentencing stage. That the word "trial" is often used to refer specifically to the process of determining guilt or innocence in the criminal context is not disputed. Nor is the fact that justice may permit different standards of proof at different stages of the criminal proceeding. In my view, however, neither point is of assistance in determining whether the guarantee of s. 11(*b*) extends to sentencing.

26 Finally, the Crown suggests that *Potvin*, *supra*, requires an interpretation of "tried" that would exclude the sentencing process. Again, I must demur. In *Potvin*, Sopinka J., for the majority, suggested that if it was intended that s. 11(*b*) apply not only to the trial but also to final adjudication on appeal, more apt wording would have been employed (p. 912). However, as noted, the fact that Canadian jurisprudence pre-*Charter* held that "trial" includes the sentencing process, suggests that nothing more than the word "trial" was required to cover both determination of guilt and sentencing. While it may be possible to argue that more specific language than "tried" is required to embrace the appellate process, the same argument cannot be made with respect to the sentencing process.

«exceptionnelle» concernant les délinquants dangereux prévue à la Partie XXI et qui était en cause dans l'affaire *Lyons*, précité. De plus, l'al. 11*b*) n'a pas été examiné dans l'arrêt *Jones*; ce sont l'art. 7 et l'al. 10*b*) qui étaient en litige. Si je comprends bien son point de vue, le juge Gonthier estime que la procédure relative aux délinquants dangereux ne constitue pas une accusation ou infraction distincte déclenchant l'application de la pleine protection de la *Charte*. Le mot «procès» a été utilisé dans l'extrait précité pour distinguer le processus de détermination de la culpabilité ou de l'innocence du processus visant à déterminer la peine appropriée, dans l'unique but de tenter de justifier l'application d'une norme de preuve moins exigeante à l'étape de la détermination de la peine. Il n'est pas contesté que, en droit criminel, le mot «procès» est souvent utilisé pour désigner expressément le processus de détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Il n'est pas contesté non plus que la justice permet l'application de différentes normes de preuve à différentes étapes de la procédure criminelle. À mon avis, toutefois ni l'un ni l'autre de ces points n'aident à déterminer si la garantie prévue à l'al. 11*b*) s'applique à la détermination de la peine.

Enfin, le ministère public prétend que l'arrêt *Potvin*, précité, commande une interprétation du mot «jugé» qui a pour effet d'exclure le processus de détermination de la peine. Encore une fois, je dois exprimer mon désaccord. Dans *Potvin*, le juge Sopinka, s'exprimant pour la majorité, a mentionné que, si on avait voulu que l'al. 11*b*) s'applique non seulement au procès mais également à la décision finale en appel, on aurait utilisé une formulation plus appropriée (p. 912). Toutefois, comme je l'ai souligné, le fait que la jurisprudence canadienne antérieure à la *Charte* ait établi que le mot «jugé» inclut le processus de détermination de la peine tend à indiquer que rien de plus que ce mot était requis pour viser à la fois la détermination de la culpabilité et la détermination de la peine. Même s'il est possible de soutenir qu'un texte plus précis que le seul mot «jugé» est nécessaire pour inclure le processus d'appel, cet argument ne peut être invoqué en ce qui concerne le processus de détermination de la peine.

(c) *Conclusion on the Wording of Section 11(b)*

I conclude that the words "charged with an offence" and "tried within a reasonable time" support the view that s. 11(*b*) applies to sentencing.

(2) Interests Protected by Section 11(*b*)

The Crown argues that s. 11(*b*) should not be extended to sentencing delay because the interests protected by s. 11(*b*) are not relevant to sentencing. To evaluate this argument it is necessary to examine the interests which underlie the s. 11(*b*) guarantee.

The right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(*b*) of the *Charter* protects both an accused's interests and society's interests: see *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. The accused's interests include a liberty interest, a security interest and a fair trial interest. Sopinka J. (for the majority) outlined these three interests in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 786:

> The right to security of the person is protected in s. 11(*b*) by seeking to minimize the anxiety, concern and stigma of exposure to criminal proceedings. The right to liberty is protected by seeking to minimize exposure to the restrictions on liberty which result from pre-trial incarceration and restrictive bail conditions. The right to a fair trial is protected by attempting to ensure that proceedings take place while evidence is available and fresh.

See also the judgment of La Forest J. in *Rahey*, *supra*, at p. 647. In *Askov*, Cory J., for the majority, framed the accused's interests in terms of the ability of persons "to defend themselves against the charges they face and to have their name cleared and reputation re-established at the earliest possible time" (p. 1219).

The societal interest protected by s. 11(*b*) has at least two aspects: see *Askov*, *per* Cory J., at pp. 1219-20. First, there is a public interest in ensuring a speedy trial, so that criminals are brought to trial

c) *Conclusion sur le texte de l'al. 11b)*

Je conclus que les mots «inculpé» et «jugé dans un délai raisonnable» étayent l'opinion que l'al. 11*b*) s'applique à la détermination de la peine. 27

(2) Les intérêts protégés par l'al. 11*b*)

Le ministère public affirme que le champ d'application de l'al. 11*b*) ne doit pas être élargi au délai de détermination de la peine parce que les intérêts protégés par l'al. 11*b*) ne sont pas pertinents à cette étape. Afin d'évaluer cet argument, il faut examiner les intérêts qui sous-tendent les droits garantis par l'al. 11*b*). 28

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11*b*) de la *Charte* protège à la fois les intérêts de l'accusé et ceux de la société: voir *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Les intérêts de l'accusé sont notamment son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, ainsi que son droit à un procès équitable. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, a précisé ces trois intérêts dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 786: 29

> L'alinéa 11*b*) protège le droit à la sécurité de la personne en tentant de diminuer l'anxiété, la préoccupation et la stigmatisation qu'entraîne la participation à des procédures criminelles. Il protège le droit à la liberté parce qu'il cherche à réduire l'exposition aux restrictions de la liberté qui résulte de l'emprisonnement préalable au procès et des conditions restrictives de liberté sous caution. Pour ce qui est du droit à un procès équitable il est protégé par la tentative de faire en sorte que les procédures aient lieu pendant que la preuve est disponible et récente.

Voir aussi les motifs du juge La Forest dans *Rahey*, précité, à la p. 647. Dans *Askov*, s'exprimant pour la majorité, le juge Cory a décrit les intérêts de l'accusé comme étant la possibilité pour ce dernier «de se défendre de l'accusation portée contre lui, de se disculper et de rétablir sa réputation le plus tôt possible» (p. 1219).

L'intérêt sociétal protégé par l'al. 11*b*) comporte deux aspects: voir *Askov*, le juge Cory, aux pp. 1219 et 1220. Premièrement, le public a intérêt à faire en sorte que le procès ait lieu promptement, 30

and dealt with — possibly through removal from the community — as soon as possible. Second, there is a public interest in ensuring that those on trial are dealt with fairly and justly. This societal interest parallels an accused's "fair trial interest".

31 The question to be determined is whether sentencing engages these interests. The Crown argues that the s. 11(*b*) interests are engaged mainly at the pre-sentence stage of criminal proceedings, where an accused's guilt or innocence is decided, and that they arise only tangentially, if at all, at the stage of sentencing. The accused, on the other hand, argues that the values s. 11(*b*) was intended to protect are alive and directly at issue during sentencing.

32 In my view, the accused's submissions should prevail. While it is true that the protections conferred by ss. 7 to 14 of the *Charter* have a more limited scope at the sentencing stage (*Jones*, *supra*, *per* Gonthier J., at p. 286), they nevertheless remain important.

33 I turn first to the interests of the accused that s. 11(*b*) was designed to protect. The first interest at stake is the accused's liberty. Care must be taken to separate prejudice to liberty caused by conviction from prejudice to liberty caused by delay in sentencing. This said, delay in sentencing clearly affects the liberty of an accused person who has been found guilty or has pleaded guilty, and has not yet been sentenced. The person awaiting sentencing may be in prison. If released, the person is subject to conditions curtailing his or her liberty. At the very least, he or she is under obligation to return and submit to the state's process. Delay in sentencing extends the time during which these constraints on an individual's liberty are imposed. While the sentencing judge may take them into account, there is no certainty that this

de façon que les criminels soient traduits en justice et que l'on décide de leur sort dès que possible, peut-être par leur mise à l'écart de la société. Deuxièmement, le public a intérêt à faire en sorte que les personnes appelées à subir leur procès soient traitées avec justice et équité. Cet intérêt sociétal correspond au «droit de l'accusé à un procès équitable».

La question à trancher est celle de savoir si la détermination de la peine fait entrer en jeu ces intérêts. Le ministère public soutient que les intérêts visés par l'al. 11*b*) entrent en jeu principalement à l'étape de la procédure qui précède la détermination de la peine, lorsqu'on statue sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et qu'ils ne sont touchés qu'indirectement, pour autant qu'ils le soient, à l'étape de la détermination de la peine. Pour sa part, l'accusé affirme que les valeurs que l'al. 11*b*) vise à protéger sont présentes et directement touchées au cours du processus de détermination de la peine.

À mon avis, la thèse de l'accusé doit être retenue. Même s'il est vrai que les garanties prévues aux art. 7 à 14 de la *Charte* ont une portée plus limitée à l'étape de la détermination de la peine (*Jones*, précité, le juge Gonthier, à la p. 286), elles demeurent néanmoins importantes.

J'examinerai en premier lieu les intérêts de l'accusé que l'al. 11*b*) est censé protéger. Le premier intérêt en jeu est la liberté de l'accusé. Il faut prendre soin de bien distinguer l'atteinte à la liberté causée par la déclaration de culpabilité de celle causée par le délai de détermination de la peine. Cela dit, le délai de détermination de la peine porte clairement atteinte à la liberté de l'accusé qui a été déclaré coupable ou qui a reconnu sa culpabilité, mais dont la peine n'a pas encore été déterminée. Il est possible que la personne qui attend le prononcé de sa peine soit emprisonnée. Si elle a été remise en liberté, elle est assujettie à des conditions restreignant sa liberté. En effet, elle a à tout le moins l'obligation de se présenter à nouveau et de se soumettre au processus établi par l'État. Le délai de détermination de la peine prolonge la période pendant laquelle la liberté de cette personne est restreinte. Bien que le juge qui prononce

will occur. It follows that delay in sentencing may prejudice the accused's liberty interest.

la peine puisse en tenir compte, il n'est pas certain qu'il le fera. Il s'ensuit que le délai de détermination de la peine peut donc porter atteinte au droit de l'accusé à la liberté.

The second interest of the accused protected by s. 11(*b*) is the security interest — the interest in minimizing the effects of exposure to criminal proceedings on the life of the accused. Again, care must be taken to separate prejudice to security arising from the conviction, from prejudice arising from undue delay in sentencing. The fact of conviction inevitably carries with it stress, stigma and opprobrium that render the convicted person's life more anxious and less secure. For this the law offers no recourse. But undue delay in getting on with sentencing may exacerbate these sequelae. Anxiety about the eventual punishment pending sentencing is normal and unavoidable. But when sentencing is unduly delayed, this anxiety may be suffered for a longer period of time than justified. Equally seriously, the delay may prevent the convicted person from beginning the process of rebuilding his or her life, whether in a prison or in the community. Not only is the person's present liberty curtailed; but he or she lives with the knowledge that it may further be curtailed and in a more permanent way upon sentencing. The person lives in suspense, uncertain of his or her fate, unable to get on with his or her life, and faced with all of the stress and anxiety that this entails: *Rahey*, *supra*, *per* Lamer J., at pp. 610-11. In a very real sense, the "trial" that will determine the convicted person's fate is not over until sentence has been passed.

Le deuxième intérêt de l'accusé protégé par l'al. 11*b*) est son droit à la sécurité de sa personne, son droit à ce que l'on réduise au minimum les effets des poursuites criminelles sur sa vie. Ici aussi, il faut prendre bien soin de distinguer l'atteinte à la sécurité découlant de la déclaration de culpabilité de celle découlant d'un délai indu de détermination de la peine. La déclaration de culpabilité constitue inévitablement une source de stress, de stigmatisation et d'opprobre qui accroît l'anxiété et l'insécurité vécues par l'accusé. Le droit n'offre aucun recours à cet égard. Toutefois, le fait de mettre un temps indu à déterminer la peine peut exacerber ces conséquences. L'anxiété que vit l'inculpé qui attend de connaître la peine qui lui sera infligée est un phénomène normal et inévitable. Par contre, lorsque la détermination de la peine prend un temps indu, l'inculpé peut souffrir d'anxiété pendant une période plus longue que ce qui est justifié. Conséquence tout aussi grave, ce délai peut empêcher la personne reconnue coupable de commencer à rebâtir sa vie, que ce soit en prison ou dans la collectivité. Non seulement la liberté de cette personne est-elle restreinte, mais celle-ci doit vivre tout en sachant que sa liberté risque d'être entravée davantage et de façon plus permanente au moment du prononcé de la peine. Elle vit dans l'attente, incertaine de son sort, incapable de tourner la page et en proie au stress et à l'anxiété qui s'ensuivent: *Rahey*, précité, le juge Lamer, aux pp. 610 et 611. Dans un sens très concret, le «procès» qui déterminera le sort de la personne déclarée coupable n'est pas terminé tant que la peine n'a pas été prononcée. 34

The third interest of the accused protected by s. 11(*b*) is the right to a fair trial while the evidence remains available and fresh. Evidence is important in sentencing proceedings. The convicted person may wish to call character witnesses or expert witnesses. The passage of time may adversely affect the ability to do so. Added to this is the risk, admittedly small, that the trial on guilt or inno-

Le troisième intérêt de l'accusé qui est protégé par l'al. 11*b*) est son droit à un procès équitable pendant que la preuve est encore disponible et récente. La preuve est un élément important du processus de détermination de la peine. Il est possible que la personne reconnue coupable veuille faire entendre des témoins de moralité ou des témoins experts. L'écoulement du temps peut com- 35

cence may be opened up on the sentence proceeding, raising the possibility that delay might also impact negatively on the trial of that issue. While in many cases the bulk of fair trial interests may dissipate once a verdict of guilt is established, the potential for prejudice arising from delay in sentencing remains alive.

promettre sa capacité de le faire. De plus, il existe un risque, par ailleurs mince il faut le reconnaître, que la question de la culpabilité ou de l'innocence soit réexaminée lors du processus de détermination de la peine, entraînant ainsi la possibilité que le délai ait aussi une incidence négative sur l'instruction de cette question. Même si, dans bon nombre de cas, la majorité des intérêts liés au droit à un procès équitable ne soit plus en jeu une fois le verdict de culpabilité inscrit, le risque de préjudice découlant du délai de détermination de la peine continue d'exister.

36 Delay in sentencing can also impact negatively on societal interests. Society has a keen interest in ensuring that those guilty of committing crimes receive an appropriate sentence promptly. The appropriate balance between the protection of society and the liberty of the individual can only be ascertained after hearing evidence and submissions on sentence. The danger of an inappropriate situation continuing due to delay in sentencing is a real one. Delay may result in too much liberty being granted pending sentencing, putting society at risk. Or delay may result in the convicted person not getting the rehabilitative treatment he or she requires at an early stage, putting society at greater risk upon release and dimming the prospects of rehabilitating the person to the status of a productive and responsible member of society. It is in society's highest interest that the court develop and impose an appropriate sentence as soon as reasonably possible. Delay in sentencing frustrates this goal.

Le délai de détermination de la peine peut aussi avoir une incidence négative sur les intérêts de la société. La société a vivement intérêt à faire en sorte qu'une peine appropriée soit infligée promptement aux personnes reconnues coupables de crimes. Le juste équilibre entre la protection de la société et la liberté de ces personnes ne peut être établi qu'après l'audition de la preuve et des observations relatives à la peine. Le risque qu'une situation indésirable persiste en raison du délai de détermination de la peine est réel. En raison de ce délai, la personne déclarée coupable peut, pendant la détermination de sa peine, jouir d'une trop grande liberté et présenter un risque pour la société. Par ailleurs, ce délai peut l'empêcher de bénéficier de mesures de réadaptation dont elle aurait besoin dès le départ, situation qui aggravera le risque que courra la société lorsqu'elle sera libérée et réduira les chances de la personne visée de redevenir un citoyen responsable et productif. Il est primordial pour la société que le tribunal établisse et inflige une peine appropriée dès qu'il est raisonnablement possible de le faire. Le fait de tarder à déterminer la peine fait obstacle à la réalisation de cet objectif.

37 I conclude that consideration of the interests affected supports reading s. 11(*b*) as including delay in sentencing.

Je conclus que l'examen des intérêts touchés étaye une interprétation de l'al. 11*b*) incluant le délai de détermination de la peine.

38 I note that this position appears to be the same in the United States, where the speedy trial guarantee of the Sixth Amendment has generally been extended to sentencing. In *Gonzales v. State*, 582 P.2d 630 (1978), the Supreme Court of Alaska held, based on its interpretation of *Dickey v.*

Je souligne que la position sur cette question semble être la même aux États-Unis, où le champ d'application du Sixième amendement, qui garantit le droit d'être jugé promptement, a généralement été élargi à la détermination de la peine. Dans *Gonzales c. State*, 582 P.2d 630 (1978), la Cour

Florida, 398 U.S. 30 (1970), that with some exceptions the same interests that underlay the right to prompt trial of guilt or innocence underlay the right to a prompt disposition of sentence. The court set out seven interests protected by the right to a speedy trial under the Sixth Amendment (at pp. 632-33):

(1) Spare the accused those penalties and disabilities incompatible with the presumption of innocence which may spring from delay in the criminal process;

(2) Prevent undue and oppressive incarceration prior to trial;

(3) Minimize anxiety and concern accompanying public accusation which might chill the accused's free speech or association with the unpopular causes;

(4) Impair the accused's ability to present a defense due to death or unavailability of witnesses or dulled memories, etc.;

(5) Minimize the possibility that the accused, while on bail pending trial or appeal may commit another dangerous crime;

(6) Minimize delays which might adversely affect the government's ability to prosecute the case;

(7) Penalize official abuse or lawlessness, and encourage the fair and expeditious administration of justice.

The court concluded that all but the first and sixth interests were applicable, by analogy, to sentencing delays (at p. 633). This was particularly true of the fifth and seventh interests: "the public retains an interest in prompt and certain punishment for criminal offenses, both to minimize the possibility of further criminal activity by the accused while released on bail pending sentence, and to aid the deterrent effect of penal sanctions".

suprême de l'Alaska a statué, en s'appuyant sur son interprétation de l'arrêt *Dickey c. Florida*, 398 U.S. 30 (1970), qu'à quelques exceptions près les intérêts qui sous-tendent le droit à une décision rapide sur la question de la culpabilité ou de l'innocence sont les mêmes que ceux qui sous-tendent le droit à une décision rapide sur la peine. La cour a énuméré sept intérêts protégés par le droit d'être jugé promptement garanti par le Sixième amendement (aux pp. 632 et 633):

[TRADUCTION]

(1) épargner à l'accusé les peines et les désavantages incompatibles avec la présomption d'innocence qui sont susceptibles de résulter des délais du processus criminel;

(2) éviter les incarcérations sévères et injustifiées avant le procès;

(3) réduire au minimum l'anxiété et l'inquiétude liées à une accusation publique qui pourraient refréner la liberté d'expression de l'accusé ou son désir de s'associer à des causes impopulaires;

(4) éviter les atteintes à la capacité de l'inculpé de présenter un moyen de défense, notamment parce que des témoins sont décédés, parce qu'ils ne sont pas disponibles ou parce que leur mémoire s'est estompée;

(5) réduire au minimum la possibilité que l'accusé commette un autre crime dangereux pendant qu'il est en liberté sous caution en attendant l'issue de son procès ou de son appel;

(6) réduire au minimum les délais susceptibles de compromettre la capacité du ministère public de poursuivre l'accusé;

(7) punir les abus et les illégalités de la part des autorités et favoriser l'administration équitable et rapide de la justice.

La cour a conclu que tous ces intérêts, sauf le premier et le sixième, s'appliquaient par analogie aux délais de détermination de la peine (à la p. 633); de façon plus particulière les cinquième et septième intérêts: [TRADUCTION] «le public a intérêt à ce que les infractions criminelles soient punies de façon prompte et certaine, à la fois pour réduire au minimum la possibilité que l'accusé commette d'autres infractions criminelles pendant qu'il est en liberté en attendant le prononcé de sa peine, et pour renforcer l'effet dissuasif des sanctions pénales».

(3) Conclusion on the Application of Section 11(*b*) to Sentence Delay

39 On the basis of the wording and purpose of s. 11(*b*), I conclude that s. 11(*b*) of the *Charter* extends to sentence delay.

B. *When Does Delay in Sentencing Related to a Judge's Illness Violate Section 11(b) of the Charter?*

40 The second legal issue to be decided in this case is how delay related to judicial illness should be characterized for the purposes of s. 11(*b*). The general question for determination when a s. 11(*b*) violation is alleged is whether the delay that occurred was "unreasonable". While "[r]easonableness is an elusive concept which cannot be juridically defined with precision and certainty" (*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 923, *per* Lamer J.), this Court has determined that four factors should be considered in determining whether a delay is unreasonable and in violation of s. 11(*b*) of the *Charter*:

(1) the length of the delay;

(2) the reason(s) for the delay, including:

(a) inherent time requirements of the case,

(b) actions of the accused,

(c) actions of the Crown,

(d) limits on institutional resources, and

(e) other reasons for the delay;

(3) waiver of time periods; and

(4) prejudice to the accused.

See, *Askov*, *supra*, at pp. 1231-32, *per* Cory J.; *Morin*, *supra*, at pp. 787-88, *per* Sopinka J.

41 The analysis must not proceed in a mechanical manner. The factors and framework set out in *Askov* and *Morin* are not immutable or inflexible. As noted by L'Heureux-Dubé J. in *Conway*, *supra*,

(3) Conclusion sur l'application de l'al. 11*b*) au délai de détermination de la peine

Compte tenu du texte et de l'objet de l'al. 11*b*), je conclus que le champ d'application de l'al. 11*b*) de la *Charte* s'étend au délai de détermination de la peine.

B. *Dans quelles circonstances le délai de détermination de la peine lié à la maladie du juge viole-t-il l'al. 11b) de la Charte?*

La deuxième question de droit qui doit être tranchée en l'espèce est celle de savoir comment doit-être qualifié, pour l'application à l'al. 11*b*), le délai lié à la maladie du juge. La question générale qu'il faut trancher dans une instance fondée sur l'al. 11*b*) est celle de savoir si le délai était «déraisonnable». Même si «[l]a notion de ce qui est raisonnable est difficile à cerner et à définir juridiquement avec précision et certitude» (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 923, le juge Lamer), notre Cour a établi que quatre facteurs doivent être pris en compte pour déterminer si un délai est déraisonnable et contraire à l'al. 11*b*) de la *Charte*:

(1) la longueur du délai;

(2) les raisons du délai, notamment:

a) les délais inhérents à l'affaire,

b) les actes de l'accusé,

c) les actes du ministère public,

d) les limites des ressources institutionnelles,

e) les autres raisons;

(3) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;

(4) le préjudice subi par l'accusé.

Voir, *Askov*, précité, aux pp. 1231 et 1232, le juge Cory; *Morin*, précité, aux pp. 787 et 788, le juge Sopinka.

Cette analyse ne doit pas être effectuée mécaniquement. Le cadre ainsi que les facteurs énoncés dans *Askov* et *Morin*, ne sont ni immuables ni inflexibles. Comme l'a souligné le juge

at p. 1673, the list of factors can never be exhaustive. Nor is an unyielding focus on only certain periods of the delay appropriate: *Conway*, *supra*, at p. 1674. In every case it must be borne in mind that the ultimate question for determination is the reasonableness of the overall delay.

I propose to briefly discuss each of the four factors in the s. 11(*b*) analysis and then examine how they bear upon delay in sentencing due to the illness of the trial judge.

(1) Length of Delay

A s. 11(*b*) analysis is required only where the delay is sufficiently great to raise the issue of whether the accused's rights may have been prejudiced. This is a threshold requirement for the s. 11(*b*) inquiry. Absent an indication of delay capable of prejudicing the accused's rights, there is no need to proceed further.

(2) Reasons for Delay

(a) *Inherent Time Requirements*

The period of time attributable to inherent time requirements is the period of time that would normally be required to process a case, assuming the availability of adequate institutional resources. The period of time attributable to inherent time requirements is neutral and does not count against the Crown or the accused in the s. 11(*b*) reasonableness assessment.

The inherent time required to process a particular case must not be confused with the average time required to process a case of that type. All cases have "inherent time requirements needed to get a case into the system and to complete that case": *R. v. Allen* (1996), 1 C.R. (5th) 347 (Ont. C.A.), at pp. 363-64, *per* Doherty J.A., aff'd [1997] 3 S.C.R. 700; *Morin*, at p. 792, *per* Sopinka J. While the complexity of a case is often

L'Heureux-Dubé dans *Conway*, précité, à la p. 1673, il ne sera jamais possible de dresser la liste exhaustive des facteurs à considérer. Il ne convient pas non plus que le tribunal soit tenu de centrer son attention uniquement sur certaines périodes précises: *Conway*, précité, à la p. 1674. Dans chaque cas, il faut se rappeler que, en définitive, la question à trancher est celle du caractère raisonnable du délai global.

Je me propose de traiter brièvement de chacun des quatre facteurs de l'analyse fondée sur l'al. 11*b*), et d'examiner ensuite leur incidence sur le délai de détermination de la peine lié à la maladie du juge du procès. 42

(1) La longueur du délai

L'analyse fondée sur l'al. 11*b*) est requise uniquement dans les cas où le délai est suffisamment long pour soulever la question de savoir s'il peut y avoir eu atteinte aux droits de l'accusé. Il s'agit d'une condition préalable à l'application de l'al. 11*b*). En l'absence d'indication de l'existence d'un délai susceptible d'avoir porté atteinte aux droits de l'accusé, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. 43

(2) Les raisons du délai

a) *Les délais inhérents à l'affaire*

La période imputable aux délais inhérents à l'affaire correspond à la période normalement requise pour régler un dossier, en tenant pour acquis que des ressources institutionnelles suffisantes sont disponibles. La période imputable aux délais inhérents à l'affaire a un effet neutre et ne peut être reprochée ni au ministère public ni à l'accusé dans l'appréciation du caractère raisonnable du délai pour l'application de l'al. 11*b*). 44

Il ne faut pas confondre le délai inhérent nécessaire pour régler un dossier donné avec le délai moyen nécessaire pour trancher un autre dossier du même type. Tout dossier comporte des [TRADUCTION] «délais inhérents qui sont nécessaires pour le mettre en branle et le mener à terme»: *R. c. Allen* (1996), 1 C.R. (5th) 347 (C.A. Ont.), aux pp. 363 et 364, le juge Doherty, conf. par [1997] 3 R.C.S. 700; *Morin*, à la p. 792, le juge Sopinka. Bien que 45

cited as a factor contributing to delay resulting from inherent time requirements, "[e]ach case will bring its own set of facts which must be evaluated": *Morin*, at p. 792. In other words, the inherent time requirements of a case are not limited to commonplace delays which occur in every situation, but may include delay due to extraordinary and unforeseeable events: *Allen*, *supra*.

46 A trial judge falling ill may be such an event. Judges being human, it is inevitable that they will occasionally fall ill. Where this occurs and where it is not reasonable for the Crown to immediately apply to have the judge replaced (see below), the delay due to the judge's illness may be regarded as part of the inherent time required to complete the case. At the point, however, where it is reasonable for the Crown to apply to have the judge replaced, the inherent delay due to the judge's illness changes to Crown delay.

47 The inherent time requirements of sentencing include the time required to prepare pre-sentence material, subpoena necessary witnesses and schedule the sentencing proceeding. They may also include a judge's illness up to the point when it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed and replaced. The reasonableness of the inherent time requirements of sentencing must be assessed on a case-by-case basis. The inherent time requirements of sentencing do not fall under the time guidelines for the pre-conviction period as set out in *Morin*, *supra*, and *Askov*, *supra*.

(b) *Delay Attributable to Actions of the Accused*

48 Delays intentionally caused by, consented to or requested by the accused cannot be used in support of a claim that a s. 11(*b*) violation has occurred: *Conway*, *supra*, at p. 1673. Otherwise, there might be an incentive to employ dilatory tactics in order to escape justice. However, only those actions of the accused which directly contribute to the delay

la complexité de l'affaire soit souvent citée comme un facteur qui contribue aux délais inhérents, «[c]haque affaire comporte ses propres faits qui doivent être évalués»: *Morin*, à la p. 792. En d'autres mots, les délais inhérents à une affaire ne se limitent pas aux délais ordinaires qui surviennent dans tous les cas, mais peuvent inclure les délais imputables à des événements extraordinaires et imprévisibles: *Allen*, précité.

La maladie du juge du procès peut constituer un tel événement. Les juges étant des êtres humains, il est inévitable qu'ils soient malades à l'occasion. Lorsqu'un juge tombe malade et qu'il n'est pas raisonnable que le ministère public demande immédiatement son remplacement (voir plus loin), le délai lié à la maladie du juge peut être considéré comme un des délais inhérents nécessaires pour mener un dossier à terme. Toutefois, dès le moment où il devient raisonnable que le ministère public demande le remplacement du juge, le délai cesse d'être un délai inhérent lié à la maladie du juge et devient un délai attribuable au ministère public.

Les délais inhérents à la détermination de la peine comprennent le temps requis pour préparer les documents présentenciels, assigner les témoins nécessaires et fixer la date de l'audience de détermination de la peine. Ils peuvent également comprendre le délai lié à la maladie du juge, jusqu'au moment où il devient raisonnable que le ministère public demande que le juge soit dessaisi de l'affaire et remplacé. Le caractère raisonnable des délais inhérents doit être apprécié au cas par cas. Les lignes directrices énoncées dans *Morin*, précité, et *Askov*, précité, à l'égard de la période qui précède la déclaration de culpabilité ne s'appliquent pas aux délais de détermination de la peine.

b) *Les délais attribuables aux actes de l'accusé*

Les délais qui ont été causés intentionnellement par l'accusé ou demandés par ce dernier, ainsi que ceux auxquels il a consenti ne peuvent être invoqués au soutien d'une demande alléguant une violation de l'al. 11*b*): *Conway*, précité, à la p. 1673. Si c'était le cas, les accusés pourraient être tentés d'utiliser des tactiques dilatoires pour

— such as a request for an adjournment — or which constitute a deliberate attempt to delay the trial, will count against an accused. Such actions are inconsistent with a desire to proceed with the trial and are therefore inconsistent with an assertion of a s. 11(*b*) violation: see *Morin*, *supra*.

(c) *Delay Attributable to the Crown*

The Crown bears the responsibility of bringing accused persons to trial: *Askov*, *supra*. This extends to a duty to ensure that the trial proceedings, once engaged, are not unduly delayed. This applies to sentencing, which for purposes of s. 11(*b*) is part of the trial. Crown delay in excess of the inherent time requirements of the case count against the Crown in the s. 11(*b*) reasonableness assessment. Examples of delays that will count against the Crown in the assessment of the reasonableness of the total delay include adjournments requested by the Crown and disclosure delays: see *Morin*, *supra*. In some cases, the Crown may also be responsible for delays caused by the trial judge: see, e.g., *Rahey*, *supra*.

The Crown's duty to ensure that trial proceedings are not delayed may require the Crown to apply to have a judge removed and replaced when a judge falls ill in the course of a trial. There is no set time period after the onset of illness when the Crown must apply to have the judge removed and replaced. Whether and when the Crown should act depends on what is reasonable in the circumstances of the case.

It can safely be said that the Crown should bring an application to replace the judge when it is clear that the judge will not recover or return to judicial duties. However, where the expectation is that a judge seized of the case will recover and return,

échapper à la justice. Toutefois, seuls les actes de l'accusé qui contribuent directement au délai — telle une demande d'ajournement — ou qui constituent une tentative délibérée de retarder le procès, lui seront reprochés. Ces actes sont incompatibles avec le désir de faire avancer l'instance et, partant, avec la prétention que l'al. 11*b*) a été violé: voir *Morin*, précité.

c) *Les délais attribuables au ministère public*

49 Le ministère public a la responsabilité de traduire les accusés en justice: *Askov*, précité. Cette responsabilité inclut l'obligation de veiller à ce que, une fois engagées, les procédures judiciaires ne soient pas indûment retardées. Cette obligation s'applique à l'étape de la détermination de la peine qui, pour l'application de l'al. 11*b*), fait partie du procès. Les délais attribuables au ministère public qui dépassent les délais inhérents à l'affaire sont reprochés au ministère public dans l'appréciation du caractère raisonnable du délai pour l'application de l'al. 11*b*). Les demandes d'ajournement faites par le ministère public et le temps mis à communiquer la preuve sont des exemples de délais qui sont reprochés au ministère public dans l'appréciation du caractère raisonnable du délai global: voir *Morin*, précité. Dans certains cas, le ministère public peut également être tenu responsable de délais causés par le juge du procès: voir, par exemple, *Rahey*, précité.

50 L'obligation du ministère public de faire en sorte que le procès ne soit pas retardé peut l'obliger à demander le dessaisissement et le remplacement du juge qui tombe malade au cours du procès. Le ministère public n'est assujetti à aucun délai fixe, après le début de la maladie du juge, pour demander que ce dernier soit dessaisi de l'affaire et remplacé. La question de savoir si le ministère public doit présenter cette demande et à quel moment il doit le faire dépend de ce qui est raisonnable eu égard aux circonstances de chaque cas.

51 On peut affirmer avec confiance que le ministère public doit demander le remplacement du juge lorsqu'il devient évident que ce dernier ne se rétablira pas ou qu'il ne reprendra pas ses fonctions judiciaires. Toutefois, lorsqu'on s'attend à ce que

the matter is more difficult. In such a case, the Crown must balance two factors. On the one hand, the Crown must consider the fact that a judge who has heard evidence in a case is seized of the case. This means that the task of deciding all the issues on the case, including sentencing, falls to that judge and no other. The removal of a judge from an unconcluded case has the potential to interfere with the independence of the judiciary and the right of an accused to a fair trial. Absent compelling reasons, it would be improper for Crown counsel to apply to remove a judge seized of the case. To do so might create a perception that the Crown was interfering with the right of the judge to independently judge all the issues in the case. It might also create a perception of unfairness to the accused. For example, a trial judge may make comments in the course of a trial that lead the Crown to speculate that he or she is sympathetic to the accused. If the Crown were to apply to have the judge removed prior to sentence absent a compelling reason, the perception might be that the Crown did so to obtain a judge less sympathetic to the accused. Where a judge falls ill and the expectation is that he or she will return to judicial duties, the Crown must bear these considerations in mind in deciding whether it is reasonable to bring an application to have the judge removed. On the other side of the balance, the Crown must consider the accused's right to a prompt trial under s. 11(*b*) and the prejudice the accused may suffer as a result of the delay.

52 In summary, where the trial judge falls ill and is expected to return, the Crown must balance two competing factors: (1) the need to proceed with the utmost care and caution when considering the removal of a judge seized with a case in order to protect judicial independence and fairness to the accused, and (2) the need to protect the accused's s. 11(*b*) rights and prevent undue prejudice to the accused. The practical question is whether the apprehension of a violation of the accused's s.

le juge se rétablisse et reprenne son travail, la question est plus complexe. En pareil cas, le ministère public doit soupeser deux facteurs. D'une part, il doit tenir compte du fait que le juge qui a entendu la preuve est saisi de l'affaire. Cela signifie que c'est à ce juge et à nul autre qu'il incombe de trancher toutes les questions en litige, y compris la détermination de la peine. Le fait de dessaisir un juge d'une affaire qui n'a pas été tranchée de façon définitive est susceptible de porter atteinte à l'indépendance judiciaire et au droit de l'accusé à un procès équitable. En l'absence de raisons impérieuses de le faire, il ne conviendrait pas que le ministère public demande que le juge soit dessaisi d'une affaire. Un tel geste du ministère public pourrait être perçu comme une atteinte au droit du juge de trancher les questions en litige en toute indépendance. Une telle demande pourrait aussi créer une impression d'injustice envers l'accusé. Par exemple, il pourrait arriver que le juge qui préside un procès fasse, durant celui-ci, des commentaires qui amènent le ministère public à croire qu'il est favorable à l'accusé. Si le ministère public devait demander que le juge soit dessaisi de l'affaire avant le prononcé de la peine, sans invoquer de raison impérieuse au soutien de sa demande, ce geste pourrait donner l'impression qu'il est accompli pour faire nommer un juge moins favorable à l'accusé. Lorsqu'un juge tombe malade et qu'on s'attend à ce qu'il reprenne ses fonctions judiciaires, le ministère public doit tenir compte de ces considérations pour décider s'il est raisonnable de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire. Par ailleurs, le ministère public doit tenir compte du droit qu'a l'accusé, aux termes de l'al. 11*b*), de subir son procès promptement et du préjudice que pourrait lui causer le délai.

En résumé, lorsque le juge du procès tombe malade et qu'on s'attend qu'il réintègre ses fonctions, le ministère public doit mettre en balance deux intérêts opposés: (1) la nécessité de faire montre d'un soin et d'une prudence extrêmes avant de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire, afin de préserver l'indépendance judiciaire et l'équité envers l'accusé; (2) la nécessité de protéger les droits garantis à l'accusé par l'al. 11*b*) et d'empêcher qu'il ne subisse un préjudice indu.

11(*b*) rights has reached the stage where it outweighs the general rule that the judge seized of a case should conclude it. Where the apprehension of a s. 11(*b*) violation outweighs this general rule, the Crown has a duty to apply to remove and replace the seized judge. If the Crown fails to do so, any resulting delay will be counted against the Crown in the s. 11(*b*) assessment.

Concrètement, il faut se demander si la crainte d'une atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'al. 11*b*) a pris des proportions telles qu'elle l'emporte sur la règle générale selon laquelle le juge saisi d'une affaire doit la mener à terme. Si c'est le cas, le ministère public a le devoir de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire et que celle-ci soit confiée à un autre. S'il omet de le faire, tout délai en découlant lui sera reproché dans l'appréciation effectuée pour l'application de l'al. 11*b*).

(d) *Delay Due to Limits on Institutional Resources*

d) *Les délais liés aux limites des ressources institutionnelles*

Some delay inevitably results from the fact that the justice system must schedule and process a large number of cases. Even when sufficient courtrooms, prosecutors and judges are available and all reasonable efforts made to expedite the disposition of cases, delays will inevitably and unavoidably occur within the system. When systemic delay occurs, the court on a s. 11(*b*) application must determine whether it is reasonable or unreasonable. Only unreasonable systemic delay will count against the Crown in the s. 11(*b*) assessment. Many factors may affect whether a given systemic delay is unreasonable. A careful case-by-case analysis is required to determine the period of permissible systemic delay.

53 Compte tenu du grand nombre de causes que les tribunaux doivent inscrire à leurs rôles et traiter, il est inévitable qu'il y ait certains délais. Même s'il y a suffisamment de salles d'audience, de substituts du procureur général et de juges, et que tous les efforts raisonnables sont déployés pour faire trancher rapidement les instances, il y a immanquablement des délais dans le système judiciaire. Lorsqu'un délai systémique se produit, le tribunal saisi d'une demande fondée sur l'al. 11*b*) doit déterminer si ce délai est raisonnable ou déraisonnable. Seuls les délais systémiques déraisonnables sont reprochés au ministère public dans l'appréciation effectuée pour l'application de l'al. 11*b*). De nombreux facteurs peuvent déterminer si un délai systémique est déraisonnable. Pour décider si un délai systémique est acceptable, il faut procéder dans chaque cas à une analyse approfondie.

The failure of the government to provide sufficient courtrooms, prosecutors and judges may result in unreasonable systemic delay. While recognizing that the institutional resources available to deal with a given case may vary between provinces and districts (see *Askov*, *supra*), courts must nonetheless be vigilant to ensure that delays based on a deficiency in the amount of institutional resources are not legitimized: see *Mills*, *supra*, at pp. 935-41, *per* Lamer J. As Cory J. cautioned in *Askov*, the s. 11(*b*) guarantee must not be reduced to the point of meaninglessness by using a lack of institutional resources to justify significant delays. The government must allocate sufficient funds to institutional resources in order to meet the constitutional obligation imposed on it by s. 11(*b*) of the

54 L'omission par le gouvernement de faire en sorte qu'il y ait suffisamment de salles d'audience, de substituts du procureur général et de juges peut entraîner un délai systémique déraisonnable. Tout en reconnaissant que les ressources institutionnelles qui peuvent être affectées à un dossier donné peuvent varier d'une province à l'autre ou d'un district judiciaire à l'autre (voir *Askov*, précité), les tribunaux doivent demeurer vigilants et se garder de légitimer des délais imputables à une pénurie de ressources institutionnelles: voir *Mills*, précité, aux pp. 935 à 941, le juge Lamer. Pour paraphraser la mise en garde faite par le juge Cory dans *Askov*, il ne faut pas enlever tout son sens à la garantie prévue par l'al. 11*b*) en invoquant la pénurie de ressources institutionnelles pour justifier de longs

Charter: see *Morin*, *supra*, at p. 795, *per* Sopinka J. The reality of restricted institutional resources and the need to process a large number of cases within a reasonable time and at reasonable cost, must thus be balanced against the need for the speedy resolution of criminal charges. The question in every case is whether, considering all of the circumstances of the case, the systemic delay is reasonable.

délais. Le gouvernement doit affecter des fonds suffisants aux ressources institutionnelles pour s'acquitter de l'obligation constitutionnelle que lui impose l'al. 11*b*) de la *Charte*: voir *Morin*, précité, à la p. 795, le juge Sopinka. Le fait que les ressources institutionnelles sont limitées et le besoin de traiter un grand nombre de causes dans un délai raisonnable et à un coût raisonnable doivent donc être mis en balance avec la nécessité de faire trancher promptement les accusations criminelles. Dans chaque cas, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, le délai systémique est raisonnable.

55 Delay due to the illness of a judge may constitute systemic delay where the Crown delays bringing what would be a reasonable motion to replace the judge who has fallen ill because the Crown knows there is no other replacement judge available. The same applies to a case where the Crown applies to remove the judge and an order for replacement is made but an unreasonable delay in replacing the judge results because there is no other judge available. The same reasoning would apply to unreasonable delays in replacing the judge due to a shortage of courtrooms or other necessary institutional resources.

Le délai lié à la maladie d'un juge peut constituer un délai systémique dans les cas où — alors qu'il serait raisonnable de le faire — le ministère public tarde à présenter une requête demandant le remplacement d'un juge tombé malade, parce qu'il sait qu'aucun autre juge n'est disponible. Il y a également délai systémique lorsque le ministère public demande le dessaisissement du juge et qu'une ordonnance à cet effet est rendue, mais qu'un délai déraisonnable s'écoule avant le remplacement du juge parce qu'aucun autre juge n'est disponible. Le même raisonnement s'appliquerait aux cas de délais déraisonnables de remplacement du juge qui sont imputables à une pénurie de salles d'audience ou d'autres ressources institutionnelles nécessaires.

56 This raises the difficult question of what contingency arrangements the judicial system should have in place for the eventuality that a judge will fall ill and be unable to complete a case he or she has begun. The answer to this question must depend, as it does generally when considering institutional delay, on the pressures on the criminal justice system in a particular area. Certainly, in a small jurisdiction, like Prince Edward Island, it would probably not be reasonable to expect judges to be kept available against the unlikely contingency of a judge's illness.

Ces considérations soulèvent la difficile question des mesures d'urgence dont devraient disposer les tribunaux pour faire face à la situation où un juge tombe malade et ne peut mener à terme l'affaire qu'il a commencé à entendre. Comme c'est généralement le cas dans l'examen des délais institutionnels, la réponse à cette question doit être donnée en tenant compte des contraintes auxquelles est soumis le système de justice criminelle dans une région donnée. Il est certain que, dans un ressort qui n'est pas très grand, comme l'Île-du-Prince-Édouard, il ne serait probablement pas raisonnable de s'attendre à ce que l'on garde des juges en réserve pour les cas peu fréquents où un juge tombe malade.

(3) Waiver of Time Periods

An accused may waive delay. Waived delay will not be considered in the assessment of the reasonableness of the overall delay. The Crown argues that when an accused person enters a guilty plea, the s. 11(*b*) right is waived. I do not accept this argument. First, entry of a guilty plea does not connote acceptance of a long pre-sentencing delay. On the contrary, persons who plead guilty may be motivated by a desire to bring the proceedings to a speedy close. Second, even if an inference of acceptance of delay could be hypothesized, it would not establish waiver; waiver of *Charter* rights must be "clear and unequivocal"; mere acquiescence with a particular delay will not necessarily amount to waiver: see *Rahey*, *supra*, and *Askov*, *supra*.

(3) La renonciation à invoquer certaines périodes

57 Un accusé peut renoncer à invoquer un délai. Ce délai ne sera pas pris en compte dans l'appréciation du caractère raisonnable du délai global. Le ministère public soutient que l'accusé qui plaide coupable renonce au droit que lui garantit l'al. 11*b*). Je ne puis retenir cet argument. Premièrement, le fait qu'une personne plaide coupable n'emporte pas qu'elle accepte un long délai avant le prononcé de sa peine. Au contraire, un plaidoyer de culpabilité peut être motivé par le désir de l'accusé de voir les procédures prendre fin rapidement. Deuxièmement, même si l'on pouvait inférer l'acceptation d'un délai, cela n'établirait pas qu'il y a eu renonciation; la renonciation aux droits garantis par la *Charte* doit être «claire et non équivoque»; le simple fait d'acquiescer à un délai particulier ne vaut pas nécessairement renonciation: voir *Rahey*, précité, et *Askov*, précité.

(4) Prejudice to the Accused

The final "*Askov*" factor is prejudice to the accused resulting from the delay. As Cory J. stated in *Askov*, *supra*, prejudice can often be inferred from a lengthy delay. However, while it is the duty of the Crown to bring the accused to trial, and while there is no obligation on an accused to press for a trial (*Morin*, *supra*), any action or inaction on the part of an accused which is inconsistent with a desire for a timely trial is relevant to the assessment of prejudice.

(4) Le préjudice subi par l'accusé

58 Le dernier facteur énoncé dans l'arrêt *Askov* est le préjudice causé à l'accusé par le délai. Comme l'a affirmé le juge Cory dans *Askov*, précité, on peut souvent inférer qu'un long délai a causé un préjudice. Toutefois, bien que le ministère public soit tenu de traduire l'accusé devant les tribunaux et que ce dernier n'ait aucune obligation d'exiger la tenue de son procès (*Morin*, précité), les actes ou omissions de l'accusé qui sont incompatibles avec le désir de subir un procès en temps opportun sont pertinents pour l'évaluation du préjudice.

The prejudice resulting from sentencing delay must be assessed using a case-by-case analysis. Stigma or damage to reputation flow mainly from the finding or plea of guilt. However, sentencing delay may also cause prejudice through presentence incarceration or restrictive bail conditions. Sentencing delay may also cause prejudice in the form of anxiety as the person awaiting the delayed imposition of punishment is unable to

59 Le préjudice découlant du délai de détermination de la peine doit être apprécié au cas par cas. La stigmatisation ou l'atteinte à la réputation résultent principalement du plaidoyer ou de la déclaration de culpabilité. Cependant, le délai de détermination de la peine peut également être cause de préjudice si l'accusé est emprisonné ou assujetti à des conditions de mise en liberté sous caution restrictives avant le prononcé de sa peine. Le délai de détermination de la peine peut aussi causer un préjudice en étant une source d'anxiété, car la personne dont la peine tarde à être prononcée est

continue with his or her life due to uncertainty about his or her future.

(5) Summary

60 Whether delay in sentencing amounts to a violation of s. 11(*b*) depends on whether the delay was unreasonable considering the length of the delay, the reasons for the delay, the effect of any waivers of delay and prejudice suffered by the accused.

61 Delay related to the illness of a judge seized of the case may be considered to be delay inherent in the case (not counted against the Crown), delay attributable to the Crown (counted against the Crown), or delay due to a shortage of institutional resources (counted against the Crown if the delay is unreasonable). Delay related to judicial illness which takes places in the period before it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed is inherent delay. Delay which occurs after the point when it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed is Crown delay. Delay in replacing a judge which transpires after the point when it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed due to lack of judicial resources is institutional or systemic delay, counting against the Crown if the lack of resources is unreasonable having regard to the particular pressures on the court system at issue.

C. *Application of the Law*

62 In the case at bar, the total delay of 21 months and 3 weeks which occurred between the laying of the indictment and the hearing of MacDougall's stay application was excessive and meets the threshold test requiring the courts below to examine whether the delay was unreasonable under s. 11(*b*). The only question is whether the lower courts' analysis was correctly conducted.

63 Trial judges and provincial courts of appeal will generally be in the best position to determine whether a delay was unreasonable, given their knowledge of the particular circumstances in their

incapable de tourner la page, ne sachant pas ce que l'avenir lui réserve.

(5) Résumé

Un délai de détermination de la peine viole l'al. 11*b*) s'il est déraisonnable compte tenu de la durée de ce délai, des raisons de celui-ci, de l'effet de toute renonciation de l'accusé à invoquer un délai et du préjudice subi par ce dernier.

Le délai lié à la maladie du juge saisi de l'affaire peut être considéré comme un délai inhérent à l'affaire (qui n'est pas reproché au ministère public), un délai attribuable au ministère public (qui lui est reproché), ou un délai imputable à une pénurie de ressources institutionnelles (qui est reproché au ministère public s'il est déraisonnable). Le délai lié à la maladie d'un juge qui survient avant qu'il soit raisonnable pour le ministère public de demander le dessaisissement du juge est un délai inhérent à l'affaire. Le délai qui dépasse ce point est un délai attribuable au ministère public. Le temps mis à remplacer le juge après le moment où il est devenu raisonnable pour le ministère public de demander que ce dernier soit dessaisi de l'affaire pour cause de pénurie de ressources judiciaires est un délai institutionnel ou systémique, qui est reproché au ministère public si le manque de ressources est déraisonnable eu égard aux contraintes auxquelles est soumis le tribunal en cause.

C. *L'application du droit*

En l'espèce, le délai global de 21 mois et 3 semaines qui s'est écoulé entre le dépôt de l'acte d'accusation et l'audition de la demande d'arrêt des procédures présentée par MacDougall était excessif et satisfait au critère préliminaire suivant lequel les juridictions inférieures étaient tenues de se demander s'il était déraisonnable au regard de l'al. 11*b*). La seule question à trancher est celle de savoir si les juridictions inférieures ont bien fait l'analyse.

Les juges de première instance et les cours d'appel provinciales sont généralement les mieux placés pour déterminer si un délai était déraisonnable, car ils connaissent la situation particulière qui

jurisdiction. However, as Sopinka J. noted for the Court in *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115, at p. 1116, this determination must be based on the appropriate principles. In my respectful view, the courts below proceeded on the wrong principles by mischaracterizing the delay related to Judge Plamondon's illness and eventual resignation.

There is little dispute about the characterization of the delays other than those related to Judge Plamondon's illness. For the record, I will briefly review them. MacDougall was charged in December, and first appeared a month and a half later. This initial delay is attributable to the inherent time requirements of the case. At his first appearance, MacDougall requested an adjournment for election and plea. The consequent delay of one month must be attributed to MacDougall. When MacDougall next appeared on February 13, 1995, he pleaded not guilty, and the case was adjourned for trial. However, when he appeared on April 5, 1995, he changed his plea to guilty, and the case was adjourned for sentencing, with a pre-sentence report to be prepared by May 12, 1995. The three-month delay between February 13, 1995, and May 12, 1995, is attributable to the inherent time requirements of the case. However, the two-month delay between May 12, 1995, and the indefinite adjournment on July 14, 1995, is attributable to the Crown, which requested two extensions in order to prepare the pre-sentence report. The period between the trial judge's resignation on April 15, 1996, and the Crown's request for the assignment of a new judge on May 21, 1996, is also delay attributable to the Crown. The period between the assignment of a new judge on May 22, 1996, and MacDougall's scheduled next appearance on June 13, 1996, is attributable to the inherent time requirements of the case. However, as MacDougall failed to appear on June 13, 1996, the subsequent delay between that date and his eventual appearance on July 11, 1996, is attributable to him. Finally, the two and one-half month period between July 11, 1996, and the hearing of MacDougall's motion for a stay based on undue

existe dans leur ressort. Toutefois, comme l'a souligné le juge Sopinka dans *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115, à la p. 1116, cette décision doit s'appuyer sur des principes justes. Avec égards, je suis d'avis que les juridictions inférieures n'ont pas appliqué les bons principes et ont mal qualifié le délai lié à la maladie du juge Plamondon et à sa démission subséquente.

La qualification des divers délais est peu contestée sauf en ce qui concerne le délai lié à la maladie du juge Plamondon. Par souci de précision, je vais les rappeler brièvement. MacDougall a été accusé en décembre et a comparu pour la première fois un mois et demi plus tard. Ce premier délai est un délai inhérent à l'affaire. Au moment de sa première comparution, MacDougall a demandé un ajournement afin de décider du mode de procès et de son plaidoyer. Le délai d'un mois qui a suivi doit être reproché à MacDougall. Lorsque MacDougall a comparu à nouveau, le 13 février 1995, il a plaidé non coupable et l'affaire a été ajournée jusqu'à la date fixée pour le procès. Toutefois, lorsqu'il s'est présenté devant le tribunal le 5 avril 1995, il a changé son plaidoyer et reconnu sa culpabilité; l'affaire a été ajournée en vue de la détermination de la peine, un rapport présentenciel devant être préparé pour le 12 mai 1995. La période de trois mois écoulée entre le 13 février 1995 et le 12 mai 1995 est constituée de délais inhérents à l'affaire. Par contre, le délai de deux mois écoulé entre le 12 mai 1995 et l'ajournement de l'affaire pour une période indéterminée, le 14 juillet 1995, est reprochée au ministère public, qui a demandé deux prorogations du délai fixé pour la préparation du rapport présentenciel. La période qui s'est écoulée entre la démission du juge le 15 avril 1996 et la requête du ministère public demandant que l'affaire soit assignée à un nouveau juge le 21 mai 1996 est également un délai reproché au ministère public. La période comprise entre la désignation du nouveau juge le 22 mai 1996 et la date fixée pour la comparution suivante de MacDougall, soit le 13 juin 1996, constitue délai inhérent à l'affaire. Toutefois, comme MacDougall ne s'est pas présenté devant le tribunal le 13 juin 1996, le délai écoulé entre cette date et la date à laquelle il a finalement comparu, soit le 11 juillet

64

delay on September 24, 1996, is attributable to the inherent time requirements of the case.

65 This brings me to the contentious nine-month delay between the indefinite adjournment on account of Judge Plamondon's illness on July 14, 1995, and Judge Plamondon's resignation on April 15, 1996.

66 The respondent MacDougall argues that the delay resulting from the illness of Judge Plamondon should be considered as Crown delay, unreasonable systemic delay, or a combination of both. He argues that the Crown should have moved to have a new judge assigned at an earlier date. He also suggests that the judicial system itself acted unreasonably in not naming a new judge to the case sooner. While these arguments possess a certain plausibility, they lose their force when the exceptional nature of delay related to judicial illness is considered.

67 When Judge Plamondon fell ill, the expectation was that he would soon return to his judicial duties. On the justifiable assumption that Judge Plamondon would return, the Crown proceeded in accordance with the general rule that an accused should be sentenced by the judge who took the plea or presided at the conviction phase of the trial. The Crown was required to proceed cautiously in moving to replace Judge Plamondon. Against this I balance the right of the accused to be tried within a reasonable time and ask whether the circumstances required departure from the usual rule that the judge seized of the case retains jurisdiction over it until its conclusion. The Crown had no information suggesting that Judge Plamondon would not be returning, or that his absence would be unduly lengthy. It became apparent that he would not return only upon the announcement of his retirement. The delay in question was nine months long. However, it occurred in the post-conviction phase of proceedings when the interests engaged by

1996, lui est imputable. Enfin, la période de deux mois et demi qui s'est écoulée entre le 11 juillet 1996 et la date de l'audition de la demande d'arrêt des procédures fondée sur le caractère déraisonnable du délai présentée par MacDougall, le 24 septembre 1996, est un délai inhérent à l'affaire.

Cela m'amène à la période litigieuse de neuf mois écoulée entre l'ajournement de l'affaire pour une période indéterminée en raison de la maladie du juge Plamondon le 14 juillet 1995, et la démission de ce dernier le 15 avril 1996.

L'intimé MacDougall soutient que le délai lié à la maladie du juge Plamondon devrait être considéré soit comme un délai attribuable au ministère public, soit comme un délai systémique déraisonnable ou comme un délai tenant des deux à la fois. Il fait valoir que le ministère public aurait dû demander la désignation d'un autre juge plus tôt. Il prétend en outre que le système judiciaire a lui-même agi de façon déraisonnable en ne confiant pas l'affaire à un nouveau juge plus rapidement. Quoique ces arguments aient une certaine plausibilité, ils cessent d'en avoir lorsqu'on tient compte de la nature exceptionnelle du délai lié à la maladie du juge.

Lorsque le juge Plamondon est tombé malade, on s'attendait à ce qu'il reprenne ses fonctions à court terme. Présumant, comme il était justifié de le faire, que le juge Plamondon reprendrait ses fonctions, le ministère public a agi conformément à la règle générale selon laquelle l'accusé doit voir sa peine être prononcée par le juge qui a reçu son plaidoyer de culpabilité ou qui présidait le procès à l'étape de la déclaration de culpabilité. Le ministère public devait agir prudemment quant au remplacement du juge Plamondon. Je soupèse ce facteur par rapport au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable pour déterminer si les circonstances commandaient que l'on déroge à la règle habituelle selon laquelle le juge saisi d'une affaire conserve sa compétence jusqu'à la fin. Le ministère public ne disposait d'aucune information tendant à indiquer que le juge Plamondon ne reprendrait pas ses fonctions ou que son absence serait indûment longue. Ce n'est qu'à l'annonce de son départ à la retraite qu'il est devenu clair qu'il

s. 11(*b*) were more attenuated, in the circumstances, than in the pre-conviction phase. Furthermore, there was no indication that the delay would cause the accused any significant prejudice. In these circumstances, I cannot conclude that the Crown erred in not moving prior to Judge Plamondon's resignation to remove and replace him. Crown delay is therefore not established.

ne reviendrait pas. La période en question a duré neuf mois. Cependant, elle est survenue à l'étape des procédures subséquentes à la déclaration de culpabilité, lorsque les intérêts protégés par l'al. 11*b*) revêtaient moins d'importance, dans les circonstances, qu'à l'étape ayant précédé la déclaration de culpabilité. De plus, rien n'indiquait que ce délai causerait à l'accusé un préjudice grave. Dans ces circonstances, je ne peux conclure que le ministère public a commis une erreur en ne demandant pas, avant la démission du juge Plamondon, que celui-ci soit dessaisi de l'affaire et remplacé. L'existence d'un délai attribuable au ministère public n'a donc pas été établie.

Similar considerations resolve the respondent's contention that the failure to replace Judge Plamondon earlier constituted unreasonable systemic delay. The occasional illness of trial judges is an inevitable and unfortunate incident of any system reliant on human endeavour. Delay related to the illness of a trial judge is part of the inherent time requirements of a case where the Crown has acted reasonably and there is no shortage of resources. A case for unreasonable systemic delay would only have arisen in this case if an order to replace Judge Plamondon had been made but been impossible to put into effect because there was no replacement judge. That was not the case here.

68 Des considérations similaires permettent de statuer sur l'argument de l'intimé que l'omission de remplacer le juge Plamondon plus tôt a entraîné un délai systémique déraisonnable. Le fait que les juges qui président des procès soient parfois malades est une situation malheureuse mais par ailleurs inévitable dans tout système dont le fonctionnement est tributaire de l'activité humaine. Les délais liés à la maladie d'un juge font partie des délais inhérents à une affaire lorsque le ministère public a agi raisonnablement et qu'il n'y a pas pénurie de ressources. En l'espèce, il n'y aurait eu délai systémique déraisonnable que si une ordonnance intimant le remplacement du juge Plamondon avait été prononcée, mais qu'il aurait été impossible de lui donner effet pour cause d'absence de remplaçant disponible. Ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce.

In concluding that the delay due to Judge Plamondon's illness was reasonable, I am aware that the Quebec Court of Appeal observed that a "six-month wait for a judge to recover is a long wait in a criminal trial" and emphasized "the duty of the Crown" to bring the accused to trial: *R. v. Trudel*, [1992] R.J.Q. 2647, at p. 2650. These comments were made in a case concerned with pre-conviction delay, where the delay was compounded by the unavailability of the Crown on two occasions, as well as an administrative error of the court. The reasonableness of delay must be assessed on a case-by-case basis. Each case must proceed on its own facts. On the facts here, neither

69 Je conclus que le délai lié à la maladie du juge Plamondon était raisonnable, tout en sachant que la Cour d'appel du Québec a fait remarquer qu'une [TRADUCTION] «attente de six mois pour que le juge se rétablisse est une longue attente dans le cadre d'un procès criminel», et qu'elle a souligné [TRADUCTION] «qu'il incombe au ministère public» de traduire l'accusé devant les tribunaux: *R. c. Trudel*, [1992] R.J.Q. 2647, à la p. 2650. Ces remarques ont été formulées dans une affaire portant sur un délai antérieur à la déclaration de culpabilité, où le délai a été exacerbé par la non disponibilité du ministère public à deux occasions ainsi que par une erreur administrative de la cour. Le

Crown delay nor unreasonable systemic delay are established.

caractère raisonnable du délai doit être apprécié au cas par cas. Chaque cas doit être examiné selon les faits qui lui sont propres. À la lumière des faits de l'espèce, aucun délai attribuable au ministère public ni aucun délai systémique déraisonnable n'ont été établis.

70 In sum, the delay in this case is attributable as follows: the Crown bears responsibility for approximately three months of the delay, and the accused two months of the delay. Seven and one-half of remaining sixteen and one-half months are attributable to the inherent time requirements of the case. The final nine months due to the illness of Judge Plamondon cannot be considered as Crown delay or unreasonable systemic delay but as an inherent time requirement of the case. Neither the Crown nor the system operated unreasonably in not removing Judge Plamondon bearing in mind the exceptional nature of such action.

En résumé, la responsabilité du délai en l'espèce doit être répartie ainsi: le ministère public est responsable d'environ trois mois et l'accusé de deux mois. Des seize mois et demi restants, sept mois et demi sont des délais inhérents à l'affaire. Les neuf derniers mois liés à la maladie du juge Plamondon ne peuvent être considérés comme un délai attribuable au ministère public ou comme un délai systémique déraisonnable, ils constituent plutôt un délai inhérent à l'affaire. Ni le ministère public ni le système n'ont agi de façon déraisonnable en ne dessaisissant pas le juge Plamondon, compte tenu de la nature exceptionnelle d'une telle mesure.

71 This leaves a net delay of three months for consideration under s. 11(*b*). While longer than one might wish, this delay is not egregious. Nor does the evidence suggest that the delay unduly prejudiced MacDougall. He was not incarcerated awaiting sentencing, and he has not argued that he was subject to restrictive bail conditions. He never pressed the Crown to continue with the sentencing proceedings. This suggests that any prejudice inferred to have been suffered by MacDougall was minimal. Weighing the Crown delay against the minimal prejudice suffered by MacDougall, I conclude that it was not unreasonable, and that there was no s. 11(*b*) violation. It is therefore unnecessary to consider the issue of remedy.

Il ne reste donc qu'un délai net de trois mois à apprécier au regard de l'al. 11*b*). Bien que ce délai ait été plus long qu'on ne l'aurait souhaité, il n'est pas énorme et rien dans la preuve ne tend à indiquer qu'il a causé un préjudice indu à MacDougall. Ce dernier n'a pas été incarcéré en attendant le prononcé de sa peine et il n'a pas allégué avoir été assujetti à des conditions de mise en liberté sous caution restrictives. Il n'a jamais pressé le ministère public de poursuivre les procédures de détermination de la peine. Cela suggère que tout préjudice qui, peut-on inférer, a été causé à MacDougall est minime. Après avoir soupesé le délai attribuable au ministère public et le préjudice subi par MacDougall, je conclus que ce délai n'était pas déraisonnable et qu'il n'y a pas eu violation des droits garantis par l'al. 11*b*). Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de la réparation.

VII. Conclusion

72 I would allow the appeal and remand the case to the Prince Edward Island Provincial Court for sentencing.

VII. Le dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard pour détermination de la peine.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Crown Attorney's Office, Charlottetown.

Solicitor for the respondent: Prince Edward Island Legal Aid, Charlottetown.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Crown Attorney's Office, Charlottetown.

Procureur de l'intimé: Prince Edward Island Legal Aid, Charlottetown.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Cory Anthony Gallant *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GALLANT

File No.: 25922.

1998: May 21; 1998: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Sentencing delay — Judicial illness — Sentencing delay primarily due to prolonged illness of trial judge — Whether right to be tried within reasonable time applies to sentencing — Principles applicable for proper characterization of delay related to judicial illness — Point at which delay in sentencing related to trial judge's illness violates right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

The accused was charged with breaking and entering on April 19, 1995. Five days later he entered a guilty plea. The case was adjourned to June 12 for sentencing. Because of the trial judge's illness, the June 12 sentencing hearing was adjourned to July 10. On that day, the hearing was suspended indefinitely again because of the trial judge's illness. The trial judge resigned on April 15, 1996, and on May 21 the Crown requested that a new judge be assigned to sentence the accused. A new judge was assigned the next day. On June 27, before the new judge, defence counsel requested an adjournment until July 11. At that time the matter was adjourned to September 24 for a defence motion to have the charges stayed. On that date, the new judge granted the motion, holding that the 17-month sentencing delay violated s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. This appeal raises the same issues dealt with in *R. v. MacDougall*, rendered concurrently.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Cory Anthony Gallant *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* GALLANT

N° du greffe: 25922.

1998: 21 mai; 1998: 29 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, SECTION D'APPEL

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de détermination de la peine — Maladie du juge — Délai de détermination de la peine lié principalement à la maladie prolongée du juge du procès — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable s'applique-t-il à la détermination de la peine? — Principes applicables à la qualification du délai lié à la maladie du juge — Point à partir duquel le délai de la détermination de la peine lié à la maladie du juge viole le droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Le 19 avril 1995, l'accusé a été accusé d'introduction par effraction. Cinq jours plus tard, il a plaidé coupable. L'affaire a été ajournée au 12 juin en vue de la détermination de la peine. Le 12 juin, l'audience de détermination de la peine a été ajournée au 10 juillet en raison de la maladie du juge du procès. Le 10 juillet, l'affaire a été ajournée, indéfiniment cette fois, toujours en raison de la maladie du juge du procès. Ce dernier a démissionné le 15 avril 1996, et, le 21 mai, le ministère public a demandé qu'un autre juge soit chargé de déterminer la peine de l'accusé. Un nouveau juge a été désigné le jour suivant. Le 27 juin, devant le nouveau juge, l'avocat de la défense a demandé que l'affaire soit ajournée au 11 juillet. À cette date, l'affaire a été reportée au 24 septembre pour examen d'une requête de la défense demandant l'arrêt des procédures. Le 24 septembre, le nouveau juge a accueilli la requête, statuant qu'un délai de 17 mois pour la détermination de la peine violait l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public. Le présent pourvoi soulève les mêmes questions que l'affaire *R. c. MacDougall*, dans laquelle jugement est rendu en même temps que dans le présent pourvoi.

Held: The appeal should be allowed and the case remitted to the trial court for sentencing.

For the reasons expressed in *MacDougall*, the s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time extends to sentencing. However, the accused's s. 11(*b*) right was not violated in this case as the 17-month sentencing delay was not unreasonable. The courts below mischaracterized the delay relating to the trial judge's illness by wrongly considering it attributable to the Crown. The Crown only bears responsibility for the one-month period between the trial judge's resignation and the request for the assignment of a new judge. The accused is responsible for the three-week delay resulting from his request for an adjournment. The remaining months of the delay are attributable to the inherent time requirements of the case, including the 10 months of delay relating to the trial judge's illness. Delay related to judicial illness which takes places in the period before it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed is inherent delay and is not counted against the Crown. The delay of one month attributable to the Crown is not egregious and the evidence does not suggest that it prejudiced the accused.

Cases Cited

Referred to: *R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45, rev'g (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 193; *R. v. Bosley* (1992), 59 O.A.C. 161.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(*b*).

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division, [1997] P.E.I.J. No. 12 (QL), dismissing the Crown's appeal from an order of FitzGerald Prov. Ct. J. staying proceedings against the accused. Appeal allowed.

Valerie A. Moore, for the appellant.

W. Kent Brown, *Q.C.*, and *Thane A. MacEachern*, for the respondent.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour détermination de la peine.

Pour les motifs exposés dans *MacDougall*, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable s'étend à la détermination de la peine. Toutefois, dans le présent cas, le droit accordé à l'accusé par l'al. 11*b*) n'a pas été violé, étant donné que le délai de 17 mois pour la détermination de la peine n'était pas déraisonnable. Les juridictions inférieures ont mal qualifié le délai lié à la maladie du juge du procès, le reprochant à tort au ministère public. Le ministère public n'est responsable que pour la période d'un mois qui s'est écoulée entre la démission du juge du procès et la demande de désignation d'un autre juge. L'accusé est responsable du délai de trois semaines résultant de sa demande d'ajournement. Les mois restants, y compris les 10 mois liés à la maladie du juge du procès, sont des délais inhérents à l'affaire. Le délai lié à la maladie d'un juge qui survient avant qu'il soit devenu raisonnable pour le ministère public de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire est un délai inhérent à l'affaire et il n'est pas reproché au ministère public. Le délai d'un mois attribuable au ministère public n'est pas énorme, et rien dans la preuve ne tend à indiquer qu'il a causé un préjudice à l'accusé.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45, inf. (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 193; *R. c. Bosley* (1992), 59 O.A.C. 161.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*b*).

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, section d'appel, [1997] P.E.I.J. No. 12 (QL), qui a rejeté l'appel formé par le ministère public contre l'ordonnance d'arrêt des procédures prononcée par le juge FitzGerald de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Valerie A. Moore, pour l'appelante.

W. Kent Brown, *c.r.*, et *Thane A. MacEachern*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

1 This appeal raises the same issues as *R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45: (1) whether the right to be tried within a reasonable time under s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* includes the right to be sentenced within a reasonable time, and (2) the proper characterization of delay related to judicial illness under s. 11(*b*). As in *MacDougall*, the sentencing delay that occurred in this case was primarily due to the prolonged illness of the trial judge. For the reasons I expressed in *MacDougall*, I am of the opinion that the s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time extends to sentencing. However, in this case, as in *MacDougall*. I am of the view that the delay that occurred was not unreasonable and would allow the appeal and remit the case to the trial court for sentencing.

II. Facts

2 On April 19, 1995, Gallant was charged with breaking and entering. He was also charged with 10 other summary conviction offences, which are not at issue in this appeal. Gallant appeared before Plamondon Prov. Ct. J. on April 24, 1995, and pleaded guilty to all charges. The matter was adjourned to June 12, 1995, to allow for the preparation of a pre-sentence report. The June 12, 1995, hearing was subsequently adjourned to July 10, 1995, due to the illness of the trial judge. On July 10, 1995, the case was adjourned indefinitely due to the illness of Plamondon Prov. Ct. J. Judge Plamondon resigned on April 15, 1996.

3 On May 21, 1996, Crown counsel wrote to Chief Provincial Court Judge Thompson, request-

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève les mêmes questions que l'affaire *R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45: (1) Est-ce que le droit de tout inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* inclut le droit pour celui-ci de voir sa peine être prononcée dans un délai raisonnable? (2) Comment doit être qualifié, pour l'application de l'al. 11*b*), le délai lié à la maladie du juge? Comme dans *MacDougall*, le délai dans lequel la peine a été prononcée en l'espèce correspond principalement à la maladie prolongée du juge du procès. Pour les motifs que j'ai exposés dans cet arrêt, je suis d'avis que le droit accordé par l'al. 11*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable s'étend à la détermination de la peine. Toutefois, dans le présent cas, tout comme dans *MacDougall*, je suis d'avis de déclarer que le délai en cause n'était pas déraisonnable, d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour détermination de la peine.

II. Les faits

Le 19 avril 1995, Gallant a été accusé d'introduction par effraction. Il a aussi été accusé de 10 autres infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Gallant a comparu devant le juge Plamondon de la Cour provinciale le 24 avril 1995 et il a plaidé coupable relativement à toutes les accusations. L'affaire a été ajournée au 12 juin 1995 pour permettre la préparation d'un rapport présentenciel. Le 12 juin 1995, l'audience a été à nouveau ajournée, au 10 juillet 1995 cette fois-là, en raison de la maladie du juge du procès. Le 10 juillet 1995, l'affaire a été ajournée indéfiniment pour la même raison. Le juge Plamondon a démissionné de sa charge le 15 avril 1996.

Le 21 mai 1996, le substitut du procureur général a écrit au juge en chef Thompson de la Cour

ing that a judge be assigned to sentence Gallant. FitzGerald Prov. Ct. J. was assigned on May 22, 1996. At his first appearance before the new judge on June 27, 1996, Gallant's counsel requested an adjournment to July 11, 1996. On July 11, 1996, the matter was adjourned to September 24, 1996, for a defence motion to have the charges stayed. On September 24, 1996, FitzGerald Prov. Ct. J. granted Gallant's motion for a stay of proceedings based on a s. 11(*b*) *Charter* violation because of the delay in sentencing. The Crown's appeal to the P.E.I. Court of Appeal was dismissed, and the Crown appeals to this Court by leave granted July 3, 1997, [1997] 2 S.C.R. xiv.

III. Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

(*a*) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;

(*b*) to be tried within a reasonable time;

(*c*) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

(*e*) not to be denied reasonable bail without just cause;

(*f*) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

(*g*) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

(*h*) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished

provinciale et lui a demandé de charger un autre juge de déterminer la peine de Gallant. Cette tâche a été assignée au juge FitzGerald le 22 mai 1996. À sa première comparution devant le nouveau juge, le 27 juin 1996, l'avocat de Gallant a demandé un ajournement au 11 juillet 1996. À cette date, l'affaire a été reportée au 24 septembre 1996 pour examen d'une requête de la défense demandant l'arrêt des procédures. Le 24 septembre 1996, le juge FitzGerald a accueilli la requête de Gallant qui invoquait la violation de l'al. 11*b*) de la *Charte* en raison du délai de détermination de la peine. Le ministère public a été débouté de son appel par la Cour d'appel de l'Î.-P.-É., puis autorisé, le 3 juillet 1997, à se pourvoir devant notre Cour, [1997] 2 R.C.S. xiv.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre

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.

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.

IV. Judgments Below

A. *Prince Edward Island Provincial Court*

5 FitzGerald Prov. Ct. J. heard the applications for stays of proceedings in this case and in *MacDougall* together, and provided one set of reasons for the two cases. He concluded that a trial, as considered under s. 11(*b*), "includes all of the various phases of a trial including the sentencing process". In his view, though "it is more important . . . for the fact-finding aspect of a trial to proceed expeditiously than it is for the sentencing aspect of a trial to proceed expeditiously", s. 11(*b*) applies to both stages. FitzGerald Prov. Ct. J. found that the sentencing delay in both cases violated s. 11(*b*) as the delay was mainly attributable to the Crown's failure to take steps to have the cases reassigned once the first judge became indefinitely unavailable. He ordered a stay in each case as a remedy for the violations.

B. *Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division*, [1997] P.E.I.J. No. 12 (QL)

6 The Prince Edward Island Court of Appeal, *per* Mitchell J.A., dismissed the Crown's appeal. Relying on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Bosley* (1992), 59 O.A.C. 161, Mitchell J.A. concluded that s. 11(*b*) includes the right to be sentenced within a reasonable time. In his view, s. 11(*b*) was violated both in this case and in *MacDougall*, and FitzGerald Prov. Ct. J. was correct in granting stays.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Le juge FitzGerald a entendu conjointement les demandes d'arrêt des procédures présentées en l'espèce et dans *MacDougall*, et il a exposé des motifs applicables aux deux affaires. Il a conclu que, pour l'application de l'al. 11*b*), le mot procès [TRADUCTION] «s'entend des diverses étapes du procès, y compris la détermination de la peine». À son avis, bien qu'[TRADUCTION] «il soit plus important [. . .] que la partie du procès consacrée à l'appréciation des faits se déroule rapidement que ce n'est le cas pour la partie qui est consacrée à la détermination de la peine», l'al. 11*b*) s'applique à ces deux étapes. Le juge FitzGerald a conclu que, dans les deux affaires, le délai de détermination de la peine avait porté atteinte à l'al. 11*b*) puisqu'il était principalement imputable à l'omission du ministère public de prendre les mesures nécessaires pour que les dossiers soient confiés à un nouveau juge lorsque le premier juge est devenu absent pour une période indéfinie. Dans les deux cas, le juge FitzGerald a ordonné l'arrêt des procédures à titre de réparation pour l'atteinte.

B. *Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, section d'appel*, [1997] P.E.I.J. No. 12 (QL)

La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, motifs du juge Mitchell, a rejeté l'appel du ministère public. S'appuyant sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Bosley* (1992), 59 O.A.C. 161, le juge Mitchell a conclu que l'al. 11*b*) inclut le droit pour tout inculpé de voir sa peine être prononcée dans un délai raisonnable. À son avis, il avait été porté atteinte à l'al. 11*b*) dans le présent cas et dans *MacDougall*, et le juge FitzGerald avait eu raison d'accorder l'arrêt des procédures.

V. Issues

(1) Does the s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time apply to sentencing?

(2) When does delay in sentencing related to a judge's illness violate s. 11(*b*)?

VI. Analysis

The first issue in this appeal and in *MacDougall* is whether the s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time includes the right to be sentenced within a reasonable time. In *MacDougall*, I concluded that it does. I reached this conclusion based on the wording of s. 11(*b*) and the interests — both those of accused persons and those of society — the section is meant to protect.

The second issue in this appeal and in *MacDougall* is how delay related to judicial illness should be characterized for the purposes of s. 11(*b*). Where the trial judge falls ill and is expected to return, the Crown must balance two competing factors: (1) the need to proceed with the utmost care and caution when considering the removal of a judge seized with a case in order to protect judicial independence and fairness to the accused, and (2) the need to protect the accused's s. 11(*b*) rights and prevent undue prejudice to the accused. In light of the balancing which the Crown must undertake, delay related to a judge's illness can be characterized as inherent delay, Crown delay, or systemic delay, depending on the circumstances of the case. Delay related to judicial illness which takes places in the period before it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed is inherent delay and is not counted against the Crown. Delay which occurs after the point when it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed is Crown delay. Delay in replacing a judge which transpires after the point when it is reasonable for the Crown to apply to have the judge removed due to lack of judicial resources is institutional or systemic delay, counting against

V. Les questions en litige

(1) Le droit garanti par l'al. 11*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable s'applique-t-il à la détermination de la peine? 7

(2) Dans quelles circonstances le délai de détermination de la peine lié à la maladie du juge viole-t-il l'al. 11*b*)?

VI. L'analyse

La première question en litige dans le présent pourvoi et dans l'affaire *MacDougall* est de savoir si le droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti à tout inculpé par l'al. 11*b*) comprend le droit pour celui-ci de voir sa peine être prononcée dans un délai raisonnable. Dans *MacDougall*, j'ai conclu que oui. Je suis arrivée à cette conclusion en me fondant sur le texte de l'al. 11*b*) et sur les intérêts — tant ceux des accusés que ceux de la société — que cette disposition vise à protéger. 8

La seconde question en litige dans le présent pourvoi et dans l'affaire *MacDougall* est de savoir comment doit être qualifié le délai lié à la maladie du juge pour l'application de l'al. 11*b*). Lorsque le juge du procès tombe malade mais qu'on s'attend à ce qu'il reprenne ses fonctions, le ministère public doit mettre en balance deux intérêts opposés: (1) la nécessité d'agir avec un soin et une prudence extrêmes avant de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire, afin de préserver l'indépendance judiciaire et l'équité envers l'accusé; (2) la nécessité de protéger les droits garantis à l'accusé par l'al. 11*b*) et d'empêcher qu'il ne subisse un préjudice indu. Compte tenu de la mise en balance que doit faire le ministère public, le délai lié à la maladie du juge peut, selon les circonstances de l'affaire, être qualifié soit de délai inhérent, soit de délai du ministère public ou encore de délai systémique. Le délai lié à la maladie d'un juge qui survient avant qu'il soit devenu raisonnable pour le ministère public de demander que le juge soit dessaisi de l'affaire est un délai inhérent et n'est pas reproché au ministère public. En revanche, le délai qui dépasse ce point est un délai reproché au ministère public. Le temps mis à remplacer le juge après le moment où il est devenu raisonnable pour 9

the Crown if the lack of resources is unreasonable having regard to the particular pressures on the court system at issue.

le ministère public de demander que ce dernier soit dessaisi de l'affaire pour cause de pénurie de ressources judiciaires est un délai institutionnel ou systémique reproché au ministère public, si le manque de ressources est déraisonnable eu égard aux contraintes particulières auxquelles est soumis le tribunal en cause.

10 Given that s. 11(*b*) includes the right to be sentenced within a reasonable time and taking into account the appropriate manner in which to characterize delay related to judicial illness, it remains to be considered whether there was a s. 11(*b*) violation in this case.

Compte tenu du fait que l'al. 11*b*) inclut le droit pour tout inculpé de voir sa peine être prononcée dans un délai raisonnable et de la façon dont doit être qualifié le délai lié à la maladie du juge, il reste à déterminer s'il a été porté atteinte à l'al. 11*b*) en l'espèce.

11 The total delay between the charge and the hearing of Gallant's s. 11(*b*) motion of approximately 17 and a half months, was excessive and meets the threshold test requiring courts below to examine whether the delay was unreasonable under s. 11(*b*). In my view, however, the courts below proceeded on the wrong principles by mischaracterizing the delay relating to Judge Plamondon's illness and wrongly considering it attributable to the Crown.

Le délai total entre le dépôt de l'accusation et l'audition de la requête de Gallant fondée sur l'al. 11*b*), soit environ 17 mois et demi, était excessif et satisfait au critère préliminaire suivant lequel les juridictions inférieures étaient tenues de se demander s'il était déraisonnable au sens de l'al. 11*b*). À mon avis, toutefois, ces tribunaux n'ont pas appliqué les bons principes et ils ont mal qualifié le délai lié à la maladie du juge Plamondon, le reprochant à tort au ministère public.

12 There is little dispute about the characterization of the delays other than those related to Judge Plamondon's illness. For the record, I will briefly review them. Gallant was charged on April 19, 1995, and first appeared a week later, at which time he pleaded guilty. The case was adjourned to June 12, 1995, for sentencing and for the preparation of a pre-sentence report. The period from April 19, 1995, to June 12, 1995, is attributable to the inherent time requirements of the case. Similarly, the period between the assignment of FitzGerald Prov. Ct. J. on May 22, 1996, and Gallant's first appearance before the new judge on June 27, 1996, as well as the period from July 11, 1996, to the hearing of the s. 11(*b*) motion on September 24, 1996, are attributable to the inherent time requirements of the case. The two-week adjournment from June 27, 1996, to July 11, 1996, was requested by Gallant's counsel. Therefore, it must be considered as waived, and cannot be used in support of the claim that a s. 11(*b*) violation has occurred. On June 12, 1995, the case was adjourned for one month due to the trial judge's

La qualification des divers délais est peu contestée sauf en ce qui concerne celui lié à la maladie du juge Plamondon. Par souci de précision, je vais les rappeler brièvement. Gallant a été accusé le 19 avril 1995 et, à sa première comparution, une semaine plus tard, il a plaidé coupable. L'affaire a été ajournée au 12 juin 1995 en vue de la détermination de la peine et pour permettre la préparation d'un rapport présentenciel. La période du 19 avril 1995 au 12 juin 1995 est attribuable aux délais inhérents à l'affaire. De même, la période entre la désignation du juge FitzGerald le 22 mai 1996 et la première comparution de Gallant devant celui-ci le 27 juin 1996, de même que la période du 11 juillet 1996 jusqu'à l'audition, le 24 septembre 1996, de la requête fondée sur l'al. 11*b*), sont attribuables aux délais inhérents à l'affaire. Les deux semaines d'ajournement, soit du 27 juin 1996 au 11 juillet 1996, ont été demandées par l'avocat de Gallant. Elles doivent donc être considérées comme ayant été acceptées et ne peuvent être invoquées au soutien de la prétention qu'il y a eu violation de l'al. 11*b*). Le 12 juin 1995, l'affaire a été ajournée pour

illness. A further, indefinite, adjournment occurred on July 10, 1995. The case was not assigned to a new judge until May 22, 1996. The period between Judge Plamondon's resignation on April 15, 1996, and the request for the assignment of a new judge on May 21, 1996, is delay attributable to the Crown.

un mois en raison de la maladie du juge. Un autre ajournement, pour une période indéfinie, est survenu le 10 juillet 1995. Le dossier n'a été confié à un nouveau juge que le 22 mai 1996. La période qui s'est écoulée entre la démission du juge Plamondon le 15 avril 1996 et la demande de désignation d'un autre juge le 21 mai 1996 est un délai attribuable au ministère public.

As discussed in *MacDougall*, the contentious 10-month delay between the first adjournment on account of Judge Plamondon's illness on June 12, 1995, and Judge Plamondon's resignation on April 15, 1996, did not result from unreasonable Crown conduct and did not constitute unreasonable systemic delay.

13 Pour les motifs exposés dans *MacDougall*, le délai litigieux de 10 mois entre le premier ajournement imputable à la maladie du juge Plamondon le 12 juin 1995 et la démission de ce dernier le 15 avril 1996 ne découle pas d'une conduite déraisonnable de la part du ministère public et ne constitue pas un délai systémique déraisonnable.

When Judge Plamondon fell ill, the expectation was that he would soon return to his judicial duties. On the justifiable assumption that Judge Plamondon would return, the Crown proceeded in accordance with the general rule that an accused should be sentenced by the judge who took the plea or presided at the conviction phase of the trial. The Crown was required to proceed cautiously in moving to replace Judge Plamondon. Against this I balance the right of the accused to be tried within a reasonable time and ask whether the circumstances required departure from the usual rule that the judge seized of the case retains jurisdiction over it until its conclusion. The Crown had no information suggesting that Judge Plamondon would not be returning, nor that his absence would be unduly lengthy. It became apparent that he would not return only upon the announcement of his retirement. The delay in question was 10 months long. However, it occurred in the post-conviction phase of proceedings when the interests engaged by s. 11(*b*) were more attenuated, in the circumstances, than in the pre-conviction phase. Furthermore, there was no indication that the delay would cause the accused any significant prejudice. In these circumstances, I cannot conclude that the Crown erred in not moving prior to Judge

14 Lorsque le juge Plamondon est tombé malade, on s'attendait à ce qu'il reprenne ses fonctions à court terme. Présumant, comme il était justifié de le faire, que le juge Plamondon reprendrait ses fonctions, le ministère public a agi conformément à la règle générale selon laquelle l'accusé doit voir sa peine être prononcée par le juge qui a reçu son plaidoyer de culpabilité ou qui présidait le procès à l'étape de la déclaration de culpabilité. Le ministère public devait agir prudemment quant au remplacement du juge Plamondon. Je soupèse ce facteur par rapport au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable pour déterminer si les circonstances commandaient que l'on déroge à la règle habituelle qui veut que le juge saisi d'une affaire conserve sa compétence jusqu'à la fin. Le ministère public ne disposait d'aucune information tendant à indiquer que le juge Plamondon ne reprendrait pas ses fonctions, ni que son absence serait indûment longue. Ce n'est qu'à l'annonce de son départ à la retraite qu'il est devenu clair qu'il ne reviendrait pas. La période en question a duré 10 mois. Cependant, elle est survenue à l'étape des procédures subséquentes à la déclaration de culpabilité, lorsque les intérêts protégés par l'al. 11*b*) revêtaient moins d'importance, dans les circonstances, qu'à l'étape ayant précédé la déclaration de culpabilité. De plus, rien n'indiquait que ce délai causerait un préjudice grave à l'accusé. Dans ces circonstances, je ne peux conclure que le ministère

Plamondon's resignation to remove and replace him. Crown delay is therefore not established.

public a commis une erreur en ne demandant pas, avant la démission du juge Plamondon, que ce dernier soit dessaisi de l'affaire et remplacé. L'existence d'un délai attribuable au ministère public n'a donc pas été établie.

15 Similar considerations resolve the question of whether the failure to replace Judge Plamondon earlier constituted unreasonable systemic delay. The occasional illness of trial judges is an inevitable and unfortunate incident of any system reliant on human endeavour. Delay related to the illness of a trial judge is part of the inherent time requirements of a case where the Crown has acted reasonably and there is no shortage of resources. A case for unreasonable systemic delay would only have arisen in this case if an order to replace Judge Plamondon had been made but been impossible to put into effect because there was no replacement judge available. That was not the case here.

Des considérations similaires permettent de trancher la question de savoir si le fait que le juge Plamondon n'a pas été remplacé plus tôt a constitué un délai systémique déraisonnable. Le fait que les juges qui président des procès soient parfois malades est une situation malheureuse mais par ailleurs inévitable dans tout système dont le fonctionnement est le tributaire de l'activité humaine. Les délais liés à la maladie d'un juge font partie des délais inhérents à une affaire, lorsque le ministère public a agi raisonnablement et qu'il n'y a pas pénurie de ressources. En l'espèce, il n'y aurait eu délai systémique déraisonnable que si une ordonnance intimant le remplacement du juge Plamondon avait été prononcée, mais qu'il aurait été impossible de lui donner effet pour cause d'absence de remplaçant disponible. Ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce.

16 In sum, the delay in this case is attributable as follows: the accused bears responsibility for two weeks of the delay. The Crown bears responsibility for one month of the delay. Approximately six of the months are attributable to the inherent time requirements of the case. The final 10 months due to the illness of Judge Plamondon cannot be considered as Crown delay or unreasonable systemic delay but as an inherent time requirement of the case. Neither the Crown nor the system operated unreasonably in not removing Judge Plamondon bearing in mind the exceptional nature of such action. This leaves a net Crown delay of approximately one month. This delay is not egregious nor does the evidence suggest that the delay prejudiced Gallant. There is thus no evidence capable of justifying a claim under s. 11(*b*) of the *Charter*.

En résumé, la responsabilité du délai en l'espèce doit être répartie ainsi: l'accusé est responsable de deux semaines et le ministère public d'un mois. Environ six mois sont attribuables aux délais inhérents à l'affaire. Les 10 derniers mois imputables à la maladie du juge Plamondon ne peuvent être considérés comme un délai attribuable au ministère public ou un délai systémique déraisonnable, mais constituent plutôt un délai inhérent à l'affaire. Ni le ministère public ni le système n'ont agi de façon déraisonnable en ne dessaisissant pas le juge Plamondon, compte tenu de la nature exceptionnelle d'une telle mesure. Cela laisse un délai net d'environ un mois attribuable au ministère public. Ce délai n'est pas énorme et rien dans la preuve ne tend à indiquer qu'il a causé un préjudice à Gallant. Il n'y a donc aucune preuve pouvant justifier une demande fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte*.

I conclude that Gallant's claim of unreasonable delay in breach of s. 11(*b*) of the *Charter* should be dismissed.

VII. Conclusion

I would allow the appeal and remand the case to the Prince Edward Island Provincial Court for sentencing.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Crown Attorney's Office, Charlottetown.

Solicitor for the respondent: Prince Edward Island Legal Aid, Charlottetown.

J'arrive à la conclusion que la prétention de Gallant qu'il y a eu délai déraisonnable portant atteinte à l'al. 11*b*) de la *Charte* doit être rejetée. 17

VII. Le dispositif

Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer l'affaire à la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard pour détermination de la peine. 18

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Crown Attorney's Office, Charlottetown.

Procureur de l'intimé: Prince Edward Island Legal Aid, Charlottetown.

Dancorp Developments Ltd. *Appellant*

v.

Metropolitan Trust Company of Canada and Dunwoody Limited *Respondents*

and

Degelder Construction Co. Ltd. *Respondent*

and

Seaboard Life Insurance Company *Respondent*

and

Mike Degelder and William Little *(Defendants by Counterclaim)*

and

Metropolitan Trust Company of Canada, Owen Bird, Seaboard Life Insurance Company, Co-operators Life Insurance Company, Confederation Life Insurance Company and Dunwoody Limited *Respondents*

INDEXED AS: DEGELDER CONSTRUCTION CO. *v.* DANCORP DEVELOPMENTS LTD.

File No.: 25355.

1998: March 23; 1998: October 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Criminal interest rate — Criminal Code defining criminal interest rate as effective annual rate of interest exceeding 60 percent of credit advanced under agreement or arrangement — Developer receiving mortgage loan from trust company to finance completion of construction project — Debt to be repaid after 11 months but not in fact repaid for more than three

Dancorp Developments Ltd. *Appelante*

c.

Société de Fiducie Métropolitaine du Canada et Dunwoody Limited *Intimées*

et

Degelder Construction Co. Ltd. *Intimée*

et

Seaboard Life Insurance Company *Intimée*

et

Mike Degelder et William Little *(Défendeurs reconventionnels)*

et

Société de Fiducie Métropolitaine du Canada, Owen Bird, Seaboard Life Insurance Company, Co-operators, Compagnie d'assurance-vie, La Confédération, Compagnie d'assurance-vie, et Dunwoody Limited *Intimés*

RÉPERTORIÉ: DEGELDER CONSTRUCTION CO. *c.* DANCORP DEVELOPMENTS LTD.

N° du greffe: 25355.

1998: 23 mars; 1998: 30 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Taux d'intérêt criminel — Code criminel définissant le taux d'intérêt criminel comme tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté, qui dépasse 60 pour 100 — Promoteur obtenant un prêt hypothécaire d'une société de fiducie pour financer la réalisation d'un projet de construction — Dette devant être remboursée après 11 mois mais ne l'ayant été, en

years — Whether effective annual rate of interest should be calculated on basis of contractual term of loan or period during which credit was actually outstanding — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347(1)(b).

The appellant obtained a mortgage loan from the respondent trust company to finance the completion of a construction project. The loan agreement required the appellant to pay substantial fees and bonuses in addition to a conventional interest rate. The term of the agreement was for 11 months, but the loan was not in fact repaid for more than three years. The appellant subsequently challenged the validity of the loan, claiming the trust company had received payments of interest at a criminal rate, contrary to s. 347(1)(*b*) of the *Criminal Code*. Under s. 347(2), "criminal rate" is defined as an effective annual rate of interest that exceeds 60 percent on the credit advanced under an agreement or arrangement, and "interest" is defined as "the aggregate of all charges and expenses . . . paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement". In support of its contention, the appellant filed a certificate stating that the bonuses, fees and interest received under the mortgage loan produced an effective rate of interest exceeding 75 percent per annum. These calculations assumed a hypothetical repayment of the entire debt on December 31, 1990, as contemplated in the loan agreement. The trust company submitted evidence establishing that when interest was calculated over the period during which credit was actually outstanding, the effective rate fell below 20 percent per annum. The appellant's claim was dismissed following a summary trial. The Court of Appeal affirmed that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 347 of the *Criminal Code* defines two offences: s. 347(1)(*a*) makes it illegal to enter into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, while s. 347(1)(*b*) makes it illegal to receive a payment or partial payment of interest at a criminal rate. The claim in this appeal relates exclusively to s. 347(1)(*b*). Section 347(1)(*a*) should be narrowly construed. That offence is complete upon the formation of an agreement or arrangement for credit, and provable by its terms. Section 347(1)(*a*) is violated if a credit agreement expressly imposes an annual rate of interest above 60 percent, or if the agreement requires payment of interest charges over a period which necessarily gives rise to an annual rate exceeding the legal limit. Section 347(1)(*b*) should be broadly construed. A payment of

fait, qu'après plus de trois ans — Le taux d'intérêt annuel effectif devrait-il être calculé en fonction de la durée du prêt prévue au contrat ou en fonction de la période durant laquelle le prêt était réellement en cours? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347(1)b).

L'appelante a obtenu un prêt hypothécaire de la société de fiducie intimée pour financer la réalisation d'un projet de construction. Le contrat de prêt obligeait l'appelante à payer des frais et primes élevés en plus d'un taux d'intérêt conventionnel. La durée du contrat était de 11 mois, mais, en fait, plus de trois années se sont écoulées avant que le prêt soit remboursé. L'appelante a par la suite contesté la validité du prêt en alléguant que la société de fiducie avait perçu des intérêts à un taux criminel, contrairement à l'al. 347(1)*b*) du *Code criminel*. Aux termes du par. 347(2), un «taux criminel» est un taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté, qui dépasse 60 pour 100, et un «intérêt» est «[l]'ensemble des frais de tous genres [. . .] qui sont payés ou payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter». À l'appui de son argument, l'appelante a déposé une attestation que les primes, frais et intérêts perçus en vertu du prêt hypothécaire représentaient un taux d'intérêt effectif supérieur à 75 pour 100 par année. Ces calculs étaient basés sur la supposition que le montant intégral de la dette serait remboursé le 31 décembre 1990, comme le prévoyait le contrat de prêt. La société de fiducie a soumis en preuve que le taux effectif tombait à moins de 20 pour 100 par année lorsque l'intérêt était calculé en fonction de la période durant laquelle le prêt avait réellement été en cours. L'action de l'appelante a été rejetée au terme d'un procès sommaire. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Deux infractions sont définies à l'art. 347 du *Code criminel*: l'al. 347(1)*a*) prévoit qu'il est illégal de conclure une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel, alors que l'al. 347(1)*b*) prévoit qu'il est illégal de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. Le présent pourvoi porte exclusivement sur l'al. 347(1)*b*). L'alinéa 347(1)*a*) devrait recevoir une interprétation stricte. L'infraction est complète dès la conclusion d'une convention ou d'une entente de prêt, et elle est prouvable au moyen des clauses qui y sont contenues. Il y a violation de l'al. 347(1)*a*) si un contrat de prêt impose expressément un taux d'intérêt annuel supérieur à 60 pour 100 ou exige le paiement de frais d'intérêt pendant une période qui entraîne nécessairement un taux annuel supérieur à la

interest may be illegal under s. 347(1)(*b*) even if the loan agreement under which it is made did not itself violate s. 347(1)(*a*) at the time it was entered into. The relevant time frame for calculating the interest rate at this stage in the analysis is the period over which credit is actually repaid. While in some cases this interpretation will require a wait-and-see approach to determining the lender's liability, a lender who enters into an agreement to receive interest under ambiguous terms bears the risk that the agreement, in its operation, may in fact give rise to a violation of s. 347. Moreover, the principle established in *Nelson*, that a transaction which is legal when entered into cannot become illegal under s. 347 through a voluntary act of the debtor, protects the lender from incurring such liability in circumstances that are beyond its control.

Assuming that the amounts deducted by the trust company from its loan advances to the appellant were in fact payments of interest within the meaning of s. 347(1)(*b*), the interest rate arising from them would exceed the criminal limit only if calculated over the contractual term of the loan, and not when based on the actual period of repayment. When calculated over the appropriate period, which is the more than three years during which credit was actually outstanding, the interest payments received by the trust company from the appellant do not constitute interest at a criminal rate. The voluntariness principle enunciated in *Nelson* has no application here.

Cases Cited

Considered: *Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139, aff'd [1986] 1 S.C.R. 749; **referred to:** *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545; *Aectra Refining & Marketing Inc. v. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146; *R. v. Duzan* (1993), 79 C.C.C. (3d) 552.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305.1].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 21 B.C.L.R. (3d) 112,

limite légale. L'alinéa 347(1)*b*) devrait être interprété de façon libérale. Un paiement d'intérêts peut être illégal en vertu de l'al. 347(1)*b*) même si le contrat de prêt en vertu duquel il est fait ne violait pas lui-même l'al. 347(1)*a*) au moment de sa conclusion. La période pertinente pour calculer le taux d'intérêt à ce stade de l'analyse est la période pendant laquelle le prêt est réellement remboursé. Même si, dans certains cas, cette interprétation exigera qu'on adopte une attitude attentiste pour décider de la responsabilité du prêteur, un prêteur qui conclut une convention pour percevoir des intérêts à des conditions ambiguës court le risque que la convention entraîne, en fait, dans son application une violation de l'art. 347. De plus, le principe de l'arrêt *Nelson*, selon lequel une opération qui était légale au moment où elle a été conclue ne peut pas devenir illégale, en vertu de l'art. 347, en raison d'un acte volontaire du débiteur, soustrait le prêteur à une telle responsabilité dans des circonstances sur lesquelles il n'a aucun contrôle.

En supposant que les montants que la société de fiducie a déduits des sommes qu'elle a avancées à l'appelante équivalaient en réalité à des intérêts perçus au sens de l'al. 347(1)*b*), le taux d'intérêt résultant de ces montants perçus ne dépasserait le seuil criminel que s'il était calculé en fonction de la durée du prêt prévue au contrat, et non en fonction de la période réelle de remboursement. Si on les calcule en fonction de la période pertinente, qui est la période de plus de trois ans durant laquelle le prêt était réellement en cours, les intérêts que l'appelante a payés à la société de fiducie ne constituent pas des intérêts à un taux criminel. Le principe du caractère volontaire énoncé dans l'arrêt *Nelson* ne s'applique pas en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139, conf. par [1986] 1 R.C.S. 749; **arrêts mentionnés:** *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545; *Aectra Refining & Marketing Inc. c. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146; *R. c. Duzan* (1993), 79 C.C.C. (3d) 552.

Lois et règlements

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 305.1].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 21 B.C.L.R. (3d)

73 B.C.A.C. 45, 120 W.A.C. 45, [1996] B.C.J. No. 621 (QL), affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1994), 16 B.L.R. (2d) 188, [1994] B.C.J. No. 2051 (QL), dismissing the appellant's claim. Appeal dismissed.

Gary A. Nelson, for the appellant.

William C. Kaplan and *Francis L. Lamer*, for the respondent Metropolitan Trust Company of Canada.

Robert Sewell, for the respondents Seaboard Life Insurance Company, Co-operators Life Insurance Company and Confederation Life Insurance Company.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — This appeal accompanies *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112, and raises the interpretation of the "Criminal Interest Rate" provision in s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

The appellant obtained a mortgage loan from the respondent Metropolitan Trust Company of Canada ("Metropolitan") to finance the completion of a construction project. The loan agreement required the appellant to pay substantial fees and bonuses in addition to a conventional interest rate. The term of the agreement was for 11 months, but the loan was not in fact repaid for more than three years.

The appellant subsequently challenged the validity of the loan, claiming the respondent had received payments of interest at a criminal rate, contrary to s. 347(1)(*b*) of the *Code*. The issue is whether the effective annual rate of interest arising from the payments should be calculated on the

112, 73 B.C.A.C. 45, 120 W.A.C. 45, [1996] B.C.J. No. 621 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 16 B.L.R. (2d) 188, [1994] B.C.J. No. 2051 (QL), qui avait rejeté l'action de l'appelante. Pourvoi rejeté.

Gary A. Nelson, pour l'appelante.

William C. Kaplan et *Francis L. Lamer*, pour l'intimée la Société de Fiducie Métropolitaine du Canada.

Robert Sewell, pour les intimées Seaboard Life Insurance Company, Co-operators, Compagnie d'assurance-vie, et La Confédération, Compagnie d'assurance-vie.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi, qui est connexe au pourvoi *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112, concerne l'interprétation de la disposition relative au taux d'intérêt criminel, contenue à l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. 1

L'intimée, la Société de Fiducie Métropolitaine du Canada («La Métropolitaine»), a consenti un prêt hypothécaire à l'appelante pour financer la réalisation d'un projet de construction. Le contrat de prêt obligeait l'appelante à payer des frais et primes élevés en plus d'un taux d'intérêt conventionnel. La durée du contrat était de 11 mois, mais, en fait, plus de trois années se sont écoulées avant que le prêt soit remboursé. 2

L'appelante a, par la suite, contesté la validité du prêt en alléguant que l'intimée avait perçu des intérêts à un taux criminel, contrairement à l'al. 347(1)*b*) du *Code*. La question en litige est de savoir si le taux d'intérêt annuel effectif résultant des paiements devrait être calculé en fonction de la 3

basis of the contractual term of the loan, or the period during which credit was actually outstanding.

I. Factual Background

4 The appellant, Dancorp Developments Ltd. ("Dancorp"), owned and developed a condominium project in Coquitlam, British Columbia. The project was initially financed by a mortgage obtained from Metropolitan for $16,689,000. On the date of that agreement, May 1, 1989, virtually all of the condominium units had been presold to offshore buyers. The presale contracts stipulated that construction would be completed, and title transferred to the purchasers, by December 31, 1990.

5 Construction began in mid-1989 to be finished by October 20, 1990. During the summer of 1989, a design defect was discovered which required the partially completed project to be demolished and rebuilt. This setback increased construction costs and forced Dancorp to seek additional financing. Metropolitan initially refused to provide the extra money, particularly in light of the increased risk that the project would not be completed by the deadline contained in the presale agreements. Dancorp did not obtain alternative financing from other sources.

6 On January 10, 1990, following lengthy negotiations, Metropolitan agreed to provide the additional funds to Dancorp to cover remedial costs and the completion of the project. The agreement between the parties contained the following terms:

(1) Metropolitan agreed to advance up to $2.5 million to Dancorp. Dancorp was entitled to draw down all, some or none of those funds, according to its needs.

(2) The $2.5 million loan was secured by a second mortgage with a face value of $3.25 million. The difference between the two

durée du prêt prévue au contrat ou en fonction de la période durant laquelle le prêt était réellement en cours.

I. Les faits

L'appelante, Dancorp Developments Ltd. («Dancorp»), était propriétaire et promoteur-constructeur d'un ensemble d'habitations en copropriété situé à Coquitlam (Colombie-Britannique). La Métropolitaine, lui a consenti au départ un prêt hypothécaire de 16 689 000 $ pour financer les travaux de construction. À la date de la signature de ce contrat de prêt, le 1er mai 1989, presque tous les condominiums avaient été vendus d'avance à des acquéreurs étrangers. Les contrats de prévente stipulaient qu'il y aurait achèvement des travaux et cession du titre de propriété aux acquéreurs dès le 31 décembre 1990.

Les travaux de construction ont commencé vers le milieu de 1989 et ont pris fin le 20 octobre 1990. Pendant l'été de 1989, un vice de conception a été découvert et l'immeuble partiellement construit a dû être démoli et reconstruit. Ce contretemps a eu pour effet d'augmenter les coûts de construction et de contraindre Dancorp à solliciter un financement supplémentaire. La Métropolitaine a d'abord refusé de lui fournir des fonds additionnels, notamment à cause du risque accru que les travaux ne soient pas terminés à la date prévue dans les contrats de prévente. Dancorp n'a pas trouvé d'autres sources de financement.

Le 10 janvier 1990, au terme de longues négociations, La Métropolitaine a accepté de fournir à Dancorp les fonds additionnels requis pour payer les frais supplémentaires et mener les travaux à terme. La convention entre les parties contenait les conditions suivantes:

(1) La Métropolitaine consentait à avancer jusqu'à 2,5 millions de dollars à Dancorp. Cette dernière était autorisée à utiliser la totalité ou une partie de ces fonds, ou à ne pas les utiliser du tout, selon ses besoins.

(2) Le prêt de 2,5 millions de dollars était garanti par une deuxième hypothèque d'une valeur nominale de 3,25 millions de dollars.

amounts represented a 30 percent bonus to Metropolitan, to be deducted from the gross amount of each loan advance. That is, for every dollar of principal drawn down by Dancorp, $1.30 of debt would be incurred against the mortgage.

(3) An additional bonus of 5 percent was payable on any principal advanced in excess of $1.55 million, again to be deducted from gross advances.

(4) Interest on all principal advanced was to be calculated at the Bank of Nova Scotia prime rate plus 2 percent per annum, compounded and payable monthly in arrears on the first day of each month.

(5) Dancorp agreed to pay a one-time "placement and processing fee" of $77,500.

(6) Dancorp agreed to pay the fees of Metropolitan's solicitors relating to the mortgage.

(7) The mortgage was repayable in full on December 31, 1990.

Between January 17 and December 10, 1990, Dancorp received loan advances more or less on a monthly basis. Metropolitan deducted interest, bonuses and legal fees from each gross advance. Under the terms of the loan agreement, those amounts were deemed to have been advanced to Dancorp before being deducted, and were included in Dancorp's debt under the mortgage. Dancorp did not, however, make any direct payments to Metropolitan during this period.

On December 27, 1990, for reasons which are not relevant to this appeal, a receiver was appointed by Metropolitan to take over the project, and construction was completed under the receiver's control. Proceeds from the sale of the condominium units were used to pay the debt which had accrued under the second mortgage loan. The first of those payments was received by Metropolitan on April 10, 1992, and the loan was fully repaid on

La différence entre les deux montants représentait une prime de 30 pour 100 payable à La Métropolitaine, qui devait être déduite du montant brut de chaque avance. Autrement dit, chaque dollar avancé à Dancorp entraînerait une créance hypothécaire de 1,30 $.

(3) Une prime supplémentaire de 5 pour 100 était payable à l'égard de chaque dollar avancé au-delà de 1,55 million de dollars. Cette prime devait aussi être déduite des avances brutes.

(4) L'intérêt couru sur le capital prêté devait être calculé au taux préférentiel de la Banque de Nouvelle-Écosse majoré de 2 pour 100 par année, et devait être composé et payable à terme échu le premier jour de chaque mois.

(5) Dancorp consentait à payer des «frais de placement et de traitement» de 77 500 $, calculés une seule fois.

(6) Dancorp acceptait de payer les honoraires des avocats de La Métropolitaine se rapportant à l'hypothèque.

(7) L'hypothèque était remboursable intégralement le 31 décembre 1990.

Entre le 17 janvier et le 10 décembre 1990, Dancorp a touché des avances à peu près chaque mois. La Métropolitaine déduisait les intérêts, les primes et les frais juridiques de chaque avance brute. Aux termes du contrat de prêt, ces montants étaient réputés avoir été avancés à Dancorp avant d'être déduits et étaient inclus dans la dette hypothécaire de Dancorp. Toutefois, Dancorp n'a fait aucun paiement direct à La Métropolitaine au cours de cette période. 7

Le 27 décembre 1990, pour des raisons qui n'ont rien à voir avec le présent pourvoi, un séquestre a été nommé par La Métropolitaine pour prendre en charge le projet, et les travaux de construction ont été achevés sous le contrôle de ce séquestre. Le produit de la vente des condominiums a servi à payer la dette contractée en vertu du deuxième prêt hypothécaire. La Métropolitaine a reçu un premier paiement le 10 avril 1992, et le 8

January 29, 1993, more than two years after the contractual maturity date.

9 Dancorp subsequently challenged the validity of the second mortgage loan, alleging that the amounts which Metropolitan had deducted from the loan advances were illegal interest payments under s. 347(1)(*b*) of the *Criminal Code*. In support of that contention, Dancorp filed a certificate stating the annual rate of interest, by Ian Karp, a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries. Mr. Karp took into account the actual amounts drawn down, and based his calculations on the contractual term of the loan — i.e., he assumed a hypothetical repayment of the entire debt on December 31, 1990, as contemplated in the loan agreement. Based on that assumption, he concluded that the bonuses, fees and interest received under the second mortgage loan produced an effective rate of interest exceeding 75 percent per annum. The respondent submitted evidence establishing that when interest was calculated over the period during which credit was actually outstanding, the effective rate fell below 20 percent per annum. For the purposes of this appeal, those figures are presumed to be accurate.

10 Dancorp's claim under s. 347 of the *Code* was dismissed following a summary trial. The British Columbia Court of Appeal dismissed Dancorp's appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

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

Criminal Interest Rate

347. (1) Notwithstanding any Act of Parliament, every one who

(*a*) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or

(*b*) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,

is guilty of

(*c*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or

prêt a été remboursé intégralement le 29 janvier 1993, soit plus de deux ans après la date d'échéance prévue au contrat.

Dancorp a, par la suite, contesté la validité du deuxième prêt hypothécaire. Selon elle, les montants que La Métropolitaine avait déduits des avances étaient des intérêts à un taux illégal au sens de l'al. 347(1)*b*) du *Code criminel*. À l'appui de cet argument, Dancorp a déposé une attestation du taux d'intérêt annuel préparée par Ian Karp, un *fellow* de l'Institut canadien des actuaires. Monsieur Karp a pris en considération les montants du prêt réellement utilisés et il a basé ses calculs sur la durée du prêt mentionnée au contrat, c'est-à-dire qu'il a supposé que le montant intégral de la dette serait remboursé le 31 décembre 1990, comme le prévoyait le contrat de prêt. Suivant cette hypothèse, il a conclu que les primes, frais et intérêts perçus en vertu du deuxième prêt hypothécaire représentaient un taux d'intérêt effectif supérieur à 75 pour 100 par année. L'intimée a soumis en preuve que le taux effectif tombait à moins de 20 pour 100 par année lorsque l'intérêt était calculé en fonction de la période durant laquelle le prêt avait réellement été en cours. Pour les fins du présent pourvoi, ces chiffres sont présumés exacts.

L'action de Dancorp fondée sur l'art. 347 du *Code* a été rejetée au terme d'un procès sommaire. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de Dancorp.

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

Taux d'intérêt criminel

347. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale, quiconque, selon le cas:

a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;

b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,

est coupable:

c) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

(*d*) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

(2) In this section,

"credit advanced" means the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits actually advanced or to be advanced under an agreement or arrangement minus the aggregate of any required deposit balance and any fee, fine, penalty, commission and other similar charge or expense directly or indirectly incurred under the original or any collateral agreement or arrangement;

"criminal rate" means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

. . .

"interest" means the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement, by or on behalf of the person to whom the credit is or is to be advanced, irrespective of the person to whom any such charges and expenses are or are to be paid or payable, but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

. . .

(3) Where a person receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate, he shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have knowledge of the nature of the payment and that it was received at a criminal rate.

(4) In any proceedings under this section, a certificate of a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries stating that he has calculated the effective annual rate of interest on any credit advanced under an agreement or

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines.

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«capital prêté» L'ensemble des sommes d'argent et de la valeur pécuniaire globale de tous biens, services ou prestations effectivement prêtés ou qui doivent l'être dans le cadre d'une convention ou d'une entente, déduction faite, le cas échéant, du dépôt de garantie et des honoraires, agios, commissions, pénalités, indemnités et autres frais similaires résultant directement ou indirectement de la convention initiale ou de toute convention annexe.

. . .

«intérêt» L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables à qui que ce soit par l'emprunteur ou pour son compte, en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d'assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d'un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier.

«taux criminel» Tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

. . .

(3) Quiconque reçoit paiement, total ou partiel, d'intérêts à un taux criminel est présumé connaître, jusqu'à preuve du contraire, l'objet du paiement et le caractère criminel de celui-ci.

(4) Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, l'attestation du taux annuel effectif applicable à un capital prêté, fait foi jusqu'à preuve du contraire si elle est faite par un *Fellow* de l'Institut canadien des

arrangement and setting out the calculations and the information on which they are based is, in the absence of evidence to the contrary, proof of the effective annual rate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed the certificate.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1994), 16 B.L.R. (2d) 188

12 A summary trial was held before Preston J. in accordance with R. 18A of the British Columbia Supreme Court Rules. In the context of those proceedings, Dancorp raised the claim that Metropolitan had violated s. 347(1)(*b*) of the *Criminal Code* by receiving payments of interest at a criminal rate under the second mortgage loan. The crucial question before the trial judge was whether, for the purposes of s. 347(1)(*b*), the appropriate repayment date to be used for calculating the interest rate of the loan was the payment date contemplated in the agreement (December 31, 1990) or the date on which repayment was actually completed (January 29, 1993).

13 Preston J. considered *Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139 (B.C.C.A.), aff'd [1986] 1 S.C.R. 749, a case in which a debtor had exercised a prepayment option on a mortgage, thereby shortening the actual term of the loan and increasing the effective annual interest rate. The court in *Nelson* found that the rate of interest should be calculated over the contractual term of the mortgage, not the period during which credit was actually outstanding. In addition, he noted that the criminal rate of interest in that case resulted from the unilateral act of the debtor in paying out the mortgage before it was due.

14 Preston J. held that ss. 347(1)(*a*) and (*b*) created two separate offences, one of entering into an agreement to receive interest at a criminal rate, and the other of actually receiving interest at that rate. He found that the first offence is complete upon the entering into the agreement and is provable by the terms of the agreement itself. The *actus reus* of

actuaires avec chiffres et éléments justificatifs à l'appui; il n'est pas nécessaire de prouver l'authenticité de la signature qui y est apposée ou la qualité officielle du signataire.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1994), 16 B.L.R. (2d) 188

Un procès sommaire a eu lieu devant le juge Preston conformément à l'art. 18A des règles de pratique de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans ces procédures, Dancorp a fait valoir que La Métropolitaine avait violé l'al. 347(1)*b*) du *Code criminel* en percevant des intérêts à un taux criminel dans le cadre du deuxième prêt hypothécaire. La question cruciale soumise au juge de première instance était de savoir si, aux fins de l'al. 347(1)*b*), la date de remboursement pertinente pour calculer le taux d'intérêt du prêt était la date prévue au contrat (le 31 décembre 1990) ou la date à laquelle le remboursement avait réellement été complété (le 29 janvier 1993).

Le juge Preston a examiné l'arrêt *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139 (C.A.C.-B.), conf. par [1986] 1 R.C.S. 749. Dans cette affaire, un débiteur avait exercé son droit de rembourser une hypothèque par anticipation, ce qui avait eu pour effet d'abréger la durée réelle du prêt et de hausser le taux d'intérêt annuel effectif. La cour dans l'arrêt *Nelson* a conclu que le taux d'intérêt devait être calculé en fonction de la durée du prêt hypothécaire prévue au contrat et non en fonction de la période durant laquelle le prêt avait réellement été en cours. Le juge Preston a souligné que le taux d'intérêt criminel dans cette affaire était attribuable à l'acte unilatéral que le débiteur avait posé en remboursant l'hypothèque avant l'échéance.

Le juge Preston a statué que les al. 347(1)*a*) et *b*) créaient deux infractions distinctes, la première étant la conclusion d'une convention pour percevoir des intérêts à un taux criminel et la seconde étant la perception réelle d'intérêts à ce taux. Il a conclu que la première infraction était commise dès la conclusion de la convention et est prouvable

the second offence, by contrast, is the actual receipt of payment or partial payment of interest at a criminal rate. The trial judge noted that no claim for breach of subs. (1)(*a*) had been advanced by Dancorp, and that it was unclear in any event whether the mortgage violated that provision, since the amounts to be drawn down were not defined in advance. With regard to subs. (1)(*b*), the trial judge found that "receipt" of interest did not occur until January 29, 1993. He stated at p. 210:

> [Counsel for Metropolitan] contends that receipt by Metropolitan of interest payments is shown by the accounting entries which credit Metropolitan with interest payments as the funds are advanced to Dancorp. That cannot be so. Receipt of a payment or partial payment of interest in subs. (*b*) must be given its normal meaning, that is: a payment of interest by Dancorp to Metropolitan.

and concluded that in the circumstances of this case, the period to be used for calculating the interest rate under s. 347(1)(*b*) was the period during which credit was actually outstanding. Calculated on that basis, he held that Metropolitan had not received interest at a criminal rate. Dancorp's claim under s. 347 was dismissed.

au moyen des clauses de la convention elle-même. Par contre, l'*actus reus* de la deuxième infraction consiste à percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. Le juge de première instance a souligné que Dancorp n'avait présenté aucune réclamation pour violation de l'al. (1)*a*) et que, de toute façon, on ne savait pas clairement si le prêt hypothécaire violait cette disposition étant donné que les montants devant être utilisés n'étaient pas prédéterminés. Quant à l'al. (1)*b*), le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait eu aucune «perception» d'intérêts avant le 29 janvier 1993. Il a affirmé, à la p. 210:

> [TRADUCTION] [L'avocat de La Métropolitaine] soutient que la perception d'intérêts par La Métropolitaine est prouvée par les écritures comptables qui portent des intérêts au crédit de La Métropolitaine à mesure que les fonds sont avancés à Dancorp. Ce ne saurait être le cas. La perception, même partielle, d'intérêts qui est prévue à l'al. *b*) doit recevoir son sens normal, soit un paiement d'intérêts à La Métropolitaine par Dancorp.

et a conclu que, dans les circonstances de la présente affaire, la période dont il fallait tenir compte pour calculer le taux d'intérêt visé à l'al. 347(1)*b*) était la période durant laquelle le prêt avait réellement été en cours. Le juge du procès a déclaré que, selon cette méthode de calcul, La Métropolitaine n'avait pas perçu d'intérêts à un taux criminel. L'action de Dancorp fondée sur l'art. 347 a été rejetée.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1996), 21 B.C.L.R. (3d) 112

The British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal. Newbury J.A., writing for the court, assumed without deciding that the amounts deducted by Metropolitan from the loan advances were interest payments within the meaning of s. 347(1)(*b*). She then considered what period of time should be used to calculate the interest rate at which those payments were received, and concluded that the appropriate time frame was the period during which credit was outstanding. She agreed with the trial judge that Metropolitan had not received interest at a criminal rate.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1996), 21 B.C.L.R. (3d) 112

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel. Le juge Newbury, s'exprimant au nom de la cour, a présumé, sans le décider, que les montants déduits des avances par La Métropolitaine étaient des intérêts au sens de l'al. 347(1)*b*). Elle s'est ensuite demandé quelle période devrait être prise en considération pour calculer le taux auquel ces intérêts avaient été perçus et a conclu que la période pertinente était celle durant laquelle le prêt avait été en cours. Elle a convenu avec le juge de première instance que La Métropolitaine n'avait pas perçu d'intérêts à un taux criminel.

IV. Issue

16 For the purposes of s. 347(1)(*b*) of the *Criminal Code*, should the calculation of the effective annual rate of interest arising from a loan be based on the contractual term of the loan or the period during which credit was actually outstanding?

V. Analysis

17 A general discussion of s. 347 of the *Criminal Code* is included in *Garland*, *supra*, which was released with this decision. Section 347 provides that an interest rate exceeding 60 percent per annum is a "criminal rate" of interest. The statute defines two offences with regard to such interest: s. 347(1)(*a*) makes it illegal to enter into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, while s. 347(1)(*b*) makes it illegal to receive a payment or partial payment of interest at a criminal rate. The claim in this appeal relates exclusively to the latter offence. The issue is whether the Court of Appeal erred in finding that a "criminal rate of interest" for the purposes of subs. (1)(*b*) should be calculated by reference to the period over which credit was actually repaid, as opposed to the contractual term of the loan.

18 The importance of the period of repayment results in part from the broad definition of "interest" contained in s. 347. As discussed in *Garland*, that definition includes not only common-law interest — i.e., a price for money which accrues day by day — but also fixed payments, such as fees, commissions and penalties, which may be incurred by a borrower for the advancing of credit. The effective annual interest rate which arises from such payments is intrinsically related to the period of time during which credit is actually extended. A fee or commission paid over a short term will yield a much higher rate of interest than the same amount paid over a longer period. The same holds true for an annual interest rate arising from a bonus or flat percentage charge.

IV. La question en litige

Pour les fins de l'al. 347(1)*b*) du *Code criminel*, le taux d'intérêt annuel effectif applicable à un prêt devrait-il être calculé en fonction de la durée du prêt prévue au contrat ou en fonction de la période durant laquelle le prêt était réellement en cours?

V. Analyse

Dans l'arrêt *Garland*, précité, rendu en même temps que le présent arrêt, on trouve une analyse générale de l'art. 347 du *Code criminel*. Cet article prévoit qu'un taux d'intérêt qui dépasse 60 pour 100 par année est un «taux [d'intérêt] criminel». Deux infractions sont définies relativement à de tels intérêts: l'al. 347(1)*a*) prévoit qu'il est illégal de conclure une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel, alors que l'al. 347(1)*b*) prévoit qu'il est illégal de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. Le présent pourvoi porte exclusivement sur la deuxième infraction. Il s'agit de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'un «taux d'intérêt criminel» pour les fins de l'al. (1)*b*) devrait être calculé en fonction de la période pendant laquelle le prêt a été réellement remboursé, par opposition à la durée du prêt prévue au contrat.

L'importance de la période de remboursement découle en partie de la définition large du terme «intérêt» à l'art. 347. Comme nous l'avons vu dans *Garland*, cette définition englobe non seulement l'intérêt en common law — c'est-à-dire un montant qui représente le prix de l'argent qui s'accumule quotidiennement — mais aussi des montants fixes, comme les frais, commissions et pénalités, qu'un emprunteur peut être appelé à payer en contrepartie d'un prêt. Le taux d'intérêt annuel effectif résultant de ces paiements est intrinsèquement lié à la période durant laquelle le prêt est réellement en cours. Des honoraires ou une commission payés sur une courte période entraîneront un taux d'intérêt beaucoup plus élevé que si le même montant était payé sur une plus longue période. Il en est de même pour un taux d'intérêt annuel résultant d'une prime ou de frais à pourcentage fixe.

For the purposes of s. 347(1)(*a*), the appropriate time period for calculating an interest rate is the term of repayment set forth in the loan agreement. If that period produces a criminal rate of interest, then the entire agreement is illegal on its face under subs. (1)(*a*).

Ascribing an interest rate to a "payment or partial payment of interest" under subs. (1)(*b*), however, is more complicated. In some cases, the period over which a loan will actually be repaid is not clearly defined in advance, for instance where the agreement grants a right of prepayment or acceleration, or where the period of repayment simply differs in fact from what was contemplated by the parties. In either case, the period during which credit is actually extended — and therefore the rate at which an interest payment is actually received — may vary from the rate which appears on the face of the agreement, particularly where, as here, the transaction involves substantial fees, commissions, penalties, or flat percentage charges such as bonuses. The question is whether liability under subs. (1)(*b*) should reflect that variation in rates, or whether, as a matter of law, a "criminal rate" of interest under subs. (1)(*b*) should be grounded in the same contractual terms which govern liability under subs. (1)(*a*).

A. *The Nelson Decision*

The interpretation of s. 347 was addressed by the British Columbia Court of Appeal in *Nelson*, *supra*. The Nelsons were guarantors of a commercial mortgage under which a number of fixed fees were payable in addition to a conventional interest rate. The mortgage was due after six months, subject to the borrower's right to prepay the entire loan at any time prior to maturity. Taken together, the fees and interest would have produced an effective interest rate of 52.5 percent per annum had the mortgage been repaid at the end of its full six-month term. In fact, however, the borrower exercised its prepayment option early in the life of the agreement, and the resulting shorter term gave rise to an effective interest rate of 84.1 percent per annum. The Nelsons and the borrower subsequently sued the lender, alleging that the mortgage

Aux fins de l'al. 347(1)*a*), la période pertinente pour calculer un taux d'intérêt est la période de remboursement prévue dans le contrat de prêt. Si cette période engendre un taux d'intérêt criminel, tout le contrat est alors illégal à première vue en vertu de l'al. (1)*a*). 19

Il est toutefois plus difficile d'attribuer un taux d'intérêt à la perception, même partielle, d'intérêts au sens de l'al. (1)*b*). Dans certains cas, la période durant laquelle un prêt sera réellement remboursé n'est pas clairement définie à l'avance, par exemple lorsque le contrat accorde un droit de remboursement anticipé ou lorsque la période de remboursement diffère simplement, dans les faits, de ce que les parties avaient prévu. Dans les deux cas, la période durant laquelle le prêt est réellement en cours — et, par conséquent, le taux auquel les intérêts sont réellement perçus — peut entraîner une modification du taux prévu au contrat, surtout si, comme en l'espèce, l'opération comporte des frais, commissions ou pénalités élevés, ou des frais à pourcentage fixe telles des primes. La question est de savoir si la responsabilité fondée sur l'al. (1)*b*) devrait refléter ces variations de taux ou si, en droit, un «taux [d'intérêt] criminel» au sens de l'al. (1)*b*) devrait être fondé sur les mêmes clauses contractuelles qui régissent la responsabilité fondée sur l'al. (1)*a*). 20

A. *L'arrêt Nelson*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est penchée sur l'interprétation de l'art. 347 dans l'arrêt *Nelson*, précité. Les Nelson étaient garants d'une hypothèque commerciale à l'égard de laquelle certains frais fixes étaient payables en plus d'un taux d'intérêt conventionnel. L'hypothèque était remboursable dans un délai de six mois, sous réserve du droit de l'emprunteur de la rembourser intégralement par anticipation, en tout temps avant l'échéance. Considérés conjointement, ces frais et intérêts auraient donné un taux d'intérêt annuel effectif de 52,5 pour 100 si l'hypothèque avait été remboursée au complet à la fin de la période de six mois prévue. En réalité, cependant, l'emprunteur a exercé son droit de remboursement par anticipation au début de la durée du contrat, et la période plus courte qui en est résulté a entraîné un taux d'intérêt 21

exacted a criminal rate of interest contrary to s. 305.1 (now s. 347) of the *Criminal Code.*

22 The issue in *Nelson*, as in the present appeal, was whether the "effective annual rate of interest" arising from a mortgage should be based on the contractual repayment date of the loan or the actual repayment date. The Court of Appeal dismissed the appeal but were divided on the question. The majority, *per* Seaton J.A., held that the appropriate time frame was the full term of the loan as set forth in the agreement. In reaching that result, the majority placed special emphasis on the fact that the actual period of repayment in *Nelson* was within the control of the borrower. Seaton J.A. stated at p. 143:

> (1) Any other interpretation would lead to an absurd result. For example, in a mortgage containing a prepayment option in favour of the mortgagor, if the mortgage were paid off at an early date, the amount of the legal fees alone, would in many cases exceed 60%. Parliament could not have intended that a mortgagee in such circumstances would be guilty of an indictable offence.
>
> (2) It seems more consonant with reason that the interest rate (including all the items spelled out in the definition of interest) should be calculated over the term of the mortgage. In other words, the interest rate should be determined by the terms of the document and not by the act of the borrower in paying off the mortgage.

The majority held that in the context of a prepayment by the debtor, the calculation of an interest rate should be the same under subss. (1)(*a*) or (1)(*b*) of the statute. Seaton J.A. wrote at pp. 144-45:

> (4) The construction proposed by the appellants that the "effective annual rate of interest" be calculated over the period of time that the mortgage is outstanding

annuel effectif de 84,1 pour 100. Les Nelson et l'emprunteur ont par la suite intenté une action contre le prêteur en alléguant que l'hypothèque imposait un taux d'intérêt criminel contrairement à l'art. 305.1 (maintenant l'art. 347) du *Code criminel.*

La question litigieuse dans l'arrêt *Nelson*, comme en l'espèce, était de savoir si le «taux d'intérêt annuel effectif» résultant d'une hypothèque devrait être calculé en fonction de la date de remboursement prévue au contrat ou de la date du remboursement réel. La Cour d'appel a rejeté l'appel, mais elle était partagée sur cette question. Les juges majoritaires ont statué, par l'intermédiaire du juge Seaton, que la période pertinente était la durée complète du prêt stipulée dans le contrat. Pour parvenir à ce résultat, ils ont accordé une importance particulière au fait que la période réelle de remboursement dans l'arrêt *Nelson* relevait du contrôle de l'emprunteur. Le juge Seaton a affirmé, à la p. 143:

[TRADUCTION]

> (1) Toute autre interprétation donnerait un résultat absurde. Par exemple, dans le cas d'une hypothèque accordant un droit de remboursement anticipé au débiteur hypothécaire, si l'hypothèque était remboursée rapidement, les honoraires juridiques à eux seuls dépasseraient 60% dans bien des cas. Le législateur n'a pas pu vouloir qu'un créancier hypothécaire soit coupable d'un acte criminel en pareil cas.
>
> (2) Il semble plus conforme à la raison de calculer le taux d'intérêt (y compris tous les éléments énumérés dans la définition de l'intérêt) en fonction de la durée de l'hypothèque. En d'autres termes, le taux d'intérêt devrait être déterminé par le document et non par l'acte que l'emprunteur accomplit en remboursant l'hypothèque.

Les juges majoritaires ont statué que, dans le contexte d'un remboursement anticipé par le débiteur, le calcul du taux d'intérêt devrait être le même que ce soit en vertu de l'al. (1)*a*) ou de l'al. (1)*b*) de la disposition législative. Le juge Seaton a écrit, aux pp. 144 et 145:

[TRADUCTION]

> (4) L'interprétation proposée par les appelants voulant que le «taux d'intérêt annuel effectif» soit calculé en fonction de la période durant laquelle l'hypothèque

would mean that the meaning of "criminal rate" in [s. 347(1)(*a*)] would be different from the meaning of "criminal rate" in [s. 347(1)(*b*)]. The "agreement or arrangement" in [s. 347(1)(*a*)] was to receive interest at a legal rate (interest over the term of the mortgage). If, however, the mortgage was prepaid prior to the end of the term, as here, the respondent would be receiving a "payment of interest at a criminal rate". Parliament cannot have intended that the words "criminal rate" have two different meanings, within the same section or that an innocent mortgagee who has entered into a perfectly lawful agreement should as the result of the voluntary act of the mortgagor in prepaying the mortgage become guilty of an offence under [s. 347(1)(*b*)].

The purpose of [s. 347] was to make unlawful agreements or arrangements which *require* the borrower to pay interest at a "criminal" rate. The mortgage here does not *require* payment of interest at an unlawful rate. The exercise of an option by a borrower does not, therefore, fall within [s. 347(1)(*a*) or (*b*)].

Section [347(1)(*b*)] was intended to catch those persons receiving "interest at a criminal rate" where the agreement *required* the borrower to pay "interest at a criminal rate" and thus the words "criminal rate" have the same meaning in both paragraphs. [Emphasis in original.]

The majority recognized that the same conclusion might not follow in the case of a mortgage payable "on demand or at the instance of the mortgagee on the happening of a stated condition", rather than at the debtor's option (at p. 145).

In dissent, Hutcheon J.A. emphasized the distinction between subss. (1)(*a*) and (1)(*b*) of s. 347. In his view, subs. (1)(*a*) prohibits entering into an agreement which, on its face, requires the payment of illegal interest. He agreed that such a situation was not before them. However, he parted company with the majority with respect to the purpose and operation of subs. (1)(*b*). He stated at pp.150-51:

[W]hen the right of prepayment is exercised by payment, as it was in this case, or a demand for payment is made, I think that [s. 347(1)(*b*)] is applicable. The ques-

est en cours, signifierait que l'expression «taux criminel» à [l'al. 347(1)*a*)] n'aurait pas le même sens que l'expression «taux criminel» à [l'al. 347(1)*b*)]. La «convention ou [l']entente» prévue à [l'al. 347(1)*a*)] visait à percevoir des intérêts à un taux légal (les intérêts payables pendant la durée de l'hypothèque). Toutefois, si l'hypothèque était remboursée avant l'échéance prévue, comme en l'espèce, l'intimée recevrait un «paiement d'intérêts à un taux criminel». Le législateur n'a pas pu vouloir que l'expression «taux criminel» ait deux sens différents dans la même disposition, ni qu'un créancier hypothécaire de bonne foi qui a conclu un contrat parfaitement légal devienne coupable d'une infraction à [l'al. 347(1)*b*)] parce que le débiteur a volontairement remboursé l'hypothèque par anticipation.

[L'article 347] visait à rendre illégales les conventions ou ententes qui *exigent* de l'emprunteur qu'il paie des intérêts à un taux «criminel». L'hypothèque dont il est question en l'espèce n'*exige* pas le paiement d'intérêts à un taux illégal. L'exercice d'un choix par un emprunteur ne relève donc pas de [l'al. 347(1)*a*) ou *b*)].

[L'alinéa 347(1)*b*)] a été conçu pour s'appliquer aux personnes qui percevaient «des intérêts à un taux criminel» dans les cas où la convention *exigeait* de l'emprunteur qu'il paie des «intérêts à un taux criminel» et, ainsi, l'expression «taux criminel» a le même sens dans les deux alinéas. [En italique dans l'original.]

Les juges majoritaires ont reconnu qu'on n'arriverait peut-être pas à la même conclusion dans le cas d'une hypothèque remboursable [TRADUCTION] «à vue ou à la demande du créancier hypothécaire lors de la réalisation d'une condition explicite», plutôt qu'au gré du débiteur (à la p. 145).

Le juge Hutcheon, dissident, a souligné la différence entre les al. (1)*a*) et (1)*b*) de l'art. 347. Selon lui, l'al. (1)*a*) interdit de conclure une convention qui, à première vue, exige le paiement d'intérêts illégaux. Il a reconnu qu'ils n'étaient pas saisis d'une telle situation. Il était toutefois en désaccord avec les juges majoritaires relativement à l'objet et à l'effet de l'al. (1)*b*), affirmant, aux pp. 150 et 151: 23

[TRADUCTION] [L]orsque le droit de remboursement par anticipation est exercé au moyen d'un paiement, comme c'était le cas en l'espèce, ou lorsqu'une demande de

tion is: did the mortgagee receive a payment of interest at a criminal rate? That question is to be answered by an analysis of what has been received in fact and a calculation based upon the period that has elapsed since the money was advanced.

Hutcheon J.A. concluded that the lender had violated subs. (1)(*b*) by receiving interest at a rate exceeding 60 percent.

B. *Revisiting Nelson: A Framework for Interpreting Section 347*

24 The reasons of the majority in *Nelson* were affirmed in substance by this Court. In the appellant's submission, *Nelson* stands for the principle that a "criminal rate" of interest under s. 347 must always be calculated by reference to the contractual term of the loan. Accordingly, it submits that *Nelson* is dispositive of this appeal. The appellant's interpretation is overly broad. The holding of *Nelson* was that a transaction which was legal when entered into cannot become illegal under s. 347 through a voluntary act of the debtor. That conclusion was affirmed by this Court. *Nelson* does not exclude the possibility of a criminal interest rate arising during the course of a loan at the initiative of the lender or for other reasons. Indeed, the majority in *Nelson* expressly recognized such a possibility in the context of a demand mortgage.

25 The *Nelson* decision is not a comprehensive framework for interpreting s. 347. In particular, it did not consider those credit agreements which, though legal in form, may become usurious in practice. A complete understanding of s. 347 must address the operation of the law as a whole, and in particular should recognize the different purposes served by subss. (1)(*a*) and (1)(*b*). As noted in *Garland* at para. 54:

The relationship between these two provisions has been the subject of much comment in the courts below and in academic writings. In particular, controversy exists about whether an agreement which does not expressly

paiement est faite, je pense que [l'al. 347(1)*b*)] est applicable. La question qui se pose est la suivante: le créancier hypothécaire a-t-il perçu des intérêts à un taux criminel? Il faut répondre à cette question au moyen d'une analyse des montants qui ont été perçus dans les faits et d'un calcul fondé sur la période qui s'est écoulée depuis que l'argent a été prêté.

Le juge Hutcheon a conclu que le prêteur avait violé l'al. (1)*b*) en percevant des intérêts à un taux supérieur à 60 pour 100.

B. *Nouvel examen de l'arrêt Nelson: Cadre d'interprétation de l'art. 347*

Notre Cour a confirmé pour l'essentiel les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Nelson*. Selon l'appelante, l'arrêt *Nelson* établit le principe qu'un «taux [d'intérêt] criminel» au sens de l'art. 347 doit toujours être calculé en fonction de la durée du prêt fixée dans le contrat. Par conséquent, elle soutient que l'arrêt *Nelson* est déterminant en l'espèce. L'interprétation de l'appelante est trop large. Dans l'arrêt *Nelson*, il a été statué qu'une opération qui était légale au moment où elle a été conclue ne peut pas devenir illégale, en vertu de l'art. 347, en raison d'un acte volontaire du débiteur. Cette conclusion a été confirmée par notre Cour. L'arrêt *Nelson* n'exclut pas la possibilité qu'un taux d'intérêt devienne criminel pendant la durée d'un prêt à cause du prêteur ou pour d'autres raisons. En fait, les juges majoritaires dans l'arrêt *Nelson* ont expressément reconnu l'existence d'une telle possibilité dans le contexte d'une hypothèque remboursable à vue.

L'arrêt *Nelson* ne constitue pas un cadre exhaustif pour interpréter l'art. 347. En particulier, il ne tient pas compte des conventions de prêt qui, bien que légales sur le plan de la forme, peuvent devenir usuraires en pratique. Pour bien comprendre l'art. 347, il faut examiner l'application de la disposition dans son ensemble et, en particulier, reconnaître les objectifs différents que visent les al. (1)*a*) et (1)*b*). Tel que souligné dans l'arrêt *Garland*, au par. 54:

Le lien entre ces deux dispositions a été amplement commenté devant les tribunaux d'instance inférieure et dans la doctrine. En particulier, il existe une controverse sur la question de savoir si une entente qui n'exige pas

require the payment of criminal interest at the time it is entered into may nevertheless give rise to an actual payment of interest at an illegal rate. Such cases can arise if an additional charge is incurred while credit is outstanding, or if the actual period for repayment is shortened by the occurrence of a determining event or an act by one of the parties.

expressément le paiement d'intérêts à un taux criminel au moment où elle est conclue peut malgré tout entraîner un paiement réel d'intérêts à un taux illégal. De telles situations peuvent se présenter si des frais supplémentaires sont imposés pendant la durée du prêt ou si la période réelle de remboursement est abrégée à la suite d'un événement déterminant ou d'un acte accompli par l'une des parties.

The appellant contends that subs. (1)(*b*) prohibits the receipt of interest if the loan agreement, on its face, requires such interest to be paid at a criminal rate. In its view, subss. (1)(*a*) and (1)(*b*) define two parts of a single offence, namely, creating an illegal agreement and then collecting its fruits. The appellant maintains that the "criminal rate" of interest underlying those two acts must be calculated in the same way under subss. (1)(*a*) and (1)(*b*) — i.e., by reference to the contractual term of the loan. The appellant's approach would have the advantage of promoting clarity and consistency in the application of s. 347. A legal credit transaction would remain legal regardless of subsequent events, thus permitting lenders to predict and avoid criminal liability with confidence. At the same time, a transaction which violates subs. (1)(*a*) would remain illegal throughout its duration, and the receipt of any interest under it would immediately trigger liability under subs. (1)(*b*) as well. The appellant submits that it would be anomalous to have to await the full repayment of a loan before an interest payment could be identified as illegal under subs. (1)(*b*).

26 L'appelante soutient que l'al. (1)*b*) interdit la perception d'intérêts si le contrat de prêt exige, à première vue, que ces intérêts soient payés à un taux criminel. Selon elle, les al. (1)*a*) et (1)*b*) définissent les deux éléments d'une même infraction, c'est-à-dire conclure un contrat illégal puis en recueillir les fruits. L'appelante soutient que le «taux [d'intérêt] criminel» qui sous-tend ces deux actes doit être calculé de la même façon sous le régime de l'al. (1)*a*) et de l'al. (1)*b*), c'est-à-dire en fonction de la durée du prêt prévue au contrat. La méthode proposée par l'appelante aurait l'avantage de favoriser une application claire et uniforme de l'art. 347. Une opération de prêt qui est légale demeurerait légale quelle que soit la suite des événements, ce qui permettrait aux prêteurs de prévoir la responsabilité criminelle et d'y échapper avec certitude. En même temps, une opération qui viole l'al. (1)*a*) demeurerait illégale pendant toute sa durée, et la perception d'intérêts dans le cadre de cette opération engagerait immédiatement aussi la responsabilité en vertu de l'al. (1)*b*). Selon l'appelante, il serait anormal d'avoir à attendre le remboursement intégral d'un prêt avant de pouvoir considérer qu'un paiement d'intérêts est illégal au sens de l'al. (1)*b*).

The flaw in such an approach is that it would render subs. (1)(*b*) virtually meaningless, as it would be impossible for a lender to violate that provision without first having violated subs. (1)(*a*). In effect, the act of entering into an illegal credit agreement would be the *sine qua non* of both crimes. In such circumstances, lenders would inevitably be encouraged to draft credit agreements with open or ambiguous terms, so as to accelerate repayment or trigger the bulk of interest charges during the course of the loan. Unless such transactions could somehow be brought within the scope of subs. (1)(*a*), they would escape the reach of

27 Le défaut d'une telle méthode est qu'elle dépouillerait pratiquement de tout son sens l'al. (1)*b*) puisqu'un prêteur ne pourrait pas violer cette disposition sans avoir d'abord violé l'al. (1)*a*). En fait, la conclusion d'une convention de prêt illégale serait la condition *sine qua non* des deux crimes. Dans ces circonstances, les prêteurs seraient inévitablement incités à rédiger des conventions de prêt assorties de clauses générales ou ambiguës, de manière à précipiter le remboursement par anticipation du prêt ou à déclencher le paiement de la majeure partie des frais d'intérêt pendant la durée du prêt. À moins qu'il ne soit possible de les assu-

s. 347 entirely. Such a result would defeat the basic purpose of the statute, which is to prohibit the imposition of usurious interest rates without regard to the form of the transaction. See *Garland*, *supra*, at para. 28; *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545 (C.A.), at pp. 548-49. For that reason, the appellant's interpretation fails.

28 The respondent submits that subss. (1)(*a*) and (1)(*b*) are separate and independent provisions: the first targets transactions that are inherently illegal, and the second catches transactions that are illegal in their operation. In the respondent's submission, subs. (1)(*b*) may be violated even if the "criminal rate" at which an interest payment is received is not ascertainable as such on the face of the loan agreement. This interpretation was adopted by the trial judge, who held (at pp. 209-10):

> [Section] 347(1) creates two offences:
>
> 1. The offence of entering into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. The actus reus of this offence is the entering into the agreement or arrangement. . . .
>
> 2. The receipt of a payment or partial payment of interest at a criminal rate. The actus reus of this offence is receiving the payment or partial payment.

This approach provides a coherent framework for the interpretation of s. 347. For the purposes of subs. (1)(*a*), the relevant question is: "what rate of interest does the agreement require?" For subs. (1)(*b*), the question is: "at what rate of interest has a payment actually been received?" As the respondent contends, a payment of interest may be illegal under subs. (1)(*b*) even if the loan agreement under which it is made did not itself violate subs. (1)(*a*) at the time it was entered into.

29 It follows from the foregoing that s. 347(1)(*a*) should be narrowly construed. That offence is complete upon the formation of an agreement or arrangement for credit, and provable by its terms. As Borins J., then of the Ontario Court (General

jettir de quelque manière que ce soit à l'al. (1)*a*), ces opérations échapperaient complètement à l'application de l'art. 347. Un tel résultat irait à l'encontre du but fondamental de cette disposition, qui est d'interdire l'imposition de taux d'intérêt usuraires sans égard à la forme de l'opération. Voir *Garland*, précité, au par. 28; *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545 (C.A.), aux pp. 548 et 549. Pour ce motif, l'interprétation de l'appelante échoue.

L'intimée soutient que les al. (1)*a*) et (1)*b*) sont des dispositions distinctes et indépendantes: le premier vise les opérations qui sont illégales en soi et le second, les opérations dont l'effet est illégal. Selon l'intimée, il peut y avoir violation de l'al. (1)*b*) même si le «taux criminel» auquel des intérêts sont perçus n'est pas vérifiable en tant que tel à la lecture du contrat de prêt. Cette interprétation a été adoptée par le juge de première instance, qui a conclu (aux pp. 209 et 210):

> [TRADUCTION] [Le paragraphe] 347(1) crée deux infractions:
>
> 1. La conclusion d'une convention ou d'une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel. L'actus reus de cette infraction est la conclusion de la convention ou de l'entente. . .
>
> 2. Le fait de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. L'actus reus de cette infraction est le fait de percevoir, même partiellement, des intérêts.

Cette approche fournit un cadre logique pour interpréter l'art. 347. Pour l'application de l'al. (1)*a*), la question pertinente est la suivante: «quel est le taux d'intérêt exigé par le contrat?» Quant à l'al. (1)*b*), la question est la suivante: «à quel taux d'intérêt un paiement a-t-il réellement été reçu?» Comme le prétend l'intimée, un paiement d'intérêts peut être illégal en vertu de l'al. (1)*b*) même si le contrat de prêt en vertu duquel il est fait ne violait pas lui-même l'al. (1)*a*) au moment de sa conclusion.

Il découle de ce qui précède que l'al. 347(1)*a*) devrait recevoir une interprétation stricte. L'infraction est complète dès la conclusion d'une convention ou d'une entente de prêt, et elle est prouvable au moyen des clauses qui y sont contenues.

Division), observed in *Aectra Refining & Marketing Inc. v. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146, at p. 150:

> . . . the critical time at which a lender commits an offence contrary to s. 347(1)(*a*) . . . is when the lender "enters into an agreement . . . to receive interest". It is at that time that the court must determine whether the rate of "interest", which is very broadly defined in s. 347(2), provided for by the agreement constitutes the "criminal rate" which is also defined in s. 347(2).

Subsection (1)(*a*) is violated if a credit agreement expressly imposes an annual rate of interest above 60 percent, or if the agreement requires payment of interest charges over a period which necessarily gives rise to an annual rate exceeding the legal limit. See, e.g., *R. v. Duzan* (1993), 79 C.C.C. (3d) 552 (Sask. C.A.). However, if there is merely a possibility that the rate of interest could become illegal under the agreement, subs. (1)(*a*) is not violated. That case can arise where the period of repayment is subject to change, or where a substantial interest charge is payable on demand or upon the occurrence of a named event. On the face of the agreement, there is no requirement of criminal interest in such cases; the effective annual rate of interest remains speculative until the actual amount of interest and the actual period of repayment are known.

It is the function of subs. (1)(*b*) to catch violations of s. 347 in those circumstances. The provision must be construed broadly enough to account for interest payments that are actually received by the lender at a criminal rate. The relevant time frame for calculating the interest rate at this stage in the analysis is the period over which credit is actually repaid. As Newbury J.A. stated for the Court of Appeal at p. 133:

> On balance . . . I am persuaded that since the essence of [subs. (1)(*b*)] is the receipt of interest — a matter of *fact* — it would not be sensible to employ, in calculating the interest rate under that subparagraph, a period that was *not in fact* the period during which the credit was outstanding. No authority has been cited for a "hybrid"

Comme le juge Borins, alors juge à la Cour de l'Ontario (Division générale), l'a fait remarquer dans *Aectra Refining & Marketing Inc. c. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146, à la p. 150:

> [TRADUCTION] . . . le moment décisif où un prêteur enfreint l'al. 347(1)*a*) [. . .] est celui où il «conclut une convention [. . .] pour percevoir des intérêts». C'est en fonction de ce moment que la cour doit décider si le taux d'«intérêt» — l'intérêt étant défini en termes très larges au par. 347(2) — qui est stipulé dans la convention constitue un «taux criminel», expression également définie au par. 347(2).

Il y a violation de l'al. (1)*a*) si un contrat de prêt impose expressément un taux d'intérêt annuel supérieur à 60 pour 100 ou exige le paiement de frais d'intérêt pendant une période qui entraîne nécessairement un taux annuel supérieur à la limite légale. Voir, par exemple, *R. c. Duzan* (1993), 79 C.C.C. (3d) 552 (C.A. Sask.). Toutefois, s'il existe simplement une possibilité que le taux d'intérêt devienne illégal dans le cadre du contrat, il n'y a aucune violation de l'al. (1)*a*). Cela peut se produire lorsque la période de remboursement est sujette à modification ou lorsque des frais d'intérêt considérables sont payables sur demande ou si un événement précis survient. À la lecture du contrat, aucun intérêt criminel n'est exigé en pareil cas; le taux d'intérêt annuel effectif demeure hypothétique tant qu'on ne connaît pas le montant véritable des intérêts et la période réelle de remboursement.

Le rôle de l'al. (1)*b*) est de s'appliquer aux violations de l'art. 347 commises dans ces circonstances. Il faut donner à cet alinéa une interprétation assez large pour tenir compte des intérêts que le prêteur perçoit réellement à un taux criminel. La période pertinente pour calculer le taux d'intérêt à ce stade de l'analyse est la période pendant laquelle le prêt est réellement remboursé. Comme l'a affirmé le juge Newbury au nom de la Cour d'appel, à la p. 133:

> [TRADUCTION] Tout compte fait, [. . .] je suis convaincu que puisque la condition essentielle de [l'al. (1)*b*)] est la perception d'intérêts, qui est une question de *fait*, il ne serait pas raisonnable de tenir compte, dans le calcul du taux d'intérêt prévu à cet alinéa, d'une période qui *ne* correspondait *pas*, *dans les faits*, à la période durant

construction of the provision that would combine the factual aspect of receipt with the hypothetical aspect of the repayment date stated in the loan documents. [Emphasis in original.]

laquelle le prêt était en cours. Aucune décision n'a été citée à l'appui d'une interprétation «hybride» de la disposition, qui combinerait l'aspect factuel de la perception d'intérêts et l'aspect hypothétique de la date de remboursement précisée dans les documents de prêt. [En italique dans l'original.]

It is true that in some cases, this interpretation will require a wait-and-see approach to determining the lender's liability. The appellant contended that such a result would be inconsistent with basic principles of criminal law. I disagree. A lender who enters into an agreement to receive interest under ambiguous terms bears the risk that the agreement, in its operation, may in fact give rise to a violation of s. 347. The principle in *Nelson* protects the lender from incurring such liability in circumstances that are beyond its control. As previously noted, to tailor subs. (1)(*b*) to the form, rather than the substance, of a credit transaction could invite manipulation by lenders and would defeat the basic purpose of s. 347.

Il est vrai que, dans certains cas, cette interprétation exigera qu'on adopte une attitude attentiste pour décider de la responsabilité du prêteur. L'appelante a soutenu qu'un tel résultat serait incompatible avec les principes de base du droit criminel. Je ne suis pas de cet avis. Un prêteur qui conclut une convention pour percevoir des intérêts à des conditions ambiguës court le risque que la convention entraîne, en fait, dans son application une violation de l'art. 347. Le principe de l'arrêt *Nelson* soustrait le prêteur à une telle responsabilité dans des circonstances sur lesquelles il n'a aucun contrôle. Comme nous l'avons vu, adapter l'al. (1)*b*) à la forme plutôt qu'à la nature d'une opération de prêt pourrait inciter les prêteurs à se livrer à la manipulation et irait à l'encontre de l'objet fondamental de l'art. 347.

31 Subsections 347(1)(*a*) and (1)(*b*) create separate but complementary offences. The provisions are not mutually exclusive. An agreement which is illegal under subs. (1)(*a*) may in many cases also give rise to liability under subs. (1)(*b*). This will always be the case where the interest rate does not depend on the actual term of the loan. The receipt of any "payment" or "partial payment" of interest in such cases would immediately constitute a violation of subs. (1)(*b*).

Les alinéas 347(1)*a*) and *b*) créent des infractions séparées mais complémentaires. Ces dispositions ne s'excluent pas mutuellement. Une convention qui est illégale en vertu de l'al. (1)*a*) peut, dans bien des cas, engager également la responsabilité en vertu de l'al. (1)*b*). Il en sera toujours ainsi lorsque le taux d'intérêt ne dépend pas de la durée réelle du prêt. Le fait de percevoir «même partiellement» des intérêts en pareil cas constituerait dès lors une violation de l'al. (1)*b*).

32 Where a time factor is present, it is not possible to calculate a "criminal rate" of interest under subs. (1)(*b*) until the lender has been fully repaid and the actual term of the loan has then been defined. In those cases, subss. (1)(*a*) and (1)(*b*) operate independently. A loan which violates subs. (1)(*a*) will also violate subs. (1)(*b*) if payments are received as contemplated in the agreement; if the actual period of repayment is sufficiently prolonged, however, the transaction — though still illegal under subs. (1)(*a*) — will not give rise to additional liability under subs. (1)(*b*).

Lorsqu'il y a un facteur temps, il est impossible de calculer un «taux [d'intérêt] criminel» au sens de l'al. (1)*b*) avant que le prêteur n'ait été remboursé intégralement et que la durée réelle du prêt n'ait alors été déterminée. Dans ces cas, les al. (1)*a*) et (1)*b*) s'appliquent indépendamment. Un prêt qui viole l'al. (1)*a*) viole aussi l'al. (1)*b*) si les paiements sont reçus de la manière prévue dans le contrat; toutefois, si la période réelle de remboursement est assez longue, l'opération, qui demeure malgré tout illégale en vertu de l'al. (1)*a*), ne déclenchera pas une responsabilité supplémentaire en vertu de l'al. (1)*b*).

If a loan agreement permits but does not require the payment of illegal interest, there is no breach of subs. (1)(*a*), and the analysis shifts to whether a payment of illegal interest was in fact received by the lender. Liability under subs. (1)(*b*) may arise during the course of the loan, so long as it does not result from the voluntary act of the borrower. By the same token, the lender may be released from liability entirely in cases where a charge has been paid over such a long period of time that the resulting interest rate does not exceed the criminal limit.

Si un contrat de prêt permet le paiement d'intérêts à un taux illégal mais ne l'exige pas, il n'y a aucune violation de l'al. (1)*a*), et il s'agit alors de décider si le prêteur a effectivement perçu des intérêts à un taux illégal. La responsabilité en vertu de l'al. (1)*b*) peut être engagée pendant la durée du prêt, pourvu qu'elle ne résulte pas de l'acte volontaire de l'emprunteur. En même temps, le prêteur peut être exonéré de toute responsabilité dans les cas où des frais ont été payés sur une période si longue que le taux d'intérêt qui en résulte ne dépasse pas la limite criminelle. 33

C. *Summary of Applicable Principles*

For the foregoing reasons, s. 347 should be interpreted according to the following general principles:

(1) Section 347(1)(*a*) should be narrowly construed. Whether an agreement or arrangement for credit violates s. 347(1)(*a*) is determined as of the time the transaction is entered into. If the agreement or arrangement permits the payment of interest at a criminal rate but does not require it, there is no violation of s. 347(1)(*a*), although s. 347(1)(*b*) might be engaged.

(2) Section 347(1)(*b*) should be broadly construed. Whether an interest payment violates s. 347(1)(*b*) is determined as of the time the payment is received. For the purposes of s. 347(1)(*b*), the effective annual rate of interest arising from a payment is calculated over the period during which credit is actually outstanding.

(3) There is no violation of s. 347(1)(*b*) where a payment of interest at a criminal rate arises from a voluntary act of the debtor, that is, an act wholly within the control of the debtor and not compelled by the lender or by the occurrence of a determining event set out in the agreement.

C. *Résumé des principes applicables*

Pour les motifs qui précèdent, l'art. 347 devrait être interprété en fonction des principes généraux suivants: 34

(1) L'alinéa 347(1)*a*) doit être interprété restrictivement. La question de savoir si une convention ou une entente de prêt viole l'al. 347(1)*a*) est déterminée à la date à laquelle l'opération est effectuée. Si la convention ou l'entente permet le paiement d'intérêts à un taux criminel mais ne l'exige pas, il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)*a*), quoique l'al. 347(1)*b*) puisse s'appliquer.

(2) L'alinéa 347(1)*b*) doit être interprété de façon libérale. La question de savoir si un paiement d'intérêts viole l'al. 347(1)*b*) est déterminée à la date à laquelle le paiement est reçu. Aux fins de l'al. 347(1)*b*), le taux d'intérêt annuel effectif résultant d'un paiement est calculé en fonction de la période pendant laquelle le prêt est réellement en cours.

(3) Il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)*b*) lorsqu'un paiement d'intérêts à un taux criminel résulte d'un acte volontaire du débiteur, c'est-à-dire un acte qui relève entièrement de sa volonté et qui n'est pas imposé par le prêteur en raison d'un événement déterminant prévu dans la convention.

D. *Application to the Case at Bar*

35 As noted, s. 347(1)(*a*) was not raised in this appeal, and there is no need to assess whether the mortgage, on its face, would have violated that provision. Dancorp's claim is that Metropolitan violated s. 347(1)(*b*) by actually receiving payments of interest at a criminal rate under the second mortgage loan. Assuming, as the Court of Appeal did, that the amounts deducted by Metropolitan from its loan advances to Dancorp were in fact "payments of interest" within the meaning of subs. (1)(*b*), it is common ground that the interest rate arising from them would exceed the criminal limit only if calculated over the contractual term of the loan, and not when based on the actual period of repayment. The appropriate time frame for calculating the rate of interest under subs. (1)(*b*) is the period during which credit is actually outstanding. Calculated over that period — i.e., more than three years — the interest payments received by Metropolitan from Dancorp do not constitute interest at a criminal rate.

36 The "voluntariness" principle enunciated in *Nelson* has no application in this appeal. It is true that, as in *Nelson*, the effective annual rate of interest here was changed by the voluntary act of the borrower. However, that is where the similarity ends. The rationale of *Nelson* was that a lender who has entered into a lawful agreement should not, as the result of the voluntary act of the debtor, be guilty of a criminal offence. That danger is not present in this case. On the contrary, the effect of the debtor's voluntary act here was to release the lender from liability where an illegal rate of interest might otherwise have arisen under subs. (1)(*b*). Any attempt to apply the *Nelson* rule in this case would require turning that rule on its head.

37 For these reasons, we agree with the decision of the British Columbia Court of Appeal and the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

D. *Application à la présente affaire*

Comme nous l'avons vu, l'al. 347(1)*a*) n'a pas été invoqué dans le présent pourvoi et il n'est pas nécessaire de déterminer si le prêt hypothécaire l'aurait violé à première vue. Dancorp prétend que La Métropolitaine a violé l'al. 347(1)*b*) en percevant réellement des intérêts à un taux criminel dans le cadre du deuxième prêt hypothécaire. En supposant, comme l'a fait la Cour d'appel, que les montants que La Métropolitaine a déduits des sommes qu'elle a avancées à Dancorp équivalaient en réalité à des «intérêts» perçus au sens de l'al. (1)*b*), tous s'accordent pour dire que le taux d'intérêt résultant de ces montants perçus ne dépasserait le seuil criminel que s'il était calculé en fonction de la durée du prêt prévue au contrat, et non en fonction de la période réelle de remboursement. La période pertinente pour calculer le taux d'intérêt en vertu de l'al. (1)*b*) est la période durant laquelle le prêt est réellement en cours. Calculés en fonction de cette période — c'est-à-dire plus de trois ans —, les intérêts que Dancorp a payés à La Métropolitaine ne constituent pas des intérêts à un taux criminel.

Le principe du «caractère volontaire» énoncé dans l'arrêt *Nelson* ne s'applique pas en l'espèce. Il est vrai que, comme dans l'arrêt *Nelson*, le taux d'intérêt annuel effectif en l'espèce a été modifié par l'acte volontaire de l'emprunteur. Toutefois, la ressemblance s'arrête là. Le raisonnement de l'arrêt *Nelson* était qu'un prêteur qui a conclu une convention légale ne devrait pas être coupable d'une infraction criminelle en raison de l'acte volontaire du débiteur. Ce risque n'existe pas en l'espèce. Au contraire, l'acte volontaire du débiteur en l'espèce a eu pour effet d'exonérer le prêteur de toute responsabilité alors qu'il aurait autrement pu y avoir un taux d'intérêt illégal en vertu de l'al. (1)*b*). Tenter d'appliquer la règle de l'arrêt *Nelson* en l'espèce serait en nier le fondement.

Pour ces motifs, nous souscrivons à l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Berger & Nelson, Vancouver.

Solicitors for the respondent Metropolitan Trust Company of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the respondents Seaboard Life Insurance Company, Co-operators Life Insurance Company and Confederation Life Insurance Company: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'appelante: Berger & Nelson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée la Société de Fiducie Métropolitaine du Canada: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs des intimées Seaboard Life Insurance Company, Co-operators, Compagnie d'assurance-vie, et La Confédération, Compagnie d'assurance-vie: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Gordon Garland *Appellant*

v.

The Consumers' Gas Company Limited *Respondent*

INDEXED AS: GARLAND *v.* CONSUMERS' GAS CO.

File No.: 25644.

1998: March 23; 1998: October 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Criminal interest rate — Late payment penalty — Gas utility charging late payment penalty of five percent on accounts not paid by due date — Whether late payment penalty constitutes "interest at a criminal rate" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.

Costs — Class actions — Class proceedings fund — Costs of procedural motion awarded against class representative in his personal capacity — Whether costs award should be set aside — Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 59.4 — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.

The respondent gas utility, whose rates and payment policies are governed by the Ontario Energy Board, bills its customers on a monthly basis, and each bill includes a "due date" for the payment of current charges. Customers who do not pay by the due date incur a late payment penalty ("LPP") calculated at five percent of the unpaid charges for that month. The LPP is a one-time penalty which does not compound or increase over time. It was implemented in 1975 following a series of rate hearings conducted by the Board. In granting the respondent's application to impose the penalty, the Board noted that the primary purpose of the LPP is to encourage customers to pay their bills promptly, thereby reducing the cost to the respondent of carrying accounts receivable. The Board recognized that if a bill is paid very soon after the due date, the penalty can be shown to represent a very high rate of interest, but it noted that customers could avoid such a charge by paying their

Gordon Garland *Appelant*

c.

Consumers' Gas Company Limited *Intimée*

RÉPERTORIÉ: GARLAND *c.* CONSUMERS' GAS CO.

N° du greffe: 25644.

1998: 23 mars; 1998: 30 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Taux d'intérêt criminel — Pénalité pour paiement en retard — Entreprise de distribution de gaz imposant une pénalité de 5 pour 100 pour les comptes non payés à la date d'échéance — La pénalité pour paiement en retard équivaut-elle à des «intérêts à un taux criminel»? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.

Dépens — Recours collectifs — Fonds d'aide aux recours collectifs — Représentant des membres du groupe de personnes dans un recours collectif condamné personnellement aux dépens d'une motion d'ordre procédural — La condamnation aux dépens devrait-elle être annulée? — Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 59.4 — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6.

L'entreprise de distribution de gaz intimée, dont les tarifs et les politiques de paiement sont régis par la Commission de l'énergie de l'Ontario, envoie chaque mois à ses clients une facture qui prévoit une «date d'échéance» pour le paiement du montant dû. Les clients qui n'ont pas acquitté leur facture à la date d'échéance se voient imposer une pénalité pour paiement en retard («PPR») qui correspond à 5 pour 100 du montant en souffrance pour ce mois. Cette pénalité est calculée une seule fois, elle ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps. Elle a été établie en 1975 à la suite d'une série d'audiences tarifaires de la Commission. En accédant à la demande de l'intimée visant l'imposition de la PPR, la Commission a fait remarquer que cette pénalité a pour objet premier d'inciter les clients à acquitter leurs factures sans tarder de manière à réduire les frais qu'entraîne pour l'intimée le report des comptes clients. La Commission a reconnu

bills on time. The appellant commenced an action on behalf of a large number of the respondent's customers alleging that the LPP violates s. 347 of the *Criminal Code* because — for a significant number of customers each month — it constitutes interest at a rate exceeding 60 percent per year. He submitted actuarial evidence showing that under the normal billing plan, the LPP gives rise to an interest rate exceeding 60 percent per annum for customers who pay within 37 days after the due date. Under the equal billing plan, the point at which the interest rate falls below 60 percent is between 24 and 90 days after the due date, depending on the month. The appellant also submitted statistical evidence indicating that while many of the respondent's customers pay late, most pay only a few days late. In support of this action, the appellant applied for and received financial assistance from the Ontario Class Proceedings Committee. He also moved for certification of a class proceeding on behalf of all customers who paid LPP charges after April 1, 1981, when s. 347 of the *Code* came into force. Prior to the disposition of that motion both the appellant and the respondent moved for summary judgment on various grounds. A judge of the Ontario Court (General Division) granted summary judgment in favour of the respondent and dismissed the action. The respondent moved for an order amending the judge's formal judgment. The appellant refused to consent to the motion. The motion was granted and the judge assessed costs to be payable by the appellant personally. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal of the dismissal of his action.

Held (Bastarache J. dissenting): The appeal should be allowed and the matter remitted to the Ontario Court (General Division).

Per L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: Section 347 of the *Code* applies to the LPP imposed by the respondent. For the purposes of s. 347, "interest" is an extremely comprehensive term which expressly includes charges or expenses "in the form of a . . . penalty". However, not every charge or expense will be subject to the criminal interest rate provision. In order to constitute "interest" under s. 347, a charge — whatever its form — must be "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or

que, dans le cas d'une facture acquittée rapidement après la date d'échéance, la pénalité peut représenter un taux d'intérêt très élevé, mais elle a fait observer que les clients pouvaient éviter ces frais en payant leurs factures à temps. L'appelant a intenté une action au nom d'un grand nombre de clients de l'intimée en alléguant que la PPR contrevient à l'art. 347 du *Code criminel* parce qu'elle représente, chaque mois, pour un nombre considérable de clients, des intérêts à un taux qui dépasse 60 pour 100 par année. Il ressort de la preuve actuarielle soumise par l'appelant que, selon le plan normal de facturation, la PPR engendre un taux d'intérêt qui dépasse 60 pour 100 par année pour les clients qui paient dans les 37 jours suivant la date d'échéance. Dans le cas du plan de paiements égaux, le moment où le taux d'intérêt devient inférieur à 60 pour 100 se situe, selon le mois, entre le 24e et le 90e jour qui suit la date d'échéance. L'appelant a également produit une preuve statistique indiquant que, même si un grand nombre de clients de l'intimée paient en retard, la plupart le font avec quelques jours de retard seulement. À l'appui de son action, l'appelant a demandé et obtenu une aide financière du Comité des recours collectifs de l'Ontario. Il a également présenté une motion en certification d'un recours collectif au nom de tous les clients ayant payé des frais pour paiement en retard après le 1er avril 1981, date d'entrée en vigueur de l'art. 347 du *Code*. Avant qu'une décision soit rendue sur cette motion, l'appelant et l'intimée ont présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire, fondée sur divers motifs. Un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale) a rendu un jugement sommaire en faveur de l'intimée et a rejeté l'action. L'intimée a présenté une motion en vue d'obtenir une ordonnance modifiant le dispositif du jugement du juge. L'appelant a refusé de consentir à cette motion. Le juge a fait droit à la motion et a accordé des dépens payables par l'appelant personnellement. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre le rejet de son action.

Arrêt (le juge Bastarache est dissident): Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée devant la Cour de l'Ontario (Division générale).

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie: L'article 347 du *Code* s'applique à la PPR imposée par l'intimée. Aux fins de l'art. 347, l'«intérêt» est un terme qui a un sens très large et qui inclut expressément les frais sous forme de «pénalités». Toutefois, la disposition relative au taux d'intérêt criminel ne s'applique pas à tous les frais. Pour constituer un «intérêt» au sens de l'art. 347, les frais, quels qu'ils soient, doivent être «payés ou payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre

arrangement". Under s. 347(2), "credit advanced" encompasses not only "the money" advanced under an agreement or arrangement, but also "the monetary value of any goods, services or benefits" which may be so advanced. The most plausible interpretation of s. 347(2) is that an "advance" of "the monetary value of any goods, services or benefits" means a deferral of payment for such items. The respondent provides goods and services to its customers, for which a specified amount of money is payable each month on a certain date. The deferral of that payment past the due date constitutes "credit advanced" within the meaning of s. 347(2), assuming that such deferral is permitted under the payment relationship which exists between the parties. Moreover, the credit is advanced by the respondent to its customers "under an agreement or arrangement". The arrangement between the parties creates two payment options: a short-term option, which costs nothing, and a longer-term option, which involves an additional charge. While it is clear that the respondent neither encourages late payments nor seeks to profit from them, under the terms prevailing between the parties customers are permitted to defer their payment, albeit for a price. That is an arrangement for the advancing of credit under the broad language adopted in s. 347. On the facts of this case, a penalty incurred, pursuant to the terms of a standing arrangement between the parties, for the deferral of payment of a specified amount of money owing for goods, services or benefits is an "interest" charge within the meaning of s. 347 and is subject to that law's prohibitions against requiring or receiving interest at a criminal rate.

Section 347 creates two separate offences. Section 347(1)(*a*) makes it illegal to enter into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, while s. 347(1)(*b*) makes it illegal to receive a payment or partial payment of interest at a criminal rate. Section 347(1)(*a*) should be narrowly construed. Whether an agreement or arrangement for credit violates the provision is determined as of the time the transaction is entered into. If the agreement or arrangement permits the payment of interest at a criminal rate but does not require it, there is no violation of s. 347(1)(*a*), although s. 347(1)(*b*) might be engaged. It is clear that there is no violation of s. 347(1)(*a*) in this case. The arrangement between the respondent and its customers does not, on its face, require the payment of interest at a criminal rate. Section 347(1)(*b*) should be broadly construed. Whether an interest payment violates the provision is determined as of the time the payment is received. For

d'une convention ou d'une entente]». Aux termes du par. 347(2), le «capital prêté» englobe non seulement les «sommes d'argent» prêtées dans le cadre d'une convention ou d'une entente, mais aussi «la valeur pécuniaire [. . .] de tous biens, services ou prestations» qui peuvent être ainsi prêtés. Selon l'interprétation la plus plausible du par. 347(2), le «prêt» de «la valeur pécuniaire [. . .] de tous biens, services ou prestations» s'entend du paiement différé de ces éléments. L'intimée fournit à ses clients des biens et des services en contrepartie d'une somme d'argent précise qui est payable chaque mois, à une certaine date. Le paiement reporté à une date postérieure à la date d'échéance constitue un «capital prêté» au sens du par. 347(2), à supposer que la relation de paiement qui existe entre les parties permette ce report. De plus, l'intimée prête ce capital à ses clients «dans le cadre d'une convention ou d'une entente». L'entente entre les parties crée deux options de paiement: l'option à court terme, qui ne coûte rien, et l'option à plus long terme, qui comporte des frais supplémentaires. Bien qu'il soit clair que l'intimée n'encourage pas les paiements en retard et ne cherche pas non plus à en profiter, selon les conditions qui existent entre les parties, les clients sont autorisés à différer leur paiement, à un prix toutefois. Il s'agit d'une entente de prêt qui est visée par le texte large de l'art. 347. D'après les faits de la présente affaire, une pénalité imposée, conformément aux conditions d'une entente permanente entre les parties, en contrepartie du paiement différé d'une somme d'argent déterminée qui est exigible pour des biens, services ou prestations, constitue un «intérêt» au sens de l'art. 347 et est visée par les interdictions d'exiger ou de percevoir des intérêts à un taux criminel que renferme cette disposition.

L'article 347 crée deux infractions distinctes. Aux termes de l'al. 347(1)*a*), il est illégal de conclure une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel, alors que, d'après l'al. 347(1)*b*), il est illégal de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. L'alinéa 347(1)*a*) doit être interprété restrictivement. La question de savoir si une convention ou une entente de prêt viole cette disposition est déterminée à la date à laquelle l'opération est effectuée. Si la convention ou l'entente permet le paiement d'intérêts à un taux criminel mais ne l'exige pas, il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)*a*), quoique l'al. 347(1)*b*) puisse s'appliquer. Il est clair qu'il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)*a*) en l'espèce. L'entente conclue entre l'intimée et ses clients n'exige pas, à première vue, le paiement d'intérêts à un taux criminel. L'alinéa 347(1)*b*) doit être interprété de façon libérale. La question de savoir si un paiement d'intérêts viole cette disposition

the purposes of s. 347(1)(*b*), the effective annual rate of interest arising from a payment is calculated over the period during which credit is actually outstanding. Pursuant to the decision in *Nelson*, there is no violation of s. 347(1)(*b*) where a payment of interest at a criminal rate arises from a voluntary act of the debtor, that is, an act wholly within the control of the debtor and not compelled by the lender or by the occurrence of a determining event set out in the agreement. The actuarial evidence submitted in this case shows that if a regular billing customer waits 38 days or longer to pay, the annual interest rate represented by the five percent charge drops below the criminal threshold of 60 percent per annum. It cannot be said, however, that payment of the LPP within 38 days is a "voluntary" act within the meaning of *Nelson*. While strictly speaking, it is true that customers may delay their payment of the LPP beyond 38 days, there is clearly no invitation to do so, and it would be disingenuous to conclude that customers actually perceive themselves to be at liberty to wait that long. Statistical evidence submitted by the appellant strongly supports the opposite conclusion.

The motions judge erred in awarding costs against the appellant in his personal capacity. The purpose of s. 59.4 of the *Law Society Act* is to protect class representatives from personal exposure to costs in actions where financial support has been granted by the Class Proceedings Fund. Since the appellant has successfully applied for support from the Class Proceedings Fund, he should not be exposed to personal liability for any costs arising in this action, including costs incurred in the context of procedural motions.

Per Bastarache J. (dissenting): While the definition of "interest" includes the notion of "penalty", the application of s. 347 is also predicated upon the existence of an "agreement or arrangement" for the advancement of credit. On the facts of this case, the respondent has not entered into an agreement or arrangement to give credit to the appellant or to any other customers who have paid the LPP. Far from being a consensual extension of credit, the respondent's LPP represents an effort to prevent or deter customers from unilaterally taking credit. The decisions of the Ontario Energy Board approving the LPP confirm that the penalty is not "paid or payable for the advancing of credit", but is an incentive for timely payment. Further indicia supporting this view are the fact that the penalty is not compounded, the fact that it is a one-time payment which does not increase over

est déterminée à la date à laquelle le paiement est reçu. Aux fins de l'al. 347(1)*b*), le taux d'intérêt annuel effectif résultant d'un paiement est calculé en fonction de la période pendant laquelle le prêt est réellement en cours. Conformément à l'arrêt *Nelson*, il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)*b*) lorsqu'un paiement d'intérêts à un taux criminel résulte d'un acte volontaire du débiteur, c'est-à-dire un acte qui relève entièrement de son contrôle et qui n'est pas imposé par le prêteur en raison d'un événement déterminant prévu dans la convention. D'après la preuve actuarielle soumise en l'espèce, si un client qui est facturé selon le plan normal attend 38 jours ou plus pour payer, le taux d'intérêt annuel représenté par les frais de 5 pour 100 tombe sous le seuil criminel de 60 pour 100 par année. Cependant, on ne saurait affirmer que le paiement de la PPR dans les 38 jours est un acte «volontaire» au sens de l'arrêt *Nelson*. Même si, à strictement parler, il est vrai que les clients peuvent attendre plus de 38 jours pour payer la PPR, on ne les invite pas à le faire, et il serait malhonnête de conclure que les clients ont vraiment l'impression de pouvoir attendre aussi longtemps. La preuve statistique soumise par l'appelant étaye fortement la conclusion contraire.

Le juge des requêtes a commis une erreur en condamnant l'appelant personnellement à des dépens. L'article 59.4 de la *Loi sur le Barreau* vise à protéger les représentants des membres d'un groupe de personnes dans un recours collectif contre toute condamnation personnelle aux dépens dans le cadre d'une instance où une aide financière a été accordée par le Fonds d'aide aux recours collectifs. Vu que l'appelant a réussi à obtenir une aide financière du Fonds d'aide aux recours collectifs, il ne devrait pas risquer d'être tenu personnellement responsable des dépens découlant de la présente action, notamment des dépens accordés dans le cadre de motions d'ordre procédural.

Le juge Bastarache (dissident): Bien que la définition d'«intérêt» inclue la notion de «pénalité», l'application de l'art. 347 dépend aussi de l'existence «d'une convention ou d'une entente» de prêt. D'après les faits de la présente affaire, l'intimée n'a conclu aucune convention ou entente de prêt avec l'appelant ou avec tout autre client qui a payé la PPR. Loin d'être un prêt consensuel de capital, la PPR imposée par l'intimée représente une tentative d'empêcher ou de dissuader les clients de s'approprier unilatéralement un capital. Les décisions de la Commission de l'énergie de l'Ontario qui approuvent la PPR confirment qu'elle n'est pas «payé[e] ou payabl[e] [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter», mais constitue une mesure d'incitation à payer à temps. Le fait que la pénalité ne comporte aucun intérêt composé, le fait qu'elle soit calculée une seule fois et qu'elle

time, the fact that there is no sanction for the non-payment of the penalty, and the fact that the penalty triggers contemporaneously with the account becoming overdue. Since s. 347 of the *Code* is not applicable, the action should be dismissed. A contract for the extension of credit should not be implied in every case where there is late payment pursuant to a sale of goods. This case involves a regulated industry and a rate approval scheme has been established with the specific purpose of protecting consumer interests. To limit the choice of means of the regulator by resorting to the criminal law power is inappropriate and unwarranted.

n'augmente pas avec le temps, le fait qu'il n'y ait aucune sanction pour le non-paiement de la pénalité et qu'elle devienne exigible dès que le compte est en souffrance sont d'autres indices qui étayent ce point de vue. Étant donné que l'art. 347 du *Code* ne s'applique pas, il y a lieu de rejeter l'action. Il n'y a pas lieu de conclure à l'existence d'un contrat de prêt implicite chaque fois que le paiement d'une marchandise est effectué en retard. Il est question, en l'espèce, d'un secteur réglementé et un régime d'approbation des tarifs a été établi dans le but exprès de protéger les intérêts des consommateurs. Limiter le choix des moyens dont dispose l'organisme de réglementation, par le recours à la compétence en matière de droit criminel, est inapproprié et injustifié.

Cases Cited

By Major J.

Distinguished: *Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139, aff'd [1986] 1 S.C.R. 749; **referred to:** *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545; *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974; *Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 S.C.R. 2; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Delta v. Active Chemicals Ltd.* (1984), 57 B.C.L.R. 213; *Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.* (1981), 34 B.C.L.R. 55; *Aectra Refining & Marketing Inc. v. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146; *Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 S.C.R. 90.

By Bastarache J. (dissenting)

Coffelt v. Arkansas Power & Light Co., 451 S.W.2d 881 (1970); *State ex rel. Utilities Commission v. North Carolina Consumers Council, Inc.*, 198 S.E.2d 98 (1973).

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Distinction d'avec l'arrêt: *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139, conf. par [1986] 1 R.C.S. 749; **arrêts mentionnés:** *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 974; *Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 2; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Delta c. Active Chemicals Ltd.* (1984), 57 B.C.L.R. 213; *Mira Design Co. c. Seascape Holdings Ltd.* (1981), 34 B.C.L.R. 55; *Aectra Refining & Marketing Inc. c. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146; *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 R.C.S. 90.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Coffelt c. Arkansas Power & Light Co., 451 S.W.2d 881 (1970); *State ex rel. Utilities Commission c. North Carolina Consumers Council, Inc.*, 198 S.E.2d 98 (1973).

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.
Commercial Concentration Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.16, s. 15(10).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305.1.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347(1), (2).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 7(1).
Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 163.1, 227(9).

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 305.1.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347(1), (2).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 163.1, 227(9).
Loi de l'impôt sur les concentrations commerciales, L.R.O. 1990, ch. C.16, art. 15(10).
Loi de 1992 modifiant la Loi sur le Barreau (financement des recours collectifs), L.O. 1992, ch. 7, art. 3.

Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15 [formerly R.S.C. 1970, c. I-18].
Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, ss. 59.2 [ad. 1992, c. 7, s. 3], 59.4 [*idem*].
Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding), 1992, S.O. 1992, c. 7, s. 3.
Municipal Franchises Act, R.S.O. 1990, c. M.55.
Ontario Energy Board Act, R.S.O. 1990, c. O.13.
Small Loans Act, R.S.C. 1970, c. S-11, ss. 2 "cost", 3.

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6.
Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.13.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 7(1).
Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 59.2 [aj. 1992, ch. 7, art. 3], 59.4 [*idem*].
Loi sur les concessions municipales, L.R.O. 1990, ch. M.55.
Loi sur les petits prêts, S.R.C. 1970, ch. S-11, art. 2 «coût de l'emprunt» ou «coût du prêt», 3.
Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15 [auparavant S.R.C. 1970, ch. I-18].

Authors Cited

Antle, Stephen. "A Practical Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest" (1994), 23 *C.B.L.J.* 323.
Canada. *House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., vol. III, July 21, 1980, p. 3146.
Feldman, Michael. "Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation" (1985), 2 *Bus. & L.* 70.
Goode, Royston Miles. *Consumer Credit Law*. London: Butterworths, 1989.
Keest, Kathleen E. *The Cost of Credit: Regulation and Legal Challenges*. Boston: National Consumer Law Center, 1995.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "agreement", "arrangement".
Ziegel, Jacob S. "Section 347 of the Criminal Code" (1994), 23 *C.B.L.J.* 321.
Ziegel, Jacob S. "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 *C.B.L.J.* 233.

Doctrine citée

Antle, Stephen. «A Practical Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest» (1994), 23 *C.B.L.J.* 323.
Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 1re sess., 32e législ., vol. III, 21 juillet 1980, p. 3146.
Feldman, Michael. «Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation» (1985), 2 *Bus. & L.* 70.
Goode, Royston Miles. *Consumer Credit Law*. London: Butterworths, 1989.
Keest, Kathleen E. *The Cost of Credit: Regulation and Legal Challenges*. Boston: National Consumer Law Center, 1995.
Nouveau Petit Robert. Paris, Le Robert, 1996, «convention», «entente».
Ziegel, Jacob S. «Section 347 of the Criminal Code» (1994), 23 *C.B.L.J.* 321.
Ziegel, Jacob S. «The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost» (1986), 11 *C.B.L.J.* 233.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 414, 93 O.A.C. 155, 28 B.L.R. (2d) 278, [1996] O.J. No. 3162 (QL), affirming a decision of the Ontario Court (General Division) (1995), 22 O.R. (3d) 451, 122 D.L.R. (4th) 377, 17 B.L.R. (2d) 239, [1995] O.J. No. 302 (QL), dismissing the appellant's action. Appeal allowed, Bastarache J. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 414, 93 O.A.C. 155, 28 B.L.R. (2d) 278, [1996] O.J. No. 3162 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1995), 22 O.R. (3d) 451, 122 D.L.R. (4th) 377, 17 B.L.R. (2d) 239, [1995] O.J. No. 302 (QL), qui avait rejeté l'action de l'appelant. Pourvoi accueilli, le juge Bastarache est dissident.

Barbara L. Grossman, Michael L. McGowan, Christopher D. Woodbury and *Dorothy Fong*, for the appellant.

Barbara L. Grossman, Michael L. McGowan, Christopher D. Woodbury et *Dorothy Fong*, pour l'appelant.

Fred D. Cass, John J. Longo, Daniel Boivin and *Janet Clark*, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

1 MAJOR J. — This appeal concerns the interpretation and application of s. 347 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 — the "Criminal Interest Rate" provision. Section 347 makes it an offence to enter into an agreement for, or to receive, interest at a rate exceeding 60 percent per year. The respondent sells natural gas to Ontario residents. Customers who do not pay their bills on or before a specified date each month are subject to a five percent penalty for late payment. The main issue is whether that penalty, depending on when it is paid, may be said to constitute "interest at a criminal rate" within the meaning of s. 347 of the *Code*.

2 A subsidiary issue is whether the trial judge erred in awarding $500 in costs against the appellant personally in connection with a procedural motion. The appellant submits that because this putative class action has been approved for support by the Ontario Class Proceedings Committee, any award of costs must be assessed against the Class Proceedings Fund and may not be awarded against him in his personal capacity.

I. Facts

3 The respondent, Consumers' Gas Company Limited ("Consumers' Gas" or "CG"), is a regulated utility which provides natural gas to commercial and residential customers throughout Ontario. Its rates and payment policies are governed by the Ontario Energy Board ("OEB" or "Board") pursuant to the *Ontario Energy Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.13, and the *Municipal Franchises Act*, R.S.O. 1990, c. M.55. The respondent cannot sell gas or

Fred D. Cass, John J. Longo, Daniel Boivin et *Janet Clark*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi concerne l'interprétation et l'application de l'art. 347 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est la disposition relative au taux d'intérêt criminel. Aux termes de cet article, commet une infraction quiconque conclut une convention pour percevoir des intérêts à un taux qui dépasse 60 pour 100 par année. L'intimée vend du gaz naturel à des résidents de l'Ontario. Les clients qui n'acquittent pas leur facture au plus tard à une date déterminée, chaque mois, sont sujets à une pénalité de 5 pour 100 pour paiement en retard. La principale question en litige est de savoir si cette pénalité, selon la date à laquelle elle est payée, peut être considérée comme équivalant à des «intérêts à un taux criminel», au sens de l'art. 347 du *Code*.

Il s'agit subsidiairement de savoir si le juge du procès a commis une erreur en condamnant l'appelant personnellement à des dépens de 500 $ relativement à une motion d'ordre procédural. L'appelant soutient que, puisque le Comité des recours collectifs de l'Ontario a approuvé la demande d'aide financière pour le recours collectif envisagé, les dépens qui peuvent être accordés doivent être prélevés sur le Fonds d'aide aux recours collectifs et ne peuvent lui être imposés personnellement.

I. Les faits

L'intimée, Consumers' Gas Company Limited («Consumers' Gas» ou «CG»), est une entreprise de services publics réglementée qui fournit du gaz naturel à des clients résidentiels et commerciaux partout en Ontario. Ses tarifs et ses politiques de paiement sont régis par la Commission de l'énergie de l'Ontario («CEO» ou «Commission») conformément à la *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.13, et à la *Loi sur les concessions municipales*, L.R.O. 1990, ch. M.55. L'intimée ne peut vendre du gaz ou facturer

charge for gas-related services except in accordance with rate orders issued by the Board.

des services connexes que conformément aux ordonnances tarifaires de la Commission.

Consumers' Gas bills its customers on a monthly basis, and each bill includes a "due date" for the payment of current charges. The due date normally falls on the 10th day (for commercial customers) or the 16th day (for residential customers) after the bill is issued. Customers who do not pay by the due date incur a late payment penalty ("LPP") calculated at five percent of the unpaid charges for that month. The LPP is a one-time penalty, and does not compound or increase over time. Customers can avoid the LPP by participating in a pre-authorized payment system, whereby the amount of their monthly bill is deducted automatically on the due date from a designated bank account.

4 Chaque mois, les clients de Consumers' Gas reçoivent une facture qui prévoit une «date d'échéance» pour le paiement du montant dû. Cette date correspond normalement au 10e jour (pour les clients commerciaux) ou au 16e jour (pour les clients résidentiels) qui suit la date de facturation. Les clients qui n'ont pas acquitté leur facture à la date d'échéance se voient imposer une pénalité pour paiement en retard («PPR») qui correspond à 5 pour 100 du montant en souffrance pour ce mois. Cette pénalité est calculée une seule fois, elle ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps. Les clients peuvent éviter la PPR en adhérant à un programme de prélèvements automatiques qui permet de prélever automatiquement, à la date d'échéance, le montant de leur facture mensuelle sur un compte bancaire désigné.

Consumers' Gas offers its customers two billing plans. Under the normal plan, customers are simply billed for the cost of goods and services which they consume each month. Under the "Equal Billing Plan", CG estimates the customer's yearly consumption, bills an equal amount each month for 10 months, settles any balance in the 11th month, and bills for actual use in the 12th. About half of CG's customers subscribe to each type of plan. Late-paying customers are subject to the LPP regardless of which plan is used.

5 Consumers' Gas offre deux plans de facturation à ses clients. Selon le plan normal, seul le coût des biens consommés et des services utilisés pendant le mois figure sur la facture du client. Selon le plan de paiements égaux, CG évalue la consommation annuelle du client et facture un montant égal chaque mois pendant 10 mois, puis le solde, s'il y a lieu, le 11e mois, et enfin, la consommation réelle le 12e mois. Environ la moitié des clients de CG adhèrent à chaque plan de facturation. Les clients qui règlent leur facture en retard sont sujets à la PPR, quel que soit le plan de facturation choisi.

The LPP was implemented in 1975 following a series of rate hearings conducted by the OEB. In granting CG's application to impose the penalty, the Board noted that the primary purpose of the LPP is to encourage customers to pay their bills promptly, thereby reducing the cost to CG of carrying accounts receivable. The Board also held that such costs, along with any special collection costs arising from late payments, should be borne by the customers who cause them to be incurred, rather than by the customer base as a whole. In approving a flat penalty of five percent, the OEB rejected the alternative course of imposing a daily interest charge on overdue accounts. The Board reasoned

6 La PPR a été établie en 1975 à la suite d'une série d'audiences tarifaires de la CEO. En accédant à la demande de CG visant l'imposition de la PPR, la Commission a fait remarquer que cette pénalité a pour objet premier d'inciter les clients à acquitter leurs factures sans tarder de manière à réduire les frais qu'entraîne pour CG le report des comptes clients. La Commission a aussi conclu que ces frais, ainsi que les frais de recouvrement spéciaux résultant des paiements en retard, devraient être supportés par les clients qui en sont à l'origine plutôt que par l'ensemble de la clientèle. En approuvant une pénalité uniforme de 5 pour 100, la CEO a rejeté la solution de rechange qui consistait à per-

that an interest charge would not provide sufficient incentive to pay by a named date, would give little weight to collection costs, and might seem overly complicated. The Board recognized that if a bill is paid very soon after the due date, the penalty can, if calculated as an interest charge, be shown to represent a very high rate of interest. However, it noted that customers could avoid such a charge by paying their bills on time, and that in any event in the case of the average bill the dollar amount of the penalty would not be very large.

cevoir des frais d'intérêt quotidiens sur les comptes en souffrance. La Commission estimait que la perception de frais d'intérêt ne suffirait pas pour inciter les gens à payer au plus tard à une date déterminée, accorderait peu d'importance aux frais de recouvrement et pourrait sembler trop compliquée. La Commission a reconnu que, dans le cas d'une facture acquittée rapidement après la date d'échéance, la pénalité peut, si elle est calculée sous forme de frais d'intérêt, représenter un taux d'intérêt très élevé. Elle a toutefois fait observer que les clients pouvaient éviter ces frais en payant leurs factures à temps et que, de toute façon, le montant de la pénalité ne serait pas très élevé dans le cas d'une facture moyenne.

7 On several occasions since its adoption, the LPP has been reviewed and re-approved by the OEB in essentially the same form. From 1981 until 1989, rate orders issued by the Board with regard to Consumers' Gas incorporated the following provision (applicable to residential customers):

PENALTY FOR LATE PAYMENT:

When payment in full is not made within sixteen (16) days of the date of mailing, or the hand delivery of the bill, a penalty of five per cent (5%) of the current amount billed shall be levied . . . .

Beginning in 1989, CG rate orders incorporated this statement from the respondent's Handbook of Rates and Distribution Services (applicable to all customers):

SECTION F — PAYMENT CONDITIONS

Payment in full should be received by the Company . . . on or before the due date specified in the monthly bill, which date is at least ten (10) days (sixteen (16) days in the case of Rates 1, 2, 6 and 9), after the date of rendering the bill. A penalty of five (5) percent of the unpaid portion of the current amount billed shall be added to the amount due if payment is not received as outlined above . . . .

The record indicates that every rate order of the OEB regarding the respondent issued between

À plusieurs reprises depuis son adoption, la PPR a été révisée et approuvée de nouveau essentiellement sous la même forme par la CEO. De 1981 à 1989, les ordonnances tarifaires que la Commission a rendues relativement à Consumers' Gas comportaient la clause suivante (applicable aux clients résidentiels):

[TRADUCTION]

PÉNALITÉ POUR PAIEMENT EN RETARD:

Une pénalité de cinq pour cent (5%) du montant facturé sera imposée si le paiement complet de la facture n'est pas effectué dans les seize (16) jours suivant la date de son expédition par la poste ou de sa livraison par messager. . .

À partir de 1989, les ordonnances tarifaires de CG comportaient l'énoncé suivant tiré d'un document de l'intimée, intitulé Handbook of Rates and Distribution Services (applicable à tous les clients):

[TRADUCTION]

SECTION F — MODALITÉS DE PAIEMENT

Le paiement complet doit parvenir à la compagnie [. . .] au plus tard à la date d'échéance inscrite sur la facture mensuelle, laquelle date est fixée à au moins dix (10) jours (seize (16) jours dans le cas des tarifs 1, 2, 6 et 9) après la date de facturation. Une pénalité de cinq (5) pour cent de la portion impayée du montant facturé sera ajoutée au montant dû si le paiement n'est pas fait tel que mentionné plus haut. . .

Il ressort du dossier que la PPR figure en tant qu'élément de la structure tarifaire de l'intimée

1981 and the filing of this action has incorporated the LPP as a component of the respondent's rate structure.

Customers are made aware of the LPP in several ways. The due date for payment of current charges appears at the top of every residential bill, and is defined on the reverse as "the date that your account must be paid to avoid a late payment penalty". The significance of the due date is also conveyed by the fact that two different amounts payable appear on the face of the bill: one amount is "payable by due date" while the other, somewhat higher, is "payable after due date". In addition, a variety of informational brochures are provided by CG to its customers. The pamphlet entitled "Getting to Know Us" includes the following definitions of terms contained in the monthly bill:

6. Payable by due date — This is the total amount payable on or before the due date in order to avoid a late payment penalty charge. . . .
7. Due date — The date on which your account must be paid in full in order to avoid a late payment penalty charge.
8. Payable after due date — The total amount payable after the due date. This amount includes the late payment penalty charge.

Elsewhere in the same brochure, it is explained that:

You should pay your gas bill on or before the due date shown on the bill, in order to avoid late payment charges. These charges are designed to encourage late-paying customers to pay their accounts promptly, thus minimizing the cost of carrying outstanding accounts. . . .

If you do not pay your account by the due date, you must pay the amount "payable after due date" that includes a late payment penalty.

The appellant, Gordon Garland, is a resident of Ontario and has been a Consumers' Gas customer since 1983. He and his wife paid approximately $75 in LPP charges between 1983 and 1995. Garland asserts that the LPP violates s. 347 of the *Criminal Code* because — for a significant number

dans chaque ordonnance tarifaire que la CEO a rendue à son sujet entre 1981 et le dépôt de la présente action.

Les clients sont avisés de l'existence de la PPR de plusieurs façons. La date d'échéance fixée pour le paiement des frais courants est inscrite dans la partie supérieure de chaque facture résidentielle et est définie à l'endos comme étant «la date à laquelle votre facture doit être payée pour éviter un supplément de recouvrement». L'importance de la date d'échéance ressort également du fait que deux montants payables sont inscrits sur la facture: l'un est le «montant dû avant échéance», alors que l'autre, un peu plus élevé, est le «montant dû après échéance». CG offre en outre à ses clients toute une gamme de brochures destinées à les renseigner. Dans la brochure intitulée «Pour mieux nous connaître», certains termes employés dans la facture mensuelle sont ainsi définis: 8

6. Montant dû avant échéance — Montant total à payer au plus tard à la date d'échéance afin d'éviter les frais pour paiement en retard. . .
7. Échéance — Date à laquelle votre compte doit être payé en entier afin d'éviter des frais pour paiement en retard.
8. Montant dû après échéance — Montant total à payer après la date d'échéance. Ce montant inclut les frais pour paiement en retard.

Ailleurs, dans la même brochure, on explique ceci:

Vous devez payer votre facture de gaz au plus tard à la date d'échéance inscrite sur la facture, afin d'éviter des frais pour paiement en retard. Ces frais sont conçus pour inciter les usagers qui paient en retard à acquitter leurs comptes rapidement pour ainsi minimiser les frais de service entraînés par les comptes en souffrance. . .

Si vous ne payez pas votre compte à la date d'échéance, vous devez payer le «montant dû après échéance» qui comprend une pénalité pour paiement en retard.

L'appelant, Gordon Garland, réside en Ontario et est un client de Consumers' Gas depuis 1983. Entre 1983 et 1995, son épouse et lui ont versé une somme approximative de 75 $ à titre de PPR. Garland affirme que la PPR contrevient à l'art. 347 du *Code criminel* parce qu'elle représente, chaque 9

of customers each month — it constitutes interest at a rate exceeding 60 percent per year. He commenced an action on behalf of over 500,000 Consumers' Gas customers seeking restitution of LPP charges received by the respondent in violation of s. 347 of the *Code*.

10 Garland contends that because the LPP is a one-time charge, the effective rate of interest arising from it depends on when a customer actually pays his or her overdue bill. Actuarial evidence submitted by Garland shows that, under the normal billing plan, the LPP gives rise to an interest rate exceeding 60 percent per annum for customers who pay within 37 days after the due date. It is only on the 38th day after the due date that the interest rate falls below 60 percent and so within the legal limit. It thereafter decreases gradually from 60 percent until paid. Under the Equal Billing Plan, the calculation is more complex — Garland's actuarial evidence indicates that for such customers, the point at which the interest rate falls below 60 percent is between 24 and 90 days after the due date, depending on the month. For the purpose of this appeal, these calculations are presumed to be accurate.

11 Garland has also submitted statistical evidence indicating that while many of the respondent's customers pay late, most pay only a few days late. Specifically, the evidence shows that between 1981 and 1991, an average of 34.3 percent of customers failed to pay by the due date on at least one of their bills, but 81 percent of those customers paid within 10 days thereafter. Thus, overall during that period, 27.9 percent of CG's customers paid an LPP charge within 10 days after the due date, i.e., well within the time period during which the rate of interest arising from that charge is alleged to have exceeded 60 percent. Again, these figures are presumed to be true for the purposes of this appeal.

12 Finally, Garland has submitted documentary evidence showing that for budgeting purposes,

mois, pour un grand nombre de clients, des intérêts à un taux qui dépasse 60 pour 100 par année. Il a intenté une action au nom de plus de 500 000 clients de Consumers' Gas afin d'obtenir la restitution de la PPR perçue par l'intimée en violation de l'art. 347 du *Code*.

Garland soutient que, vu que la PPR est calculée une seule fois, le taux d'intérêt effectif qui en résulte dépend de la date à laquelle un client paie réellement sa facture en souffrance. Il ressort de la preuve actuarielle soumise par Garland que, selon le plan normal de facturation, la PPR engendre un taux d'intérêt qui dépasse 60 pour 100 par année pour les clients qui paient dans les 37 jours suivant la date d'échéance. Ce n'est qu'à partir du 38e jour suivant la date d'échéance que le taux d'intérêt devient inférieur à 60 pour 100 et ainsi, conforme à la limite fixée par la loi. Il diminue ensuite progressivement jusqu'au paiement. Le calcul est plus complexe dans le cas du plan de paiements égaux — selon la preuve actuarielle de Garland, le moment où le taux d'intérêt devient inférieur à 60 pour 100 pour les clients qui choisissent ce plan de facturation se situe, selon le mois, entre le 24e et le 90e jour qui suit la date d'échéance. Pour les fins du présent pourvoi, ces calculs sont présumés exacts.

Garland a également produit une preuve statistique indiquant que, même si un grand nombre de clients de l'intimée paient en retard, la plupart le font avec quelques jours de retard seulement. Plus précisément, cette preuve révèle qu'entre 1981 et 1991 il y a eu en moyenne 34,3 pour 100 des clients qui ont omis d'acquitter au moins une de leurs factures avant l'échéance, mais que 81 pour 100 de ces clients ont effectué leur paiement dans les 10 jours suivants. Ainsi, dans l'ensemble au cours de cette période, 27,9 pour 100 des clients de CG ont payé une PPR dans les 10 jours suivant la date d'échéance, c.-à-d. pendant la période au cours de laquelle le taux d'intérêt qui en résulte aurait dépassé 60 pour 100. Une fois de plus, ces chiffres sont présumés exacts aux fins du présent pourvoi.

Enfin, Garland a soumis une preuve documentaire indiquant que Consumers' Gas fait des prévi-

Consumers' Gas makes and relies on forecasts of the revenue it will receive from LPP charges each year. For 1994, the estimate was $7.1 million, and for 1995, the budget forecast was $7.4 million. Garland has also submitted evidence showing that the total of LPP charges received by CG between 1981 and 1993 was $71.2 million.

In support of this action, Garland applied for and received financial assistance from the Ontario Class Proceedings Committee, pursuant to s. 59.2 of the *Law Society Act*, R.S.O 1990, c. L.8. Garland also moved, pursuant to the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, for certification of a class proceeding on behalf of all customers who paid LPP charges after April 1, 1981, when s. 347 of the *Code* came into force. Prior to the disposition of that motion, both Garland and Consumers' Gas moved for summary judgment on various grounds. Summary judgment was granted in favour of Consumers' Gas and the action was dismissed. Garland's appeal was dismissed by the Ontario Court of Appeal. This appeal follows.

II. Relevant Statutory Provisions

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

Criminal Interest Rate

347. (1) Notwithstanding any Act of Parliament, every one who

(*a*) enters into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate, or

(*b*) receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate,

is guilty of

(*c*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years, or

(*d*) an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding twenty-five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both.

sions quant aux recettes de PPR qu'elle touchera chaque année et s'appuie sur ces prévisions pour établir son budget. Le montant estimatif était de 7,1 millions de dollars en 1994, alors que les prévisions budgétaires étaient de 7,4 millions de dollars pour l'année 1995. Garland a également produit une preuve indiquant que les frais pour paiement en retard perçus par CG entre 1981 et 1993 avaient totalisé 71,2 millions de dollars.

13 À l'appui de son action, Garland a demandé et obtenu une aide financière du Comité des recours collectifs de l'Ontario, conformément à l'art. 59.2 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8. Garland a également présenté, conformément à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, une motion en certification d'un recours collectif au nom de tous les clients ayant payé des frais pour paiement en retard après le 1er avril 1981, date d'entrée en vigueur de l'art. 347 du *Code*. Avant qu'une décision soit rendue sur cette motion, Garland et Consumers' Gas ont présenté une motion visant à obtenir un jugement sommaire, fondée sur divers motifs. Un jugement sommaire a été rendu en faveur de Consumers' Gas et l'action a été rejetée. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de Garland, d'où le présent pourvoi.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 14

Taux d'intérêt criminel

347. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale, quiconque, selon le cas:

a) conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel;

b) perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel,

est coupable:

c) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines.

(2) In this section,

"credit advanced" means the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits actually advanced or to be advanced under an agreement or arrangement minus the aggregate of any required deposit balance and any fee, fine, penalty, commission and other similar charge or expense directly or indirectly incurred under the original or any collateral agreement or arrangement;

"criminal rate" means an effective annual rate of interest calculated in accordance with generally accepted actuarial practices and principles that exceeds sixty per cent on the credit advanced under an agreement or arrangement;

. . .

"interest" means the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement, by or on behalf of the person to whom the credit is or is to be advanced, irrespective of the person to whom any such charges and expenses are or are to be paid or payable, but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

. . .

(3) Where a person receives a payment or partial payment of interest at a criminal rate, he shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to have knowledge of the nature of the payment and that it was received at a criminal rate.

(4) In any proceedings under this section, a certificate of a Fellow of the Canadian Institute of Actuaries stating that he has calculated the effective annual rate of interest on any credit advanced under an agreement or arrangement and setting out the calculations and the information on which they are based is, in the absence of evidence to the contrary, proof of the effective annual rate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed the certificate.

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«capital prêté» L'ensemble des sommes d'argent et de la valeur pécuniaire globale de tous biens, services ou prestations effectivement prêtés ou qui doivent l'être dans le cadre d'une convention ou d'une entente, déduction faite, le cas échéant, du dépôt de garantie et des honoraires, agios, commissions, pénalités, indemnités et autres frais similaires résultant directement ou indirectement de la convention initiale ou de toute convention annexe.

. . .

«intérêt» L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables à qui que ce soit par l'emprunteur ou pour son compte, en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d'assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d'un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier.

«taux criminel» Tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté et calculé conformément aux règles et pratiques actuarielles généralement admises, qui dépasse soixante pour cent.

. . .

(3) Quiconque reçoit paiement, total ou partiel, d'intérêts à un taux criminel est présumé connaître, jusqu'à preuve du contraire, l'objet du paiement et le caractère criminel de celui-ci.

(4) Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, l'attestation du taux annuel effectif applicable à un capital prêté, fait foi jusqu'à preuve du contraire si elle est faite par un *Fellow* de l'Institut canadien des actuaires avec chiffres et éléments justificatifs à l'appui; il n'est pas nécessaire de prouver l'authenticité de la signature qui y est apposée ou la qualité officielle du signataire.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1995), 22 O.R. (3d) 451

As noted, cross-motions for summary judgment were filed by Garland and Consumers' Gas before this action was certified as a class proceeding. By agreement of the parties, a hearing was held before Winkler J. on the threshold question raised in CG's motion, i.e., whether s. 347 has any application to the circumstances of this case.

Consumers' Gas raised three arguments to support its contention that s. 347 does not apply and that Garland's action should be dismissed. First, it asserted that the purpose of the LPP is to encourage timely payment, not to achieve a rate of return on an advancement of credit, and therefore the LPP is not "interest" within the meaning of s. 347. In particular, CG pointed out that unlike an interest charge, the LPP is a one-time penalty which does not increase over time. Second, CG argued that s. 347 is intended to cover loans of money, and does not apply where, as here, the alleged "credit" consists solely of the value of goods, services or benefits advanced. Finally, CG relied on the decision in *Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139 (B.C.C.A), aff'd [1986] 1 S.C.R. 749, to argue that even if the LPP is a charge for the advancement of credit, it cannot violate s. 347 because the payment of the penalty and the interest rate arising from it are determined by voluntary acts of the customer, not by any agreement between the parties.

In response, Garland argued that "credit advanced" need not involve a loan of money. He asserted that the arrangement between CG and its customers, which allows for the deferral of payment for goods and services, is a credit arrangement within the meaning of s. 347. Garland further contended that the LPP is, in substance, an interest charge payable for the advancement of such credit. Finally, Garland asserted that the decision in *Nelson* is distinguishable from this action, because

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1995), 22 O.R. (3d) 451

15 Comme nous l'avons vu, Garland et Consumers' Gas ont présenté des motions incidentes visant à obtenir un jugement sommaire avant que la présente action ne soit certifiée comme un recours collectif. Avec l'accord des parties, une audience a eu lieu devant le juge Winkler sur la question préliminaire soulevée dans la motion de CG, soit la question de savoir si l'art. 347 s'applique aux circonstances de la présente affaire.

16 Consumers' Gas a invoqué trois moyens à l'appui de sa prétention que l'art. 347 ne s'applique pas et que l'action de Garland devait être rejetée. Premièrement, elle a affirmé que la PPR vise non pas à obtenir un rendement du capital prêté, mais à inciter les clients à payer à temps, et qu'elle n'est donc pas un «intérêt» au sens de l'art. 347. En particulier, CG a fait remarquer qu'à la différence des frais d'intérêt la PPR est calculée une seule fois et n'augmente pas avec le temps. Deuxièmement, elle a soutenu que l'art. 347 est destiné à viser les prêts de sommes d'argent et ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, le «capital» présumé se résume à la valeur des biens, services ou prestations prêtés. Enfin, CG a invoqué l'arrêt *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp.* (1984), 16 D.L.R. (4th) 139 (C.A.C.-B.), conf. par [1986] 1 R.C.S. 749, pour faire valoir que, même si la PPR représente des frais payables en contrepartie d'un capital prêté, elle ne contrevient pas à l'art. 347 parce que le paiement de la pénalité et le taux d'intérêt qui en résulte sont déterminés par des actes volontaires du client et non par une convention entre les parties.

17 Garland a répondu à cela qu'il n'est pas nécessaire que le «capital prêté» comprenne un prêt de somme d'argent. Il a affirmé que l'entente conclue entre CG et ses clients, qui permet de différer le paiement de biens et services, est une entente de prêt au sens de l'art. 347. Garland a en outre prétendu que la PPR représente essentiellement des frais d'intérêt payables en contrepartie d'un tel capital prêté. Enfin, Garland a soutenu qu'une distinction peut être faite entre l'arrêt *Nelson* et la

incurring and paying the LPP are not "voluntary" acts of the customer within the meaning of *Nelson*. In his submission, the actual receipt of interest at a criminal rate by CG constitutes a violation of para. (*b*) of s. 347(1), even if such an interest rate is not necessarily required on the face of the arrangement between the parties.

18 Winkler J. focused his analysis largely on the significance of the *Nelson* decision. In his view, *Nelson* established three principles applicable to the case at bar (at p. 467):

> [F]irst, that whether an agreement or arrangement violates s. 347 must be determined at the time the agreement is entered into; second, that whether the lender is in breach of s. 347 cannot turn on the voluntary conduct of the borrower, and third, that there is no violation of s. 347 where the payment of a criminal interest is not required by the agreement or arrangement.

Applying these principles, Winkler J. concluded that the LPP could never give rise to an offence under s. 347 because the payment of the penalty at a criminal rate of interest turns on the voluntary conduct of the customer. Winkler J. found that, as in *Nelson*, no payment of illegal interest is required under the arrangement between Consumers' Gas and its customers, at the time that arrangement is entered into. If the customer pays on time, no LPP will be levied. Likewise, if the customer misses the due date but then further delays payment of the LPP for a sufficient amount of time (e.g., 38 days), the resulting rate of interest falls below 60 percent. Winkler J. gave no weight to statistical evidence indicating that a consistent percentage of CG's customers every month do in fact pay an LPP at an illegal interest rate. He held that in any given case, it is always the customer who determines whether or not to incur the LPP and whether to pay it during the window of time when it may be considered a criminal rate.

19 Despite this conclusion, Winkler J. went on to consider whether the LPP may be said to constitute "interest" payable for the "advancing of credit under an agreement or arrangement" within the

présente action, vu que le fait de se voir imposer et de payer la PPR ne sont pas des actes «volontaires» du client, au sens de l'arrêt *Nelson*. Selon lui, la perception réelle d'intérêts à un taux criminel par CG contrevient à l'al. 347(1)*b*), même si un tel taux n'est pas forcément requis à la lecture de l'entente entre les parties.

Le juge Winkler a fait porter en grande partie son analyse sur le sens de l'arrêt *Nelson*. Selon lui, trois principes applicables à la présente affaire y ont été établis (à la p. 467):

> [TRADUCTION] [P]remièrement, la question de savoir si une convention ou une entente viole l'art. 347 doit être tranchée en fonction de la date à laquelle cette convention ou entente est conclue; deuxièmement, la question de savoir si le prêteur contrevient à l'art. 347 ne saurait dépendre de la conduite volontaire de l'emprunteur; troisièmement, il n'y a pas de violation de l'art. 347 si la convention ou l'entente n'exige pas le paiement d'intérêts à un taux criminel.

Appliquant ces principes, le juge Winkler a conclu que la PPR ne pourrait jamais contrevenir à l'art. 347 parce que le paiement de la pénalité à un taux d'intérêt criminel dépend de la conduite volontaire du client. Le juge Winkler a statué que, comme dans l'arrêt *Nelson*, l'entente entre Consumers' Gas et ses clients n'exige pas le paiement d'un intérêt illégal au moment où elle est conclue. Si le client paie à temps, aucune PPR n'est imposée. De même, si le client ne respecte pas la date d'échéance et attend ensuite assez longtemps (par exemple, 38 jours) pour payer la PPR, le taux d'intérêt qui en résulte devient inférieur à 60 pour 100. Le juge Winkler n'a accordé aucune importance à la preuve statistique selon laquelle un pourcentage constant de la clientèle de CG paie en réalité chaque mois une PPR à un taux d'intérêt illégal. Il a décidé que, dans tous les cas, c'est toujours le client qui décide si la PPR lui sera imposée et s'il la paiera pendant le délai au cours duquel elle peut être considérée comme représentant un taux d'intérêt criminel.

Malgré cette conclusion, le juge Winkler s'est ensuite demandé si la PPR peut être considérée comme représentant un «intérêt» payable «en contrepartie du capital prêté ou à prêter», au sens de

meaning of s. 347. He noted that s. 347 is broadly written and covers a wide range of transactions. In particular, he rejected the contention that the provision applies only to lenders and borrowers of money, and held that "credit advanced" can also refer to the deferral of payment for goods or services. However, he did not agree that any late payment is necessarily a deferral of payment or an advancement of credit, particularly where, as here, substantial efforts have been made to encourage the customer to pay on time. He stressed the distinction between the situation where a customer simply fails to pay by a stipulated time — which he held to be the case on the facts before him — and the situation where a lender agrees to delay its demand for payment in exchange for consideration. He found that s. 347 applies only to the latter situation. Winkler J. emphasized that the LPP is a one-time payment which does not compound over time, and that there are no immediate consequences for failing to pay it by a given date once it has been incurred. He concluded that the LPP is not levied in order to allow customers to take more time in paying their bills, but rather to discourage them from so doing. Accordingly, he found that the LPP is not an interest charge within the scope of s. 347.

l'art. 347. Il a noté que l'art. 347 est rédigé en termes généraux et vise une large gamme d'opérations. En particulier, il a rejeté l'argument voulant que cette disposition ne s'applique qu'à ceux qui prêtent ou empruntent de l'argent, et a statué que le «capital prêté» peut aussi désigner le paiement différé de biens ou de services. Toutefois, il n'était pas d'accord pour dire que tout paiement en retard est nécessairement un paiement différé ou un capital prêté, en particulier lorsque, comme en l'espèce, des efforts appréciables ont été déployés pour inciter les clients à payer à temps. Il a souligné la différence entre la situation où un client omet simplement de payer sa facture dans le délai prévu — ce qui, selon lui, était le cas d'après les faits qui lui étaient soumis — et celle où un prêteur consent à retarder sa demande de paiement en échange d'une contrepartie. Il a conclu que l'art. 347 ne s'applique qu'à la dernière situation. Le juge Winkler a insisté sur le fait que la PPR est calculée une seule fois et ne comporte aucun intérêt composé avec le temps, et que le défaut de la payer à une date donnée après qu'elle a été imposée n'entraîne aucune conséquence immédiate. Il a conclu que la PPR vise non pas à donner plus de temps aux clients pour régler leurs factures, mais plutôt à les dissuader de prendre plus de temps pour le faire. En conséquence, il a statué que la PPR ne constitue pas des frais d'intérêt au sens de l'art. 347.

Winkler J. granted summary judgment in favour of Consumers' Gas and dismissed the action.

Le juge Winkler a rendu un jugement sommaire en faveur de Consumers' Gas et a rejeté l'action. 20

B. *Ontario Court of Appeal* (1996), 30 O.R. (3d) 414

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1996), 30 O.R. (3d) 414

The Ontario Court of Appeal (Doherty, Abella and Charron JJ.A.) agreed with the conclusion of Winkler J. that *Nelson* is dispositive, and noted in particular that the reasons in *Nelson* were substantially affirmed by this Court. In *obiter dictum*, the Court of Appeal also agreed that s. 347 applies to transactions where the alleged "credit advanced" consists entirely of the value of goods, services, or benefits. However, the court expressed no opinion on the question of whether the LPP can be characterized as "interest" payable for the "advancing of

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Abella et Charron) a souscrit à la conclusion du juge Winkler que l'arrêt *Nelson* est déterminant et a fait remarquer notamment que les motifs exposés dans *Nelson* ont été dans une large mesure confirmés par notre Cour. Dans une opinion incidente, la Cour d'appel a également convenu que l'art. 347 s'applique aux opérations où le prétendu «capital prêté» consiste entièrement en la valeur de biens, services ou prestations. Toutefois, la cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la PPR 21

credit under an agreement or arrangement" within the meaning of s. 347. The appeal was dismissed.

IV. Issues

22 (1) Does the late payment penalty charged by Consumers' Gas come within the scope of s. 347 of the *Criminal Code*?

(2) Did the motions judge err in awarding costs against Garland in his personal capacity?

V. Analysis

A. *Does the late payment penalty charged by Consumers' Gas come within the scope of s. 347 of the Criminal Code?*

23 Section 347 (formerly s. 305.1) of the *Criminal Code*, which came into effect on April 1, 1981, created Canada's first general anti-usury provision since Confederation. Prior to the adoption of s. 347, lenders and borrowers enjoyed absolute freedom under federal law to agree upon any rate of interest, subject only to the contractual restraints imposed at common or civil law and the special disclosure requirements arising under the *Interest Act*, R.S.C., 1985, c. I-15 (formerly R.S.C. 1970, c. I-18). The main exception to that rule was the *Small Loans Act*, R.S.C. 1970, c. S-11, s. 3, which limited the imposition of interest and other charges on loans of $1,500 or less. That Act, which was designed to protect borrowers seeking small personal loans, was repealed by the bill which created s. 347. See *William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545 (C.A.), at pp. 548-49. The current provision goes far beyond the scope of the *Small Loans Act*, both by criminalizing a particular interest rate for the first time, and by imposing a generally applicable ceiling on all types of credit arrangements without regard to the sophistication of the parties or the amount in issue.

peut être considérée comme un «intérêt» payable «en contrepartie du capital prêté ou à prêter», au sens de l'art. 347. L'appel a été rejeté.

IV. Les questions en litige

(1) La pénalité pour paiement en retard imposée par Consumers' Gas relève-t-elle de l'art. 347 du *Code criminel*?

(2) Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en condamnant Garland personnellement à des dépens?

V. Analyse

A. *La pénalité pour paiement en retard imposée par Consumers' Gas relève-t-elle de l'art. 347 du Code criminel?*

L'article 347 (auparavant l'art. 305.1) du *Code criminel*, qui est entré en vigueur le 1er avril 1981, a créé la première disposition anti-usuraire générale au Canada depuis la Confédération. Avant l'adoption de l'art. 347, les prêteurs et les emprunteurs avaient, en vertu des lois fédérales, toute latitude de convenir d'un taux d'intérêt, sous réserve uniquement des restrictions contractuelles imposées par la common law ou le droit civil et des exigences particulières de divulgation découlant de la *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), ch. I-15 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-18). La principale exception à cette règle figurait à l'art. 3 de la *Loi sur les petits prêts*, S.R.C. 1970, ch. S-11, qui limitait le montant des intérêts et des autres frais qui pouvaient être imposés à l'égard des prêts de 1 500 $ ou moins. Cette loi, qui visait à protéger les emprunteurs désireux d'obtenir de petits prêts personnels, a été abrogée par le projet de loi à l'origine de l'art. 347. Voir *William E. Thomson Associates Inc. c. Carpenter* (1989), 69 O.R. (2d) 545 (C.A.), aux pp. 548 et 549. La disposition actuelle va beaucoup plus loin que la *Loi sur les petits prêts* en criminalisant pour la première fois un taux d'intérêt particulier et en imposant un plafond général à tous les types d'ententes de prêt sans égard à la subtilité des parties ou au montant en cause.

Under s. 347, an effective annual rate of interest which exceeds 60 percent of the credit advanced under an agreement or arrangement is a criminal interest rate. The statute creates two offences with regard to such interest. Section 347(1)(*a*) makes it illegal to enter into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. Section 347(1)(*b*) makes it illegal to receive a payment or partial payment of interest at a criminal rate. The scope of the language in s. 347 is extremely broad. Interest is defined, with the exception of six specific items, as the aggregate of all charges and expenses, in any form, that are paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement. The definition of credit is similarly expansive. It includes the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits advanced under an agreement or arrangement, minus any fees, commissions or similar charges incurred by the creditor.

Aux termes de l'art. 347, un taux d'intérêt annuel effectif qui dépasse 60 pour 100 du capital prêté dans le cadre d'une convention ou d'une entente est un taux d'intérêt criminel. Ce texte législatif crée deux infractions relativement à un tel intérêt. L'alinéa 347(1)*a*) prévoit qu'il est illégal de conclure une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel. Selon l'alinéa 347(1)*b*), il est illégal de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. Le texte de l'art. 347 a une portée très générale. On y définit l'intérêt comme l'ensemble des frais de tous genres, à l'exclusion de six éléments précis, qui sont payés ou payables en contrepartie du capital prêté ou à prêter dans le cadre d'une convention ou d'une entente. La définition du capital est tout aussi large. Ce terme désigne l'ensemble des sommes d'argent et de la valeur pécuniaire globale des biens, services ou prestations prêtés ou à prêter dans le cadre d'une convention ou d'une entente, déduction faite des honoraires, commissions ou autres frais similaires supportés par le créancier. 24

The ostensible purpose of s. 347 was to aid in the prosecution of loan sharks. See *House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., vol. III, July 21, 1980, at p. 3146; *Thomson*, *supra*, at p. 549. However, it is clear from the language of the statute — e.g., its reference to insurance and overdraft charges, official fees, and property taxes in mortgage transactions — that s. 347 was designed to have a much wider reach, and in fact the section has most often been applied to commercial transactions which bear no relation to traditional loansharking arrangements. Although s. 347 is a criminal provision, the great majority of cases in which it arises are not criminal prosecutions. Rather, like the case at bar, they are civil actions in which a borrower has asserted the common-law doctrine of illegality in an effort to avoid or recover an interest payment, or to render an agreement unenforceable. For this reason, the provision has attracted criticism from some commercial lawyers and academics, and calls have repeatedly been made for its amendment or repeal. See, e.g., J. S. Ziegel, "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11

Le but apparent de l'art. 347 était d'aider à poursuivre les usuriers. Voir *Débats de la Chambre des communes*, 1re sess., 32e législ., vol. III, 21 juillet 1980, à la p. 3146; *Thomson*, précité, à la p. 549. Toutefois, il ressort clairement de cette disposition — notamment de la mention qu'elle fait des frais d'assurance, des frais pour découvert de compte, des taxes officielles et des taxes foncières dans le cas de prêts hypothécaires — qu'elle était destinée à avoir une portée beaucoup plus large, et en fait, elle a très souvent été appliquée à des opérations commerciales qui n'ont rien à voir avec les prêts usuraires classiques. Bien que l'art. 347 soit une disposition en matière criminelle, la plupart du temps il n'est pas invoqué dans le cadre de poursuites criminelles. Il s'agit plutôt, comme en l'espèce, de poursuites civiles dans lesquelles un emprunteur invoque la théorie de l'illégalité en common law dans le but d'éviter ou d'obtenir un paiement d'intérêt, ou dans le but de rendre une entente non exécutoire. Pour cette raison, la disposition a été critiquée par certains avocats et auteurs de doctrine spécialisés en droit commercial, et sa modification ou son abrogation a été réclamée à 25

C.B.L.J. 233; "Section 347 of the Criminal Code" (1994), 23 *C.B.L.J.* 321. Nevertheless, it is now well settled that s. 347 applies to a very broad range of commercial and consumer transactions involving the advancement of credit, including secured and unsecured loans, mortgages and commercial financing agreements.

26 The extent of s. 347's scope is the subject of this appeal. At issue is whether the section applies to penalties for late payment, and in particular the five percent LPP imposed by Consumers' Gas on customers who fail to pay their bills by a prescribed due date. The question has two parts. The first is whether the LPP can be said to constitute "interest" under s. 347, as opposed to being simply an incentive for timely payment. The second is whether the principles set forth in the *Nelson* case preclude the application of s. 347 here on the ground that any interest rate arising from the LPP depends on the voluntary conduct of the customer. These issues will be addressed in turn.

1. Is the LPP "interest" within the meaning of s. 347?

27 Pursuant to s. 347(2), "interest" is defined as:

> . . . the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement . . . but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

It is apparent from this definition that for the purposes of s. 347 "interest" is an extremely comprehensive term, encompassing many types of fixed payments which would not be considered interest proper at common law or under general accounting principles. In particular, charges or expenses "in

maintes reprises. Voir, par exemple, J. S. Ziegel, «The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost» (1986), 11 *C.B.L.J.* 233; «Section 347 of the Criminal Code» (1994), 23 *C.B.L.J.* 321. Cependant, il est maintenant bien établi que l'art. 347 s'applique à une très large gamme d'opérations en matière de commerce et de consommation qui comportent un prêt de capital, notamment les prêts garantis et non garantis, les prêts hypothécaires et les contrats de financement commercial.

Le présent pourvoi concerne la portée de l'art. 347. Il s'agit de savoir si cette disposition s'applique aux pénalités pour paiement en retard et, en particulier, à la pénalité de 5 pour 100 que Consumers' Gas impose à ses clients qui n'ont pas acquitté leur facture à l'échéance. Cette question comporte deux volets. Premièrement, il s'agit de savoir si la PPR peut être considérée comme un «intérêt» au sens de l'art. 347, par opposition à une simple mesure d'incitation à payer à temps. Deuxièmement, il s'agit de savoir si les principes énoncés dans l'arrêt *Nelson* empêchent l'application de l'art. 347 en l'espèce pour le motif que tout taux d'intérêt qui peut résulter de la PPR dépend de la conduite volontaire du client. Ces questions seront examinées l'une après l'autre.

1. La PPR est-elle un «intérêt» au sens de l'art. 347?

L'«intérêt» est défini ainsi au par. 347(2):

> . . . L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d'assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d'un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier.

Il ressort de cette définition que, pour les fins de l'art. 347, l'«intérêt» est un terme qui a un sens très large et qui désigne de nombreux types de paiements fixes qui ne seraient pas considérés comme un intérêt proprement dit en common law ou selon des principes comptables généraux. En

the form of a . . . penalty" are expressly included as interest under s. 347. At common law, interest is a charge for the use or retention of money which accrues day by day; it does not include penalties. See *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974, at p. 983; *Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570.

In adopting s. 347, Parliament opted for the more inclusive "cost of the loan" concept derived from the *Small Loans Act*, which s. 347 replaced. Section 2 of that Act provided:

> **2.** . . .
> "cost" of a loan means the whole of the cost of the loan to the borrower whether the cost is called interest or is claimed as discount, deduction from an advance, commission, brokerage, chattel mortgage and recording fees, fines, penalties or charges for inquiries, defaults or renewals or otherwise . . . .

The broad language of s. 347 was presumably intended (as it was in the *Small Loans Act*) to prevent creditors from avoiding the statute simply by manipulating the form of payment exacted from their debtors — a practice which has historically undermined the effectiveness of anti-usury laws applying a strict definition of interest: *Thomson*, *supra*, at pp. 548-49; see also K. Keest, *The Cost of Credit* (1995), at p. 38. It is the substance, and not merely the form, of a charge or expense which determines whether it is governed by s. 347.

The LPP at issue in this appeal is a fixed payment, rather than a charge which accrues day by day. The motions judge emphasized that point in concluding that the LPP does not come within the scope of s. 347. At p. 473, he stated in part:

> First, the penalty is not compounded. Although it is expressed as a percentage of the amount owing, it is in

particulier, les frais sous forme de «pénalités» sont expressément inclus dans la définition de l'intérêt à l'art. 347. En common law, l'intérêt s'entend des frais qui sont imposés pour utiliser ou retenir des sommes d'argent et qui s'accumulent quotidiennement; il ne comprend pas les pénalités. Voir *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 974, à la p. 983; *Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 2, aux pp. 10 et 11; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570.

28 Lorsqu'il a adopté l'art. 347, le législateur a opté pour la notion plus large du «coût de l'emprunt» ou «coût du prêt» puisée dans la *Loi sur les petits prêts*, que l'art. 347 remplaçait. L'alinéa 2 de cette loi se lisait ainsi:

> **2.** . . .
> «coût de l'emprunt» ou «coût du prêt» signifie le coût global pour l'emprunteur, que ce coût soit désigné comme intérêt ou réclamé à titre d'escompte, de déduction sur une avance, de commission, de courtage, de frais d'hypothèque mobilière et de droits d'enregistrement, d'amendes, de sanctions, ou de frais de recherches, défauts de paiement, renouvellements ou autrement . . .

Le texte général de l'art. 347 visait probablement (comme c'était le cas dans la *Loi sur les petits prêts*) à empêcher les créanciers de contourner la loi en manipulant simplement la forme du paiement exigé de leurs débiteurs — une pratique qui, dans le passé, a miné l'efficacité des lois anti-usuraires qui recouraient à une définition stricte de l'intérêt: *Thomson*, précité, aux pp. 548 et 549; voir aussi K. Keest, *The Cost of Credit* (1995), à la p. 38. C'est la nature, et non seulement la forme, des frais qui détermine s'ils sont régis par l'art. 347.

29 La PPR dont il est question dans le présent pourvoi représente un paiement fixe et non des frais qui s'accumulent quotidiennement. Le juge des requêtes a insisté sur ce point en concluant que la PPR ne relève pas de l'art. 347. À la page 473, il affirme notamment:

> [TRADUCTION] Premièrement, la pénalité ne comporte aucun intérêt composé. Bien qu'elle se présente sous

fact a lump sum which is charged only if payment is not made by the due date. Second, the penalty is a one-time payment which does not increase over time.

forme de pourcentage du montant dû, il s'agit en réalité d'une somme forfaitaire qui n'est éligible que si le paiement n'a pas été effectué à la date d'échéance. Deuxièmement, la pénalité est calculée une seule fois et n'augmente pas avec le temps.

The same argument has been advanced by the respondent in this appeal. To distinguish between fixed and time-sensitive charges is inconsistent with the plain language of s. 347, and to the extent the motions judge relied on such a distinction, such reliance was unfounded. As noted, Parliament expressly expanded the meaning of interest under s. 347 to include one-time charges, whether payable at the outset of a transaction (e.g., fees and commissions) or after repayment is due (e.g., fines and penalties). A time factor, while essential to the definition of common-law interest, is not necessary to bring a payment within the ambit of s. 347, and the LPP cannot be excluded on that ground.

L'intimée a avancé le même argument dans le présent pourvoi. Établir une distinction entre des frais fixes et des frais qui varient en fonction du temps est incompatible avec les termes clairs de l'art. 347 et, dans la mesure où le juge des requêtes s'est appuyé sur une telle distinction, il a eu tort de le faire. Comme nous l'avons vu, le législateur a expressément élargi le sens du mot «intérêt» à l'art. 347, de manière à inclure les frais calculés une seule fois, qu'ils soient payables au début d'une opération (par exemple, les honoraires et les commissions) ou une fois que le remboursement est exigible (par exemple, les amendes et les pénalités). Un facteur temps, bien qu'essentiel à la définition de l'intérêt en common law, n'est pas nécessaire pour assujettir un paiement à l'art. 347, et la PPR ne saurait être exclue pour ce motif.

30 It is equally clear, however, that not every charge or expense will be subject to the criminal interest rate provision. In order to constitute "interest" under s. 347, a charge — whatever its form — must be "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement" (emphasis added). To contend that the LPP comes within the scope of s. 347 simply because it is a "penalty" is a formalistic and unpersuasive argument. The issue is whether that penalty constitutes, in substance, a cost incurred by customers to receive credit under an arrangement with Consumers' Gas.

Il est tout aussi clair, cependant, que la disposition relative au taux d'intérêt criminel ne s'applique pas à tous les frais. Pour constituer un «intérêt» au sens de l'art. 347, les frais, quels qu'ils soient, doivent être «payés ou payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]» (je souligne). Prétendre que la PPR relève de l'art. 347 du simple fait qu'il s'agit d'une «pénalité» est un argument formaliste et peu convaincant. La question est de savoir si cette pénalité constitue, au fond, un coût assumé par les clients pour recevoir un capital dans le cadre d'une entente avec Consumers' Gas.

31 There is a basic disagreement in this case about how the LPP should properly be characterized for the purposes of s. 347. The appellant asserts that the LPP is a price paid by customers for the privilege of retaining money that is owed to Consumers' Gas beyond a certain date. As such, he submits, it is in essence a charge for credit under a standing arrangement between the parties. The

En l'espèce, il existe un désaccord fondamental quant à la façon de qualifier la PPR aux fins de l'art. 347. L'appelant affirme que la PPR est un prix payé par les clients pour bénéficier du privilège de retenir un montant dû à Consumers' Gas après une certaine date. C'est pourquoi, soutient-il, elle représente essentiellement des frais de capital prêté dans le cadre d'une entente permanente entre

respondent submits that the LPP is merely an incentive for timely payment and has nothing to do with credit. It asserts that because it lends no money to its customers, but merely bills them for goods and services, there is no extension of credit within the meaning of s. 347. Furthermore, it submits that even if the deferral of payment for those goods and services is in fact a form of credit, such credit is unilaterally taken by late-paying customers, not advanced under any agreement or arrangement between the parties.

les parties. L'intimée prétend que la PPR est une simple mesure d'incitation à payer à temps et n'a rien à voir avec un prêt de capital. Elle affirme qu'il n'y a pas de prêt de capital au sens de l'art. 347 parce qu'elle ne prête pas d'argent à ses clients, mais leur facture simplement des biens et des services. De plus, elle fait valoir que même si le paiement différé de ces biens et services est en réalité une forme de capital, ce capital n'est pas prêté dans le cadre d'une convention ou d'une entente entre les parties, mais est approprié unilatéralement par les clients qui paient en retard.

The dispositive question, therefore, is whether the LPP may be said to constitute a charge or expense "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement". In answering that question, the Court should look to the substance, not merely the form, of the payment relationship which exists between Consumers' Gas and its customers. The basic features of that relationship are not in dispute and may be briefly stated: Consumers' Gas provides goods and services to its customers, but does not bill them immediately upon delivery or performance. Instead, it issues a bill each month for the total charges incurred in the preceding service period. The amount owing on the bill is due by a specified date. Customers who do not pay by that date must pay the amount owing plus an additional five percent penalty.

32 La question déterminante est donc de savoir si la PPR peut être considérée comme des frais «payés ou payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]». Pour répondre à cette question, la Cour devrait examiner la nature, et non pas simplement la forme, de la relation de paiement qui existe entre Consumers' Gas et ses clients. Les caractéristiques fondamentales de cette relation ne sont pas contestées et peuvent se résumer ainsi: Consumers' Gas fournit des biens et des services à ses clients, mais ne les facture pas dès qu'ils sont livrés ou fournis. Elle leur envoie plutôt, chaque mois, une facture pour le total des frais engagés au cours de la période de service précédente. Le montant inscrit sur la facture est payable à une certaine date. Les clients qui ne respectent pas cette échéance doivent payer le montant dû auquel s'ajoute une pénalité de 5 pour 100.

"Credit Advanced"

As a first step, it is necessary to determine whether the relationship between Consumers' Gas and its customers involves any advancement of credit within the meaning of s. 347. Although s. 347 is not confined to loan-sharking, in general the section arises in transactions which involve an advance of money in some form, whether in a conventional loan, a mortgage, a commercial financing agreement or otherwise. This case presents a more unusual situation, since it is clear that Consumers' Gas does not actually lend any money to its customers.

«Capital prêté»

33 Il faut tout d'abord décider si la relation qui existe entre Consumers' Gas et ses clients comprend un prêt de capital au sens de l'art. 347. Bien que cette dernière disposition ne se limite pas aux prêts usuraires, elle s'applique généralement aux opérations comportant un prêt quelconque d'argent, que ce soit sous forme de prêt ordinaire, de prêt hypothécaire, d'accord de financement commercial ou autrement. La situation est plus inhabituelle en l'espèce étant donné qu'il est clair que Consumers' Gas ne prête vraiment pas de l'argent à ses clients.

34 In keeping with the thrust of the section in general, "credit advanced" is broadly defined in s. 347(2):

> "credit advanced" means the aggregate of the money and the monetary value of any goods, services or benefits actually advanced or to be advanced under an agreement or arrangement minus the aggregate of any required deposit balance and any fee, fine, penalty, commission and other similar charge or expense directly or indirectly incurred under the original or any collateral agreement or arrangement;

Notably, this definition encompasses not only "the money" advanced under an agreement or arrangement, but also "the monetary value of any goods, services or benefits" which may be so advanced. The scope of s. 347 therefore is not confined exclusively to loans of money. The respondent submits, however, that the reach of s. 347 is limited to cases in which at least some money has been advanced. This argument is based on a grammatical analysis of s. 347(2), since "money" is preceded by the definite article "the", whereas the phrase "goods, services or benefits" is modified by the indefinite article "any". Both the motions judge and the Court of Appeal rejected that contention as overly formalistic, and I agree. Section 347 applies to arrangements involving the monetary value of goods, services or benefits even in the absence of an outright advance of money.

35 The most plausible interpretation of s. 347(2) is that an "advance" of "the monetary value of any goods, services or benefits" means a deferral of payment for such items. A debt is deferred — and credit extended — when an agreement or arrangement permits a debtor to pay later than the time at which payment would otherwise have been due. See R. M. Goode, *Consumer Credit Law* (1989), at p. 109. The substance of such "credit" is a determined amount of money which is payable over time. Unlike the principal of a loan, however, such credit is not initially paid out to the debtor in the form of money, but arises when a debt is incurred for goods, services or benefits, and that debt is

Conformément à l'économie de la disposition en général, l'expression «capital prêté» est définie de manière large au par. 347(2):

> «capital prêté» L'ensemble des sommes d'argent et de la valeur pécuniaire globale de tous biens, services ou prestations effectivement prêtés ou qui doivent l'être dans le cadre d'une convention ou d'une entente, déduction faite, le cas échéant, du dépôt de garantie et des honoraires, agios, commissions, pénalités, indemnités et autres frais similaires résultant directement ou indirectement de la convention initiale ou de toute convention annexe.

Il convient de faire remarquer que cette définition englobe non seulement les «sommes d'argent» prêtées dans le cadre d'une convention ou d'une entente, mais aussi «la valeur pécuniaire [. . .] de tous biens, services ou prestations» qui peuvent être ainsi prêtés. L'article 347 ne s'applique donc pas exclusivement aux prêts d'argent. L'intimée soutient toutefois que l'art. 347 ne s'applique que dans les cas où au moins une somme d'argent quelconque a été prêtée. Cet argument repose sur une analyse grammaticale du par. 347(2), où l'article défini «des» précède l'expression «somme d'argent», alors que l'expression «biens, services ou prestations» est modifiée par l'adjectif indéfini «tous». Le juge des requêtes et la Cour d'appel ont rejeté tous les deux cet argument pour le motif qu'il était trop formaliste, et je partage leur point de vue. L'article 347 s'applique à des ententes où il est question de la valeur pécuniaire de biens, services ou prestations, même en l'absence d'un prêt d'argent comptant.

Selon l'interprétation la plus plausible du par. 347(2), le «prêt» de «la valeur pécuniaire [. . .] de tous biens, services ou prestations» s'entend du paiement différé de ces éléments. Il y a paiement d'une dette — et prêt de capital — lorsqu'une convention ou une entente permet à un débiteur d'effectuer un paiement à une date postérieure à celle à laquelle ce paiement aurait par ailleurs été exigible. Voir R. M. Goode, *Consumer Credit Law* (1989), à la p. 109. La nature de ce «capital» est une somme d'argent déterminée qui est payable avec le temps. À la différence du principal d'un prêt, toutefois, ce capital n'est pas initialement versé au débiteur sous forme d'argent, mais se

then deferred in full or in part by agreement of the parties.

An example is a credit sale. Such transactions are analogous to loans even though no money actually changes hands. In place of borrowing funds to pay for goods or services which have been provided, the debtor retains possession of his or her own money and the vendor assumes the position of a creditor by virtue of deferring the debt. Ordinarily in such circumstances, a premium is charged on the deferred amount, reflecting the value of the money which is now owed to the creditor but remains in the control of the party who has been permitted to delay payment. Under this interpretation of s. 347, the retailer who provides financing on a sale at an interest rate exceeding 60 percent per year is subject to the same criminal sanctions as the loan shark who lends money directly at such a rate.

It is crucial to bear in mind that the "credit advanced" in such situations consists of "monetary value" — a specific amount of money that is owed for goods, services or benefits pursuant to an agreement or arrangement — and not the goods, services or benefits themselves. If every sale, performance of services or conveyance of benefits were understood to be an advance of "credit", there would be virtually no limit to the application of s. 347. That section, despite its broad scope, is essentially concerned with regulating the relationship between creditors and debtors, not the relationship between commercial actors in the ordinary course of business.

This distinction can be illustrated with an example. Assume the purchase of a car for $1,000. Payment of the purchase price will normally be due at a date specified in the sale agreement or when the car is tendered. No credit exists in such a situation, regardless of whether the seller is in fact paid on time, because the car is not advanced to the purchaser as "credit". However, if the seller and purchaser enter into an arrangement to delay payment of the purchase price for one month, then credit

matérialise lorsqu'une dette est contractée pour des biens, services ou prestations, et le paiement de cette dette est ensuite différé en totalité ou en partie avec l'accord des parties.

Une vente à crédit est un exemple. Une telle opération s'apparente à un prêt même si aucune somme d'argent ne change vraiment de mains. Au lieu d'emprunter des fonds pour payer des biens ou services qui ont été fournis, le débiteur demeure en possession de son propre argent et le vendeur devient un créancier en raison du paiement différé de la dette. Ordinairement, dans de telles circonstances, la somme dont le paiement est différé est majorée d'une prime qui reflète la valeur du montant qui est désormais dû au créancier mais qui demeure sous le contrôle de la partie autorisée à en retarder le paiement. Suivant cette interprétation de l'art. 347, le détaillant qui finance une vente à un taux d'intérêt supérieur à 60 pour 100 par année est passible des mêmes sanctions pénales que l'usurier qui prête directement de l'argent à un tel taux. 36

Il est très important d'avoir à l'esprit que le «capital prêté» en pareil cas est une «valeur pécuniaire» — une somme d'argent précise qui est due pour des biens, services ou prestations obtenus dans le cadre d'une convention ou d'une entente — et ne représente pas les biens, services ou prestations mêmes. Si chaque vente effectuée, chaque service fourni ou chaque prestation accordée était considéré comme un prêt de «capital», l'application de l'art. 347 n'aurait pratiquement pas de limite. Malgré sa vaste portée, cette disposition vise essentiellement à régir la relation entre créanciers et débiteurs, et non celle entre des acteurs commerciaux dans le cours normal des affaires. 37

Cette distinction peut être illustrée au moyen d'un exemple. Prenons le cas de l'achat d'une voiture de 1 000 $. Le paiement du prix d'achat sera normalement dû à la date mentionnée dans le contrat de vente ou encore à la livraison de la voiture. Il n'est pas question de capital en pareil cas, peu importe que le vendeur soit ou non effectivement payé à temps, parce que la voiture n'est pas prêtée à l'acheteur à titre de «capital». Toutefois, si le vendeur et l'acheteur concluent une entente en vue 38

has been advanced and any premium charged by the seller for that extension of time must comply with the requirements of s. 347. The "monetary value" of the car is now a fixed amount — $1,000 — under their agreement, and the advancement of that credit begins at the moment when payment would otherwise have been due.

39 The car itself, which may in reality be worth more or less than $1,000, is not the "credit advanced" and is not relevant for the purposes of s. 347. If the opposite were true, it would be virtually impossible to calculate an interest rate arising from such a transaction, since the value of the credit would be undefined. In addition, and more importantly, any transaction involving an "advance" of goods, services or benefits — such as a rental or leasing agreement — would be swept within the ambit of s. 347, and many such transactions would undoubtedly give rise to "interest" exceeding the legal limit. Assume that instead of being purchased, the car is rented for a day at a price of $50. If the car were to constitute credit advanced under s. 347(2), then the return of the car to the rental agency would presumably be a repayment of principal, and the charge paid for the advancing of that credit — $50 for one day — would give rise to an astronomical interest rate based on the value of the car. Such an absurd result could not have been intended by Parliament when it adopted s. 347. For the deferral of a debt to constitute "credit advanced" under s. 347, there must be a specified amount owing, and that amount must actually be due in the absence of an arrangement permitting later payment.

40 In the case at bar, Consumers' Gas provides goods and services to its customers, for which a specified amount of money is payable each month on a certain date. In light of the principles stated above, the deferral of that payment past the due date constitutes "credit advanced" within the meaning of s. 347(2), assuming that such deferral is permitted under the payment relationship which exists between the parties. The remaining question,

de retarder le paiement d'un mois, il y a alors prêt de capital et toute prime que le vendeur peut exiger en contrepartie de cette prorogation de délai doit satisfaire aux exigences de l'art. 347. La «valeur pécuniaire» de la voiture est désormais un montant fixe — soit 1 000 $ — aux termes de leur entente, et le prêt de ce capital commence au moment où le paiement aurait par ailleurs été dû.

La voiture en tant que telle, qui peut en réalité valoir plus ou moins que 1 000 $, n'est pas le «capital prêté» et n'est pas pertinente aux fins de l'art. 347. Si l'inverse était vrai, il serait pratiquement impossible de calculer le taux d'intérêt résultant d'une telle opération, étant donné que la valeur du capital serait indéterminée. En outre, et qui plus est, une opération comportant un «prêt» de biens, de services ou de prestations — comme un contrat de location ou de crédit-bail — tomberait sous le coup de l'art. 347, et bon nombre de ces opérations entraîneraient indubitablement l'imposition d'un «intérêt» supérieur à la limite légale. Supposons que la voiture soit louée pendant une journée pour la somme de 50 $, au lieu d'être achetée. Si elle constituait un capital prêté au sens du par. 347(2), la remise de la voiture à l'entreprise de location constituerait vraisemblablement un remboursement du principal, et les frais payés en contrepartie de ce prêt de capital — soit 50 $ par jour — représenteraient un taux d'intérêt astronomique compte tenu de la valeur de la voiture. Le législateur ne saurait avoir voulu un résultat aussi absurde lorsqu'il a adopté l'art. 347. Pour que le paiement différé d'une dette constitue un «capital prêté» au sens de l'art. 347, un montant précis doit être dû, et ce montant doit, en fait, être dû en l'absence d'une entente permettant de le payer plus tard.

En l'espèce, Consumers' Gas fournit à ses clients des biens et des services en contrepartie d'une somme d'argent précise qui est payable chaque mois, à une certaine date. Compte tenu des principes énoncés plus haut, le paiement reporté à une date postérieure à la date d'échéance constitue un «capital prêté» au sens du par. 347(2), à supposer que la relation de paiement qui existe entre les parties permette ce report. Il reste donc à décider si

therefore, is whether credit is advanced by Consumers' Gas to its customers "under an agreement or arrangement".

"Agreement or Arrangement"

As noted at the outset, "interest" under s. 347 is a charge which is "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement". Consumers' Gas contends that even if credit may be said to include the deferral of payment for goods or services, no "agreement or arrangement" for the advancing of such credit exists where a customer simply fails or refuses to pay a bill on time and thereby takes such "credit" unilaterally. In the respondent's view, an agreement or arrangement for credit only arises when the creditor agrees to delay its demand for payment, normally in exchange for some form of consideration.

The respondent submits that in the case at bar there is no such consensual arrangement — the LPP is imposed not as compensation for credit but as a means to deter customers from paying late. The respondent emphasized, as it did in the courts below, that the LPP does not have the "characteristics which one would expect" of a charge for credit, since it is a one-time payment which does not repeat, compound or increase over time, and no additional penalties accrue if a customer fails to pay it by any particular date. It is contended that the LPP is more akin to the late payment penalties which are authorized under federal and provincial statutes, such as the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 7(1), the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 163.1 and 227(9), and the *Commercial Concentration Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.16, s. 15(10). The respondent submits that Parliament could not have intended for those provisions to constitute agreements or arrangements for the advancing of credit within the meaning of s. 347.

Consumers' Gas prête ce capital à ses clients «dans le cadre d'une convention ou d'une entente».

«Convention ou entente»

Comme nous l'avons vu au départ, un «intérêt» au sens de l'art. 347 s'entend des frais «payés ou payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]». Consumers' Gas soutient que même s'il est possible d'affirmer qu'un capital inclut le paiement différé de biens ou de services, il n'existe aucune «convention [ni aucune] entente» de prêt d'un tel capital lorsqu'un client omet ou refuse simplement de régler une facture à temps, et s'approprie ainsi ce «capital» unilatéralement. Selon l'intimée, il y a convention ou entente de prêt uniquement lorsque le créancier consent à retarder sa demande de paiement, normalement en échange d'une contrepartie quelconque. 41

L'intimée soutient qu'il n'existe en l'espèce aucune entente consensuelle de ce genre — la PPR est imposée non pas en contrepartie d'un prêt de capital, mais dans le but de dissuader les clients de payer en retard. L'intimée a souligné devant notre Cour, comme elle l'a fait devant les tribunaux d'instance inférieure, que la PPR ne présente pas les [TRADUCTION] «caractéristiques qu'on s'attendrait de trouver» dans des frais de prêt de capital puisqu'elle est calculée une seule fois, ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps, et qu'aucune autre pénalité n'est imposée si un client ne paie pas à une date donnée. La PPR, prétend-on, s'apparente davantage aux pénalités pour paiement en retard qui sont autorisées par des lois fédérales et provinciales comme la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, par. 7(1), la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 163.1 et par. 227(9), et la *Loi de l'impôt sur les concentrations commerciales*, L.R.O. 1990, ch. C.16, par. 15(10). L'intimée soutient que le législateur n'a pas pu vouloir que ces dispositions constituent des conventions ou des ententes de prêt au sens de l'art. 347. 42

43 The respondent also relies on decisions of the OEB to support its argument regarding the purpose of the LPP. In particular, it cites the original order of the OEB approving the implementation of the penalty. In that decision, the Board emphasized the deterrent effect of such penalties, and specifically rejected the option of imposing a conventional interest charge on overdue accounts. See Reasons for Decision, E.B.R.O. 302-II (September 4, 1975). The Board held at pp. 116-18:

> The primary objective of this charge is to encourage customers to pay promptly and thus minimize the growing cost of carrying accounts receivable .... The Applicant [Consumers' Gas] submits that these costs as well as extraordinary collection costs should be borne by customers who cause them to be incurred.
>
> . . .
>
> The late payment penalty charge is a well established and practical device in widespread use in Ontario and elsewhere to encourage prompt payment of utility bills....
>
> The Board recognizes that a few regulatory Boards and text-book writers have been critical of a penalty charge of the kind used by the Applicant. However, the Board does not think that a monetary incentive for prompt payment is wrong in principle. Interest charged on over-due accounts on a daily basis has an appeal on theoretical grounds, but it gives little incentive to pay by a named date, gives little weight to collection costs and seems complicated.

Similarly, in 1988 the OEB reviewed the fairness of the LPP and concluded that it should be maintained in its existing form. See Reasons for Decision, E.B.R.O. 452 (December 21, 1988). In so finding, the Board noted at p. 330 that "the late payment penalty should be large enough to deter those customers who otherwise might be tempted to defer payment". Consumers' Gas submits that the Board's characterization of the LPP should be accorded curial deference by this Court.

L'intimée invoque également des décisions de la CEO à l'appui de son argument concernant l'objet de la PPR. En particulier, elle cite l'ordonnance initiale de la CEO approuvant l'établissement de la pénalité. Dans cette décision, la Commission a insisté sur l'effet dissuasif de telles pénalités et a expressément écarté la possibilité d'imposer des frais d'intérêt conventionnels sur les comptes en souffrance. Voir les motifs de décision, E.B.R.O. 302-II (4 septembre 1975). La Commission statue aux pp. 116 et 118:

> [TRADUCTION] L'objectif premier de ces frais est d'inciter les clients à payer sans tarder de manière à réduire au minimum le coût croissant du report des comptes clients [. . .] La requérante [Consumers' Gas] soutient que ces coûts de même que les frais de recouvrement extraordinaires devraient être supportés par les clients qui en sont à l'origine.
>
> . . .
>
> La pénalité pour paiement en retard est un moyen pratique, bien établi et très répandu en Ontario et ailleurs d'inciter les gens à régler sans tarder leurs factures de services publics. . .
>
> La Commission reconnaît que quelques organismes de réglementation et auteurs de doctrine ont critiqué le genre de pénalité qu'impose la requérante. Toutefois, la Commission ne pense pas qu'un moyen pécuniaire d'inciter les gens à payer sans tarder soit mauvais en principe. La perception d'intérêts quotidiens sur les comptes en souffrance est attrayante sur le plan théorique, mais elle incite peu les gens à payer au plus tard à une date déterminée, accorde peu d'importance aux frais de recouvrement et semble compliquée.

De même, en 1988, la CEO a examiné le caractère équitable de la PPR et conclu qu'il y avait lieu de la maintenir sous sa forme existante. Voir les motifs de décision, E.B.R.O. 452 (21 décembre 1988). En statuant ainsi, la Commission a noté, à la p. 330, que [TRADUCTION] «la pénalité pour paiement en retard devrait être assez élevée pour dissuader les clients qui seraient par ailleurs tentés de différer leur paiement». Consumers' Gas soutient que notre Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard de la façon dont la Commission qualifie la PPR.

The respondent's arguments on this point were accepted by the motions judge, who held as follows at pp. 469-71:

From the foregoing [OEB] decisions, it is apparent that the OEB does not view the LPP charged by Consumers' Gas as an interest charge for the advancing of credit. Instead, as the defendant submits, the OEB considers it to be an incentive for timely payment. . . .

. . .

I accept the plaintiff's argument that a deferral of payment constitutes credit. However, I do not agree that just because a customer does not pay on time means that there has been a deferral of payment or that credit has been advanced, particularly where the company has done what it could to encourage the customer to pay on time. A distinction must be drawn between the situation in which a customer fails to pay within a stipulated time, because of inadvertence, choice or because he does not have the money, and the situation in which an agreement is entered into whereby the lender of money or issuer of goods agrees to delay its demand for payment, in exchange for the consideration of an additional charge. In my view, s. 347 is applicable only to the latter situation. The facts before me reveal the former situation.

The Court of Appeal dismissed Garland's appeal on separate grounds and declined to reach the issue of whether the LPP is a charge "payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement".

It is true that there is an important difference between the consensual granting of credit and the unilateral taking of it. See, e.g., Goode, *supra*, at p. 108. As noted, s. 347 does not apply to situations in which a buyer or consumer fails to pay on time, without the consent of the other party, for goods, services or benefits provided. The facts in this case, however, present a different situation. The payment relationship which exists between Consumers' Gas and its customers is defined by a standing arrangement. The terms of that arrangement are imposed by Consumers' Gas, after approval by the OEB. They are clearly conveyed to every customer and do not change from month to month. Those terms provide, in plain language,

Les arguments de l'intimée sur ce point ont été acceptés par le juge des requêtes, qui a statué, aux pp. 469 et 471: 44

[TRADUCTION] Il ressort des décisions [de la CEO] qui précèdent que la CEO ne perçoit pas la PPR imposée par Consumers' Gas comme des frais d'intérêt perçus en contrepartie d'un prêt de capital. Au contraire, comme la défenderesse le soutient, la CEO les considère comme une mesure d'incitation à payer à temps. . .

. . .

J'accepte l'argument du demandeur qu'un paiement différé constitue un capital prêté. Toutefois, je n'accepte pas qu'il y a paiement différé ou prêt de capital simplement parce qu'un consommateur ne paie pas à temps, en particulier lorsque la compagnie a fait ce qu'elle pouvait pour inciter ce client à payer à temps. Il faut faire une distinction entre la situation où un client ne paie pas dans le délai prévu, par inadvertance, par choix ou parce qu'il n'a pas d'argent, et celle où il y a conclusion d'une entente aux termes de laquelle le prêteur d'argent ou le fournisseur de biens accepte de retarder sa demande de paiement en contrepartie de frais supplémentaires. À mon avis, l'art. 347 ne s'applique qu'à la dernière situation. D'après les faits dont je suis saisi, c'est la première situation qui existe.

La Cour d'appel a rejeté l'appel Garland pour des motifs distincts et a refusé d'examiner la question de savoir si la PPR représente des frais «payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]».

Il est vrai qu'il existe une différence importante entre un prêt consensuel de capital et l'appropriation unilatérale de ce capital. Voir, par exemple, Goode, *op. cit.*, à la p. 108. Comme nous l'avons vu, l'art. 347 ne s'applique pas aux situations où un acheteur ou un consommateur omet de payer à temps, sans le consentement de l'autre partie, des biens, des services ou des prestations qui ont été fournis. Toutefois, les faits de la présente affaire révèlent une situation différente. La relation de paiement qui existe entre Consumers' Gas et ses clients est définie par une entente permanente. Les conditions de cette entente sont imposées par Consumers' Gas après avoir été approuvées par la CEO. Elles sont communiquées clairement à 45

that a customer's gas bill may be paid either before or after the due date. As the motions judge observed at p. 466:

> [T]he bill received by the customer states the amount "payable by due date", the "due date" and the amount "payable after due date". The bill does not indicate that payment must be made by the due date and I question the ability of Consumers' to sue as soon as the due date has passed.

It is also made clear, however, that Consumers' Gas prefers to receive payment by the due date, and that customers who, for whatever reason, fail to meet that deadline must pay a price of five percent on top of the amount owing for that month.

46 In short, the arrangement between the parties creates two payment options: a short-term option, which costs nothing, and a longer-term option, which involves an additional charge. The motions judge recognized this as well in the closing words of his decision, when he observed (at pp. 473-74) that the transaction between the parties "is a two-price system by which customers can opt to pay one price by the due date or another price thereafter". He concluded that such an arrangement "represents a discount which is forfeited if payment is not made by the due date" (p. 474). It can just as easily be said that the LPP represents a premium imposed when payment is made over the longer period. Customers who do not like these terms presumably may end their relationship with the respondent; by continuing to subscribe to its services they accept the terms of the prevailing arrangement, including the imposition of the LPP. It cannot properly be contended that Consumers' Gas, having designed those terms itself, does not consent to the customer acting in accordance with them.

47 The respondent does not deny that the LPP is imposed under an arrangement, but disputes the nature of that arrangement. As noted, it argues that the intended purpose of the LPP is not to exact a

chaque client et ne changent pas d'un mois à l'autre. Ces conditions précisent clairement que la facture de gaz d'un client peut être payée avant ou après échéance. Comme le juge des requêtes l'a fait observer, à la p. 466:

> [TRADUCTION] [L]a facture reçue par le client indique le «montant dû avant échéance», l'«échéance» et le «montant dû après échéance». La facture ne précise pas que le paiement doit être fait au plus tard à la date d'échéance, et je doute de la capacité de Consumers' d'intenter des poursuites immédiatement après la date d'échéance.

Il est également précisé, toutefois, que Consumers' Gas préfère recevoir le paiement au plus tard à la date d'échéance, et que les clients qui, pour quelque raison que ce soit, ne respecteront pas cette date d'échéance devront payer des frais supplémentaires de 5 pour 100 du montant dû pour le mois en cause.

Bref, l'entente entre les parties crée deux options de paiement: l'option à court terme, qui ne coûte rien, et l'option à plus long terme, qui comporte des frais supplémentaires. Le juge des requêtes a également reconnu cela à la toute fin de sa décision quand il a fait remarquer (aux pp. 473 et 474) que l'opération entre les parties [TRADUCTION] «est un système de double prix qui permet aux clients de choisir de payer un prix au plus tard à la date d'échéance, ou un autre prix à une date ultérieure». Il a conclu qu'une telle entente [TRADUCTION] «représente un rabais qui est perdu en cas de non-paiement à la date d'échéance» (p. 474). On peut tout aussi aisément affirmer que la PPR représente une prime imposée lorsque le paiement est fait au cours de la période plus longue. Les clients qui n'aiment pas ces conditions peuvent vraisemblablement mettre fin à leur relation avec l'intimée; en demeurant abonnés à ses services, ils acceptent les conditions de l'entente en vigueur, y compris l'imposition de la PPR. On ne saurait affirmer à juste titre que Consumers' Gas, qui a elle-même fixé ces conditions, ne consent pas à ce que le client les respecte.

L'intimée ne nie pas que la PPR est imposée dans le cadre d'une entente, mais elle conteste la nature de cette entente. Comme nous l'avons vu, elle fait valoir que la PPR a pour objet non pas

price for credit but to discourage the taking of credit in the first place. That assertion is not entirely supported by the record. The OEB found that deterrence of late payments is the "primary objective" of the LPP. However, it also held that when such deterrence is not effective, another purpose of the penalty is to ensure that the "cost of carrying accounts receivable" is recovered from customers who, by delaying payment, cause such costs to be incurred (Reasons for Decision, E.B.R.O. 302-II, *supra*, at p. 116). Before approving the respondent's request to implement the LPP in 1975, the OEB held a series of hearings, during which the Associate Comptroller of the respondent was examined with regard to the purpose of the LPP. He stated in part:

Q: The cost of money is a real problem is it?

A: Yes, sir.

Q: You don't want the customers to be sitting with lots of the company's money for long periods of time. You require cash flow. Is that fair?

A: Yes, sir, that is correct.

Q: It costs the company money to borrow money?

A: Yes, sir.

. . .

Q: Isn't this late payment charge then a charge to the customer for keeping the money past a certain time period, for keeping the money for a certain length of time?

A: Partly that and partly to recover our collection costs.

Transcript of Examination of D. C. Morton, January 24, 1975 (Case on Appeal, at pp. 376-77). Similarly, in one of its informational brochures ("Some special billing charges"), Consumers' Gas explains the purpose of the LPP to its customers as follows (Case on Appeal, at p. 680):

The primary purpose of this charge is to encourage our customers to pay on or before the due date and thereby maintain the company's cash flow. Revenue from this

d'exiger un prix pour du capital, mais de dissuader les gens de s'approprier ce capital au départ. Cette affirmation n'est pas entièrement étayée par le dossier. La CEO a conclu que l'[TRADUCTION]«objectif premier» de la PPR est de dissuader les gens de payer en retard. Toutefois, elle a également statué que, si cette mesure de dissuasion est inefficace, un autre objet de la pénalité est d'assurer que le [TRADUCTION] «coût [. . .] du report des comptes clients» soit assumé par les clients qui, en retardant leur paiement, en sont la cause (Motifs de décision, E.B.R.O. 302-II, précité, à la p. 116). Avant d'approuver la demande d'établissement de la PPR présentée par l'intimée en 1975, la CEO a tenu une série d'audiences au cours desquelles le contrôleur de gestion adjoint de l'intimée a été interrogé au sujet de l'objet de la PPR. Il a notamment déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION]

Q: Le coût de l'argent est un véritable problème, n'est-ce pas?

R: Oui, monsieur.

Q: Vous ne voulez pas que les clients gardent pendant de longues périodes de grandes quantités d'argent appartenant à la compagnie. Vous avez besoin de rentrées de fonds. Est-ce exact?

R: Oui, monsieur, c'est exact.

Q: La compagnie doit payer pour emprunter?

R: Oui, monsieur.

. . .

Q: Ces frais pour paiement en retard ne sont-ils pas alors des frais imposés au client parce qu'il garde l'argent après une certaine date, parce qu'il garde l'argent pendant un certain temps?

R: C'est en partie pour cela et en partie pour récupérer nos frais de recouvrement.

Transcription de l'interrogatoire de D. C. Morton, 24 janvier 1975 (dossier, aux pp. 376 et 377). De même, dans l'une de ses brochures («Some special billing charges»), Consumers' Gas explique ainsi l'objet de la PPR (dossier, à la p. 680):

[TRADUCTION] L'objet premier de ces frais est d'inciter nos clients à payer au plus tard à la date d'échéance et de maintenir, par ce moyen, les rentrées de fonds de la

penalty helps to offset our costs of carrying outstanding gas accounts receivable and collecting delinquent accounts.

Compensation for the cost of payment deferred is the hallmark of a credit arrangement.

48 Even if deterrence were the only intended purpose of the LPP, that would not be determinative of the issue before the Court. The nature of the arrangement between Consumers' Gas and its customers is a question of law. That question turns on how the LPP operates in substance, not on what the respondent hopes to achieve by imposing it. Nor does the Court owe curial deference to the OEB with regard to the characterization of the penalty. It is clear that Consumers' Gas neither encourages late payments nor seeks to profit from them. The issue, however, is not what the company would prefer but what it has consented to. Under the terms prevailing between the parties, customers are permitted to defer their payment, albeit for a price. That is an arrangement for the advancing of credit under the broad language adopted in s. 347. As the OEB recognized, a five percent penalty is an effective deterrent precisely because it constitutes a high cost, in economic terms, for the retention of money. It is the severity of that cost which, in the view of the appellant, runs afoul of s. 347.

49 This conclusion is not affected by the fact that late payment penalties exist in certain federal and provincial statutes. Such penalties are readily distinguishable from the LPP at issue here. The contractual relationship between a public utility and its customers regarding the payment of monthly charges is not comparable to the political relationship between a government and its citizens regarding the payment of taxes. There is no agreement or arrangement between the latter parties governing the imposition of taxes, let alone permitting the payment of one amount by a due date and another amount thereafter. In any event, for the purposes of s. 347, tax is not the monetary value of goods, services, or benefits provided by the government, and the deferral of tax, even if such deferral were permitted, would not constitute "credit" within the

compagnie. Les recettes tirées de cette pénalité aident à compenser nos frais de report des comptes de gaz en souffrance et les frais de recouvrement de ces comptes.

L'indemnisation du coût d'un paiement différé est la caractéristique d'une entente de prêt.

Même si la dissuasion était le seul objet de la PPR, cela ne réglerait pas la question soumise à la Cour. La nature de l'entente entre Consumers' Gas et ses clients est une question de droit. Cette question dépend de la façon dont la PPR fonctionne essentiellement, et non de ce que l'intimée compte obtenir en l'imposant. La Cour n'a pas non plus à faire preuve de retenue à l'égard de la façon dont la CEO qualifie la pénalité. Il est clair que Consumers' Gas n'encourage pas les paiements en retard et ne cherche pas non plus à en profiter. La question n'est cependant pas de savoir ce que la compagnie préférerait, mais ce à quoi elle a consenti. Selon les conditions qui existent entre les parties, les clients sont autorisés à différer leur paiement, à un prix toutefois. Il s'agit d'une entente de prêt qui est visée par le texte large de l'art. 347. Comme la CEO l'a reconnu, une pénalité de 5 pour 100 est une mesure de dissuasion efficace précisément parce qu'elle représente un coût élevé, en termes économiques, pour retenir une somme d'argent. C'est le caractère élevé de ce coût qui, de l'avis de l'appelant, contrevient à l'art. 347.

Le fait que certaines lois fédérales et provinciales prescrivent des pénalités pour paiement en retard ne change rien à cette conclusion. On peut aisément établir une distinction entre ces pénalités et la PPR en cause dans la présente affaire. La relation contractuelle qui existe entre une entreprise de services publics et ses clients en ce qui concerne le paiement de frais mensuels n'a rien de comparable avec la relation politique qui existe entre un gouvernement et ses citoyens en matière de paiement de taxes. Il n'y a, entre ces dernières parties, aucune convention ni aucune entente régissant l'imposition de taxes et, encore moins, autorisant le paiement d'un montant au plus tard à une date d'échéance et celui d'un autre montant à une date ultérieure. Quoi qu'il en soit, pour les fins de l'art. 347, une taxe n'est pas la valeur pécuniaire

meaning of s. 347(2). See *Delta v. Active Chemicals Ltd.* (1984), 57 B.C.L.R. 213 (C.A.), at p. 217.

For these reasons, I conclude that the LPP imposed by Consumers' Gas is a "charg[e] . . . in the form of a . . . penalty . . . payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement". As such it is an interest charge for the purposes of s. 347.

The conclusions reached in this appeal may not follow intuitively from the concepts of "credit" and "interest" as those terms are employed at common law and in everyday life. The result here is mandated by the extremely broad compass given to those terms by Parliament under s. 347. As Huddart L.J.S.C. observed in *Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.* (1981), 34 B.C.L.R. 55, at p. 60:

> The thrust of the definitions of "credit advanced" and "interest" is to cover all possible aspects of any transaction to ensure that the cost of using someone else's money never exceeds the criminal rate. Thus, they focus on the actual benefit given to the borrower and the real cost of borrowing. The actual benefit is the real amount in the borrower's hands minus all the penalties, commissions and other costs incurred. The cost of borrowing is also widely defined. Clearly the intention of the legislature was to concentrate on the substance of the transaction, not on its mechanics or form.

It should be noted however that s. 347 is a deeply problematic law. Some of its terms are most comfortably understood in the narrow context of street-level loan sharking, while others compel a much broader application. The two facets of the statute do not comfortably co-exist. The Court is aware that the present decision may have the effect of increasing the importance of s. 347 in some consumer and commercial transactions.

de biens, services ou prestations fournis par le gouvernement, et le paiement différé d'une taxe, même s'il était permis, ne constituerait pas un «capital» au sens du par. 347(2). Voir *Delta c. Active Chemicals Ltd.* (1984), 57 B.C.L.R. 213 (C.A.), à la p. 217.

Pour ces motifs, j'arrive à la conclusion que la PPR imposée par Consumers' Gas représente des «frais» sous forme de «pénalités [. . .] payables [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]». Il s'agit donc de frais d'intérêt aux fins de l'art. 347. 50

Il se peut que les conclusions tirées dans le présent pourvoi ne découlent pas intuitivement des notions de «capital» et d'«intérêt» utilisées en common law et dans la vie de tous les jours. Le résultat en l'espèce est commandé par la portée extrêmement large que le législateur donne à ces termes à l'art. 347. Comme le juge local Huddart de la Cour suprême l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mira Design Co. c. Seascape Holdings Ltd.* (1981), 34 B.C.L.R. 55, à la p. 60: 51

> [TRADUCTION] L'objet des définitions de «capital prêté» et d'«intérêt» est de viser tous les aspects possibles d'une opération afin de garantir que le coût de l'utilisation de sommes d'argent appartenant à quelqu'un d'autre ne dépasse jamais le taux criminel. Ainsi, ces définitions sont axées sur l'avantage réel qui est procuré à l'emprunteur et sur le coût réel de l'emprunt. L'avantage réel est le montant véritable qui est entre les mains de l'emprunteur, déduction faite de l'ensemble des pénalités, commissions et autres frais supportés. Le coût de l'emprunt est également défini de manière générale. De toute évidence, le législateur avait l'intention de se concentrer sur la nature de l'opération, et non pas sur ses modalités ou sa forme.

Il y a lieu toutefois de noter que l'art. 347 est une disposition très problématique. Certains de ses termes se comprennent mieux dans le contexte restreint du prêt usuraire ordinaire, alors que d'autres commandent une application beaucoup plus large. Les deux aspects de cette disposition ne coexistent pas facilement. La Cour est consciente que la présente décision peut avoir pour effet d'accroître l'importance de l'art. 347 dans certaines opérations 52

Given the interpretive difficulties inherent in the provision and the volume of civil litigation which it has already spawned, it is with some reluctance that we are legally driven to this conclusion. However, the plain terms of s. 347 must govern its application. If the section is to be given a more directed focus, it lies with Parliament, not the courts, to take the required remedial action.

53 In any event, the result reached in this appeal is limited. On the facts of this case, a penalty incurred, pursuant to the terms of a standing arrangement between the parties, for the deferral of payment of a specified amount of money owing for goods, services or benefits is an "interest" charge within the meaning of s. 347 and is subject to that law's prohibitions against requiring or receiving interest at a criminal rate.

2. Is the Application of s. 347 Precluded by the Principles Set Forth in *Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.*?

54 As noted, s. 347 creates two separate offences. Section 347(1)(*a*) makes it illegal to enter into an agreement or arrangement to receive interest at a criminal rate. Section 347(1)(*b*) makes it illegal to receive a payment or partial payment of interest at a criminal rate. The relationship between these two provisions has been the subject of much comment in the courts below and in academic writings. In particular, controversy exists about whether an agreement which does not expressly require the payment of criminal interest at the time it is entered into may nevertheless give rise to an actual payment of interest at an illegal rate. Such cases can arise if an additional charge is incurred while credit is outstanding, or if the actual period for repayment is shortened by the occurrence of a determining event or an act by one of the parties. See, e.g., *Mira Design, supra*; *Aectra Refining & Marketing Inc. v. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146 (Gen. Div.); S. Antle, "A Practical Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest" (1994), 23

en matière de commerce et de consommation. Étant donné les difficultés d'interprétation inhérentes à cette disposition et le nombre de poursuites civiles qu'elle a déjà suscitées, c'est avec une certaine hésitation que nous sommes amenés en droit à tirer cette conclusion. Toutefois, les termes clairs de l'art. 347 doivent régir son application. Si cette disposition a besoin d'être plus précise, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient de prendre les mesures correctives nécessaires.

De toute façon, le résultat auquel on arrive en l'espèce est limité. D'après les faits de la présente affaire, une pénalité imposée, conformément aux conditions d'une entente permanente entre les parties, en contrepartie du paiement différé d'une somme d'argent déterminée qui est exigible pour des biens, services ou prestations, constitue un «intérêt» au sens de l'art. 347 et est visée par les interdictions d'exiger ou de percevoir des intérêts à un taux criminel que renferme cette disposition.

2. Les principes énoncés dans *Nelson c. C.T.C. Mortgage Corp.* empêchent-ils l'application de l'art. 347?

Comme nous l'avons vu, l'art. 347 crée deux infractions distinctes. Aux termes de l'al. 347(1)*a*), il est illégal de conclure une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel. D'après l'al. 347(1)*b*), il est illégal de percevoir, même partiellement, des intérêts à un taux criminel. Le lien entre ces deux dispositions a été amplement commenté devant les tribunaux d'instance inférieure et dans la doctrine. En particulier, il existe une controverse sur la question de savoir si une entente qui n'exige pas expressément le paiement d'intérêts à un taux criminel au moment où elle est conclue peut malgré tout entraîner un paiement réel d'intérêts à un taux illégal. De telles situations peuvent se présenter si des frais supplémentaires sont imposés pendant la durée du prêt ou si la période réelle de remboursement est abrégée à la suite d'un événement déterminant ou d'un acte accompli par l'une des parties. Voir, par exemple, *Mira Design*, précité; *Aectra Refining & Marketing Inc. c. Lincoln Capital Funding Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 146 (Div. gén.); S. Antle, «A Practical

C.B.L.J. 323, at p. 334; Ziegel, "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost", *supra*, at p. 240; M. Feldman, "Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation" (1985), 2 *Bus. & L.* 70.

Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest» (1994), 23 *C.B.L.J.* 323, à la p. 334; Ziegel, «The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost», *loc. cit.*, à la p. 240; M. Feldman, «Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation» (1985), 2 *Bus. & L.* 70.

The leading decision on this issue is *Nelson*, *supra*. The facts and judgments in *Nelson* are set forth in detail in the companion case to this appeal, *Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 S.C.R. 90, and need not be fully repeated. Briefly, the Nelsons were guarantors of a mortgage on which a number of fixed fees were payable in addition to conventional interest. Had the mortgage been repaid when it was due, the fees and interest would have produced an effective interest rate of 52.49 percent per annum. However, the mortgage contained a right of prepayment which was exercised by the debtor early in the life of the agreement. When the interest rate was calculated over the term during which the mortgage was actually outstanding, it was 84.1 percent per annum. The Nelsons sued the lender alleging that the mortgage agreement was void and unenforceable under s. 305.1 (now s. 347). 55

L'arrêt de principe sur cette question est *Nelson*, précité. Comme les faits et les jugements dans l'arrêt *Nelson* sont relatés en détail dans l'arrêt connexe *Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd.*, [1998] 3 R.C.S. 90, il est inutile de les reprendre au complet. En résumé, les Nelson étaient garants d'un prêt hypothécaire à l'égard duquel certains frais fixes étaient payables en plus de l'intérêt conventionnel. Si le prêt hypothécaire avait été remboursé à l'échéance, les frais et intérêts auraient donné un taux d'intérêt annuel effectif de 52,49 pour 100. Toutefois, le prêt hypothécaire comportait un droit de remboursement anticipé que le débiteur a exercé au début de la durée du contrat. Quand le taux d'intérêt a été calculé pour la période pendant laquelle le prêt hypothécaire avait réellement été en cours, il était de 84,1 pour 100 par année. Les Nelson ont poursuivi le prêteur en faisant valoir que la convention hypothécaire était nulle et non exécutoire en vertu de l'art. 305.1 (maintenant l'art. 347).

The issue at trial and on appeal was whether the rate of interest should be calculated over the full term of the mortgage as stated in the agreement, or over the shorter period that the mortgage was actually outstanding. The British Columbia Court of Appeal split on the question. Hutcheon J.A., dissenting, held that the case turned on the distinction between ss. 347(1)(*a*) and 347(1)(*b*). In his view, subs. (1)(*a*) prohibits entering into an agreement which, on its face, requires the payment of illegal interest; he found that such a situation was not before him. However, he held that subs. (1)(*b*) prohibits the actual receipt of an illegal interest payment, and the rate in such situations must be based on the time elapsed since the money was advanced, even if that period differs from the term foreseen in the agreement. The majority, *per* Seaton J.A., found that such an approach would pro- 56

La question litigieuse en première instance et en appel était de savoir si le taux d'intérêt devait être calculé pour toute la durée du prêt hypothécaire, tel que prévu dans la convention, ou pour la période plus brève au cours de laquelle le prêt hypothécaire avait réellement été en cours. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique était divisée sur ce point. Le juge Hutcheon, dissident, a statué que l'affaire reposait sur la distinction entre l'al. 347(1)*a*) et l'al. 347(1)*b*). Selon lui, l'al. (1)*a*) interdit de conclure une convention qui, à première vue, exige le paiement d'intérêts illégaux; il a conclu que ce n'était pas la situation dont il était saisi. Toutefois, il a jugé que l'al. (1)*b*) interdit la perception réelle d'intérêts illégaux, et que le taux, en pareil cas, doit être calculé en fonction du délai écoulé depuis le moment où l'argent a été prêté, même si ce délai diffère de celui prévu dans la

duce an absurd result in a situation where the period of repayment is within the exclusive control of the debtor. As Seaton J.A. held at pp. 144-45, Parliament cannot have intended that "an innocent mortgagee who has entered into a perfectly lawful agreement should as the result of the voluntary act of the mortgagor in prepaying the mortgage become guilty of an offence under [s. 347(1)(*b*)]". The majority recognized that the same might not be true if a mortgage were payable on the demand of the creditor rather than at the debtor's option. The reasons of the majority were agreed to in substance by this Court.

57 The gravamen of *Nelson* is that an agreement or arrangement for credit which is legal on its face cannot become illegal under s. 347 through the voluntary act of the debtor. Consumers' Gas contends that this principle precludes the application of s. 347 in the case at bar, because incurring and paying the LPP are voluntary acts of the customer. The motions judge accepted the argument that *Nelson* is dispositive of this case and dismissed the action on that basis. The Ontario Court of Appeal agreed. In particular, the Court of Appeal noted that the decision in *Nelson* was affirmed by this Court.

58 The reasons in *Dancorp*, which are being released simultaneously with this decision, revisit *Nelson* and set forth the following general principles governing the interpretation of s. 347 (at para. 34):

(1) Section 347(1)(*a*) should be narrowly construed. Whether an agreement or arrangement for credit violates s. 347(1)(*a*) is determined as of the time the transaction is entered into. If the agreement or arrangement permits the payment of interest at a criminal rate but does not require it, there is no violation of s. 347(1)(*a*), although s. 374(1)(*b*) might be engaged.

(2) Section 347(1)(*b*) should be broadly construed. Whether an interest payment violates s. 347(1)(*b*) is determined as of the time the payment is received. For the purposes of s. 347(1)(*b*), the effective annual rate of interest arising from a payment is cal-

convention. Les juges majoritaires ont conclu, par l'intermédiaire du juge Seaton, qu'une telle interprétation donnerait un résultat absurde dans une situation où la période de remboursement relève du contrôle exclusif du débiteur. Comme le juge Seaton l'a statué, aux pp. 144 et 145, le législateur ne saurait avoir voulu qu'[TRADUCTION] «un créancier hypothécaire de bonne foi qui a conclu un contrat parfaitement légal devienne coupable d'une infraction à [l'al. 347(1)*b*)] parce que le débiteur a volontairement remboursé l'hypothèque par anticipation». Les juges majoritaires ont reconnu que la situation pourrait être différente si une hypothèque était remboursable à la demande du créancier plutôt qu'au gré du débiteur. Notre Cour a souscrit, pour l'essentiel, aux motifs des juges majoritaires.

L'arrêt *Nelson* veut essentiellement qu'un acte volontaire du débiteur ne puisse pas rendre illégale, en vertu de l'art. 347, une convention ou une entente de prêt qui est légale à première vue. Consumers' Gas soutient que ce principe empêche l'application de l'art. 347 en l'espèce parce que le client encourt et paie volontairement la PPR. Le juge des requêtes a retenu l'argument selon lequel l'arrêt *Nelson* est déterminant en l'espèce, et a rejeté l'action pour ce motif. La Cour d'appel de l'Ontario partageait le même avis et a notamment fait remarquer que l'arrêt *Nelson* avait été confirmé par notre Cour.

Dans les motifs de l'arrêt *Dancorp*, qui sont déposés en même temps que le présent arrêt, on revoit l'arrêt *Nelson* et on énonce les principes généraux suivants qui régissent l'interprétation de l'art. 347 (au par. 34):

(1) L'alinéa 347(1)*a*) doit être interprété restrictivement. La question de savoir si une convention ou une entente de prêt viole l'al. 347(1)*a*) est déterminée à la date à laquelle l'opération est effectuée. Si la convention ou l'entente permet le paiement d'intérêts à un taux criminel mais ne l'exige pas, il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)*a*), quoique l'al. 347(1)*b*) puisse s'appliquer.

(2) L'alinéa 347(1)*b*) doit être interprété de façon libérale. La question de savoir si un paiement d'intérêts viole l'al. 347(1)*b*) est déterminée à la date à laquelle le paiement est reçu. Aux fins de l'al. 347(1)*b*), le taux d'intérêt annuel effectif résultant

culated over the period during which credit is actually outstanding.

(3) There is no violation of s. 347(1)(*b*) where a payment of interest at a criminal rate arises from a voluntary act of the debtor, that is, an act wholly within the control of the debtor and not compelled by the lender or by the occurrence of a determining event set out in the agreement. [Emphasis in original.]

d'un paiement est calculé en fonction de la période pendant laquelle le prêt est réellement en cours.

(3) Il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)*b*) lorsqu'un paiement d'intérêts à un taux criminel résulte d'un acte volontaire du débiteur, c'est-à-dire un acte qui relève entièrement de sa volonté et qui n'est pas imposé par le prêteur en raison d'un événement déterminant prévu dans la convention. [Souligné dans l'original.]

Applying the first principle stated above, it is clear that there is no violation of s. 347(1)(*a*) in this case. The arrangement between Consumers' Gas and its customers does not, on its face, require the payment of interest at a criminal rate. The payment of such interest depends on the occurrence of subsequent events. 59

Si on applique le premier principe susmentionné, il est clair qu'il n'y a aucune violation de l'al. 347(1)*a*) en l'espèce. L'entente conclue entre Consumers' Gas et ses clients n'exige pas, à première vue, le paiement d'intérêts à un taux criminel. Le paiement de ces intérêts dépend d'événements subséquents.

With regard to s. 347(1)(*b*), Consumers' Gas makes two arguments. First, it contends that a customer can avoid the LPP entirely by paying on time, and therefore any customer who incurs the penalty does so voluntarily. Second, it contends that the amount of time which passes between the due date and the actual payment of the LPP — and therefore the effective rate of interest arising from the penalty — is entirely within the control of the customer. Consumers' Gas submits that under the third principle stated above, receipt of the LPP cannot constitute a violation of s. 347(1)(*b*). 60

En ce qui concerne l'al. 347(1)*b*), Consumers' Gas avance deux arguments. Premièrement, elle soutient qu'un client peut éviter complètement la PPR en payant à temps, de sorte que le client qui encourt cette pénalité le fait volontairement. Deuxièmement, elle prétend que le délai qui s'écoule entre la date d'échéance et la date à laquelle la PPR est réellement payée — et donc le taux d'intérêt effectif résultant de la pénalité — relève entièrement du contrôle du client. Consumers' Gas fait valoir que, suivant le troisième principe susmentionné, la perception de la PPR ne peut pas constituer une violation de l'al. 347(1)*b*).

The respondent's assertion that customers "voluntarily" pay the LPP is unpersuasive. The prepayment of the mortgage in *Nelson* was a voluntary act because it was wholly at the debtor's initiative and was not compelled by the lender's demand or by a determining event set out in the agreement. A customer's failure to pay the LPP by a named date is not voluntary in the same sense. The LPP is automatically triggered by an event specified in the arrangement between the parties, i.e. the passage of time. The fact that the respondent consents to the possibility of late payment, and thereby presents its customers with the option of paying before or after the due date, does not mean that a customer "voluntarily" incurs the LPP when he or she fails to pay on time. A penalty is not "voluntary" simply because it could conceivably be 61

L'affirmation de l'intimée selon laquelle les clients paient «volontairement» la PPR n'est pas convaincante. Le remboursement anticipé du prêt hypothécaire dans *Nelson* était un acte volontaire parce qu'il avait été fait complètement à l'initiative du débiteur et n'avait pas été exigé par le prêteur ni imposé par un événement déterminant prévu dans la convention. Le défaut d'un client de payer la PPR à une date donnée n'est pas volontaire dans le même sens. L'imposition de la PPR est déclenchée automatiquement par un événement prévu dans la convention entre les parties, c'est-à-dire l'écoulement du temps. Le fait que l'intimée consente à la possibilité d'un paiement en retard et donne ainsi à ses clients le choix de payer avant ou après la date d'échéance ne signifie pas qu'un client encourt «volontairement» la PPR s'il ne paie pas à temps.

avoided through prompt payment. If that were the case, then all penalties could be considered voluntary, and the inclusion of the term "penalty" in s. 347(2) would become meaningless. When a penalty is specified in an agreement or arrangement for credit, the lender bears the risk that the payment of that penalty might give rise to a violation of s. 347(1)(*b*).

62 It is unnecessary, in the context of this appeal, to create a general rule regarding which kinds of payments are "voluntary" within the meaning of *Nelson*. It bears noting in particular that the "voluntariness" of certain automatic payment terms, such as acceleration clauses triggered by the debtor's default or insolvency, remains an open question. Some writers have suggested that a distinction should be drawn between clauses which accelerate repayment automatically, and those which give the lender the option of demanding repayment upon the occurrence of a stated event. In the latter case, it would be the lender's demand which attracts s. 347, and the lender could avoid liability by declining to accelerate repayment. See, e.g., Antle, *supra*, at p. 327. In my view, such a distinction is not required in this case, since the issue presented here concerns a penalty — which is provided for explicitly in s. 347 — and not an acceleration clause.

63 The respondent's second argument with regard to "voluntariness" presents a closer question. The actuarial evidence submitted in this case shows that if a regular billing customer pays the LPP within 38 days of incurring it, the five percent charge represents an annual interest rate exceeding 60 percent per annum. If the customer waits 38 days or longer to pay, the rate drops below the criminal threshold. The respondent submits that because the LPP does not compound or increase over time, and because no further sanctions are imposed by the company for late payment once the due date has passed, it is open to the customer to

Une pénalité n'est pas «volontaire» pour la simple raison qu'on pourrait théoriquement l'éviter en payant sans tarder. Si tel était le cas, toutes les pénalités pourraient être considérées comme volontaires, et l'emploi du terme «pénalités» au par. 347(2) perdrait tout son sens. Quand une convention ou une entente de prêt prévoit une pénalité, le prêteur court le risque que le paiement de cette pénalité engendre une violation de l'al. 347(1)*b*).

Il est inutile, dans le contexte du présent pourvoi, d'établir une règle générale concernant les genres de paiement qui sont «volontaires» au sens de l'arrêt *Nelson*. Il convient de noter en particulier que la question du «caractère volontaire» de certaines conditions de paiement automatique, comme les clauses de remboursement anticipé que déclenche le défaut ou l'insolvabilité du débiteur, demeure non résolue. Certains auteurs ont affirmé qu'il faudrait établir une distinction entre les clauses qui entraînent automatiquement un remboursement anticipé et celles qui donnent au prêteur la faculté d'exiger un remboursement lorsque se produit un événement particulier. Dans ce dernier cas, ce serait la demande de remboursement du prêteur qui entraînerait l'application de l'art. 347, et ce dernier pourrait éviter d'engager sa responsabilité en refusant le remboursement anticipé. Voir, par exemple, Antle, *loc. cit.*, à la p. 327. À mon avis, il n'est pas nécessaire de faire une telle distinction en l'espèce, étant donné que la question litigieuse concerne une pénalité expressément prévue à l'art. 347, et non pas une clause de remboursement anticipé.

Le deuxième argument de l'intimée concernant le «caractère volontaire» soulève une question plus précise. D'après la preuve actuarielle soumise en l'espèce, si un client qui est facturé selon le plan normal paie la PPR dans les 38 jours de son imposition, les frais de 5 pour 100 représentent un taux d'intérêt annuel qui dépasse 60 pour 100. Si le client attend 38 jours ou plus pour payer, le taux tombe sous le seuil criminel. L'intimée soutient que parce que la PPR ne comporte aucun intérêt composé et n'augmente pas avec le temps, et parce qu'aucune autre sanction pour paiement en retard n'est imposée par la compagnie une fois passée la

pay the LPP at any time after it has been incurred, including after the date when the interest rate arising from the penalty would no longer be illegal. It is claimed that to find liability under s. 347 in such circumstances would offend the principle of "voluntariness" set forth in *Nelson*.

This case is unlike *Nelson* in several important respects. In *Nelson*, the mortgage was not yet due when the debtor chose to repay it and he was presumably under no pressure from the lender to pay early. Here, by contrast, payment of the monthly bill is overdue and the LPP is already owing at the time the customer actually pays Consumers' Gas; the question is not whether to pay early, but rather how late is too late. Because there is no specific contractual term governing the time for payment after the imposition of the LPP, technically it may be argued that there is an indefinite extension of credit. It is obvious, however, that that is not really the case — the customer does not have the option of never paying his or her bill. There is an implied limit to the term for which credit is extended, after which the respondent will undertake to recover the money that is owed to it. The record does not disclose if or when Consumers' Gas would actually sue a customer for non-payment or discontinue service. However, in one of its informational brochures ("To Your Credit"), the respondent explains to its customers the procedures which it employs for "collecting past due bills" (Case on Appeal, at p. 687):

We send out a broad range of bill messages and notices to remind customers to pay past due bills. The sequence of bill messages and notices depends upon a customer's credit rating and the particular circumstances surrounding the account.

The respondent gives examples of "what happens if bills are not paid on time", including the following (Case on Appeal, at p. 688):

Probability of the gas supply being cut-off to severely overdue accounts. This will result in personal inconve-

date d'échéance, il est loisible au client de payer la PPR n'importe quand après son imposition, y compris après la date à laquelle le taux d'intérêt résultant de la pénalité cesserait d'être illégal. On fait valoir qu'une déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 347 dans de telles circonstances irait à l'encontre du principe du «caractère volontaire» énoncé dans *Nelson*.

La présente affaire diffère de l'arrêt *Nelson* sous plusieurs aspects importants. Dans *Nelson*, le prêt hypothécaire n'était pas encore exigible lorsque le débiteur a décidé de le rembourser, et le prêteur n'avait vraisemblablement exercé aucune pression pour qu'il rembourse promptement. Par contre, en l'espèce, le paiement de la facture mensuelle est en retard et la PPR est déjà exigible lorsque le client paie Consumers' Gas; la question n'est pas de savoir s'il convient de payer promptement, mais plutôt de savoir quand tard est trop tard. Comme il n'existe aucune clause contractuelle précise qui régit le moment du paiement après l'imposition de la PPR, on peut théoriquement faire valoir qu'il y a prêt de capital pendant une période indéterminée. Il est évident, toutefois, que ce n'est pas vraiment le cas; le client n'a pas la faculté de ne jamais payer sa facture. Il y a une limite implicite à la durée du prêt, après quoi l'intimée entreprendra de recouvrer l'argent qui lui est dû. Le dossier ne révèle pas si ou quand Consumers' Gas engagerait des poursuites contre un client pour non-paiement ou interromprait le service. Toutefois, dans l'une de ses brochures («To Your Credit»), l'intimée explique à ses clients comment elle procède pour [TRADUCTION] «recouvrer les factures en souffrance» (dossier, à la p. 687): 64

[TRADUCTION] Nous envoyons une foule de messages de facturation et d'avis rappelant aux clients de payer leurs factures en souffrance. La séquence de ces messages et de ces avis dépend de la cote de solvabilité du client et des circonstances particulières du compte.

L'intimée donne des exemples de [TRADUCTION] «ce qui se passe si une facture n'est pas payée à temps», notamment celui-ci (dossier, à la p. 688):

[TRADUCTION] Interruption probable de l'approvisionnement en gaz pour les comptes en souffrance depuis

nience, a service reconnection charge and a security deposit payment.

65 Strictly speaking, it is true that customers may delay their payment of the LPP beyond 38 days, but there is clearly no invitation to do so, and it would be disingenuous to conclude that customers actually perceive themselves to be at liberty to wait that long. Statistical evidence submitted by the appellant strongly supports the opposite conclusion. Approximately 81 percent of late payers pay the penalty within 10 days of incurring it, that is, at an effective rate of interest far beyond the criminal limit. Consumers' Gas and the OEB have been aware of such statistics since at least 1988. See E.B.R.O. 452, at pp. 325-26. Indeed, the respondent tracks such statistics carefully for the purpose of budgeting revenue collected under the LPP as a component of its cash flow. In light of these facts, it cannot be said that payment of the LPP within 38 days is a "voluntary" act within the meaning of *Nelson*.

66 For the foregoing reasons, the LPP charged by Consumers' Gas comes within the scope of s. 347 of the *Criminal Code*.

B. *Did the motions judge err in awarding costs against Garland in his personal capacity?*

67 On September 13, 1995, Consumers' Gas moved for an order amending the formal judgment of the motions judge. Garland refused to consent to that motion. The motion was granted, and the judge assessed $500 in costs "payable to the defendant . . . by the plaintiff personally, forthwith". Garland asserted that that award contravenes s. 59.4 of the *Law Society Act*, which was added by s. 3 of the *Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding), 1992*, S.O. 1992, c. 7.

68 Section 59.4 provides:

59.4—(1) A defendant to a proceeding may apply to the board for payment from the Class Proceedings Fund in respect of a costs award made in the proceeding in

longtemps. Il en résultera un désagrément personnel, des frais de rebranchement et un dépôt de garantie.

À strictement parler, il est vrai que les clients peuvent attendre plus de 38 jours pour payer la PPR; mais on ne les invite certainement pas à le faire, et il serait malhonnête de conclure que les clients ont vraiment l'impression de pouvoir attendre aussi longtemps. La preuve statistique soumise par l'appelant étaye fortement la conclusion contraire. Environ 81 pour 100 des clients qui paient en retard acquittent la pénalité dans les 10 jours de son imposition, c'est-à-dire à un taux d'intérêt effectif qui dépasse largement le seuil criminel. Consumers' Gas et la CEO sont au courant de ces statistiques depuis au moins 1988. Voir E.B.R.O 452, aux pp. 325 et 326. En fait, l'intimée suit minutieusement ces statistiques pour budgétiser les recettes tirées de la PPR en tant que source de rentrées de fonds. Compte tenu de ces faits, on ne saurait affirmer que le paiement de la PPR dans les 38 jours est un acte «volontaire» au sens de l'arrêt *Nelson*.

Pour les motifs qui précèdent, la PPR imposée par Consumers' Gas relève de l'art. 347 du *Code criminel*.

B. *Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en condamnant Garland personnellement à des dépens?*

Le 13 septembre 1995, Consumers' Gas a présenté une motion en vue d'obtenir une ordonnance modifiant le dispositif du jugement du juge des requêtes. Garland a refusé de consentir à cette motion. Le juge a fait droit à la motion et accordé des dépens de 500 $ [TRADUCTION] «payables sans délai à la défenderesse [. . .] par le demandeur personnellement». Garland a soutenu que l'attribution de ces dépens contrevient à l'art. 59.4 de la *Loi sur le Barreau*, qui a été ajouté par l'art. 3 de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur le Barreau (financement des recours collectifs)*, L.O. 1992, ch. 7.

L'article 59.4 se lit ainsi:

59.4 (1) Le défendeur dans un recours ou une instance peut présenter au conseil une demande de paiement sur le Fonds d'aide aux recours collectifs à l'égard des

the defendant's favour against a plaintiff who has received financial support from the Class Proceedings Fund in respect of the proceeding.

. . .

(3) A defendant who has the right to apply for payment from the Class Proceedings Fund in respect of a costs award against a plaintiff may not recover any part of the award from the plaintiff.

The purpose of this provision is to protect class representatives from personal exposure to costs in actions where financial support has been granted by the Class Proceedings Fund. Such protection is important for promoting the purposes of the *Class Proceedings Act, 1992*. Garland has successfully applied for support from the Class Proceedings Fund. Accordingly, he should not be exposed to personal liability for any costs arising in this action, including costs incurred in the context of procedural motions. The award of personal costs against Garland is set aside.

VI. Conclusions and Disposition

The appeal is allowed with costs in the cause. (i) Section 347 of the *Criminal Code* applies to the LPP imposed by the respondent. The LPP is an interest charge within the meaning of s. 347(2), and the law's application is not precluded by the principles set forth in the *Nelson* decision. Summary judgment is set aside, and this action is remitted to the Ontario Court (General Division) for proceedings in accordance with the *Class Proceedings Act, 1992*. (ii) The award of costs in the amount of $500 against the appellant in his personal capacity is set aside.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — The late payment policy of the Consumers' Gas Company Limited provides that bills rendered to residential customers which are not paid on the due date will be sub-

dépens adjugés en sa faveur contre le demandeur qui a reçu une aide financière du Fonds à l'égard de ce recours ou de cette instance.

. . .

(3) Le défendeur qui a le droit de demander un paiement sur le Fonds d'aide aux recours collectifs à l'égard de dépens adjugés contre le demandeur ne peut recouvrer auprès de celui-ci aucune partie du montant adjugé.

Cette disposition vise à protéger les représentants des membres d'un groupe de personnes dans un recours collectif contre toute condamnation personnelle aux dépens dans le cadre d'une instance où une aide financière a été accordée par le Fonds d'aide aux recours collectifs. Cette protection est importante pour promouvoir les objectifs de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Garland a réussi à obtenir une aide financière du Fonds d'aide aux recours collectifs. Par conséquent, il ne devrait pas risquer d'être tenu personnellement responsable des dépens découlant de la présente action, notamment des dépens accordés dans le cadre de motions d'ordre procédural. La condamnation de Garland à des dépens à titre personnel est annulée.

VI. Conclusions et dispositif

Le pourvoi est accueilli avec dépens. (i) L'article 347 du *Code criminel* s'applique à la PPR imposée par l'intimée. La PPR représente des frais d'intérêt au sens du par. 347(2), et les principes énoncés dans l'arrêt *Nelson* ne font pas obstacle à l'application de cette disposition. Le jugement sommaire est annulé et l'affaire est renvoyée devant la Cour de l'Ontario (Division générale) pour y être instruite conformément à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. (ii) La condamnation à des dépens de 500 $ prononcée contre l'appelant à titre personnel est annulée. 69

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — La politique de Consumers' Gas Company Limited en matière de paiement en retard prévoit que les factures adressées aux clients résidentiels, qui n'ont 70

ject to a penalty of five (5) percent of the unpaid amount.

71 Between 1981 and 1989, the late payment penalty policy clause contained in Consumers' rate schedules for residential customers read:

PENALTY FOR LATE PAYMENT:

When payment in full is not made within sixteen (16) days of the date of mailing, or the hand delivery of the bill, a penalty of five per cent (5%) of the current amount billed shall be levied. Where payment is made by mail, payment will be deemed to be made on the date postmarked.

72 Commencing in 1989, the provision for late payment penalties was contained in Consumers' Handbook of Rates and Distribution Services as follows:

SECTION F — PAYMENT CONDITIONS

Payment in full should be received by the Company, or by an institution authorized by the Company to accept payments on its behalf, on or before the due date specified in the monthly bill, which date is at least ten (10) days (sixteen (16) days in the case of Rates 1, 2, 6 and 9), after the date of rendering the bill. A penalty of five (5) percent of the unpaid portion of the current amount billed shall be added to the amount due if payment is not received as outlined above. When payment is mailed, the penalty will be added if the postmark on the envelope containing such payment is later than the specified due date.

73 It is the appellant's position that Consumers' Gas offers two payment options to its customers, the no-credit option and the credit option. By the appellant's reasoning, all customers who pay their bills on time adhere to the no-credit option. By contrast, customers who do not pay on time receive credit commencing on the due date and ending when the bill is paid. In my view, no such option exists. Customers have only one option, which is to pay on time. The only question remain-

pas été payées à la date d'échéance, font l'objet d'une pénalité de cinq (5) pour cent du montant dû.

De 1981 à 1989, la clause pénale pour paiement en retard contenue dans les grilles de tarifs de Consumers, applicables aux clients résidentiels, était rédigée ainsi:

[TRADUCTION]

PÉNALITÉ POUR PAIEMENT EN RETARD:

Une pénalité de cinq pour cent (5%) du montant facturé sera imposée si le paiement complet de la facture n'est pas effectué dans les seize (16) jours suivant la date de son expédition par la poste ou de sa livraison par messager. Lorsque le paiement est effectué par la poste, le cachet de la poste fait foi de la date de paiement.

À partir de 1989, la disposition relative aux pénalités pour paiements en retard incluse dans le Handbook of Rates and Distribution Services de Consumers se lisait ainsi:

[TRADUCTION]

SECTION F — MODALITÉS DE PAIEMENT

Le paiement complet doit parvenir à la compagnie, ou à un établissement autorisé par la compagnie à accepter des paiements en son nom, au plus tard à la date d'échéance inscrite sur la facture mensuelle, laquelle date est fixée à au moins dix (10) jours (seize (16) jours dans le cas des tarifs 1, 2, 6 et 9) après la date de facturation. Une pénalité de cinq (5) pour cent de la portion impayée du montant facturé sera ajoutée au montant dû si le paiement n'est pas fait tel que mentionné plus haut. Lorsque le paiement est effectué par la poste, la pénalité est ajoutée si le cachet de la poste apposé sur l'enveloppe contenant le paiement en question indique une date ultérieure à l'échéance fixée.

L'appelant soutient que Consumers' Gas offre deux options de paiement à ses clients, la première sans prêt de capital, la deuxième avec prêt de capital. Selon le raisonnement de l'appelant, tous les clients qui paient leurs factures à temps choisissent l'option sans prêt de capital. Par contre, les clients qui ne paient pas à temps obtiennent un prêt de capital à compter de la date d'échéance jusqu'au paiement de la facture. À mon avis, aucune de ces options n'existe. Les clients n'ont pas le choix: ils

ing is then the characterization of the late payment policy.

Section 347(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, defines "interest" in these terms:

"interest" means the aggregate of all charges and expenses, whether in the form of a fee, fine, penalty, commission or other similar charge or expense or in any other form, paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement, by or on behalf of the person to whom the credit is or is to be advanced, irrespective of the person to whom any such charges and expenses are or are to be paid or payable, but does not include any repayment of credit advanced or any insurance charge, official fee, overdraft charge, required deposit balance or, in the case of a mortgage transaction, any amount required to be paid on account of property taxes;

The definition of interest includes the notion of "penalty". However, the application of s. 347 is also predicated upon the existence of an "agreement or arrangement" for the advancement of credit. The term "agreement" is defined in the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), as "an arrangement between two or more persons as to a course of action". The term "arrangement" is defined as a "settlement of mutual relations or claims between parties".

The application of s. 347 is then predicated upon a consensual extension of credit. There is a critical difference between, on the one hand, a unilateral taking of credit and, on the other hand, an extension of credit by mutual consent between the debtor and the creditor. As R. M. Goode, in his book *Consumer Credit Law* (1989), states, at p. 108:

If a person takes credit without having been granted it — as where he is slow in paying his dentist's bill or his solicitor's account — there is no extension of credit within the Consumer Credit Act. . . . [I]f a person allows delay in settlement of a debt without binding himself to grant time to the debtor, there is no agreement for credit. This is so whether the delay in the demand for payment arises from inadvertence or inactivity — as where the supplier is simply dilatory in sending out his accounts — or is an intentional indulgence, as where the supplier

doivent payer à temps. La seule question qui reste alors est celle de la qualification de la politique en matière de paiement en retard.

Le paragraphe 347(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, définit «intérêt» dans les termes suivants: 74

«intérêt» L'ensemble des frais de tous genres, y compris les agios, commissions, pénalités et indemnités, qui sont payés ou payables à qui que ce soit par l'emprunteur ou pour son compte, en contrepartie du capital prêté ou à prêter. La présente définition exclut un remboursement de capital prêté, les frais d'assurance, les taxes officielles, les frais pour découvert de compte, le dépôt de garantie et, dans le cas d'un prêt hypothécaire, les sommes destinées à l'acquittement de l'impôt foncier.

La définition d'intérêt inclut la notion de «pénalité». Toutefois, l'application de l'art. 347 dépend aussi de l'existence «d'une convention ou d'une entente» de prêt. Le *Nouveau Petit Robert* (1996) définit le terme «convention» comme un «[a]ccord de deux ou plusieurs personnes portant sur un fait précis». Le terme «entente» y est défini comme «[l]e fait de s'entendre, de s'accorder; état qui en résulte». 75

L'application de l'art. 347 dépend donc d'un prêt consensuel de capital. Il y a une différence cruciale entre, d'une part, l'appropriation unilatérale de capital et, d'autre part, le prêt de capital par consentement mutuel du débiteur et du créancier. Comme R. M. Goode l'affirme dans son livre *Consumer Credit Law* (1989), à la p. 108: 76

[TRADUCTION] Si une personne s'approprie du capital qui ne lui a pas été accordé — par exemple, lorsqu'elle tarde à payer les honoraires de son dentiste ou de son avocat — il n'y a pas de prêt du capital au sens de la Consumer Credit Act. [. . .] [S]i quelqu'un autorise un délai pour le règlement d'une dette sans s'engager à accorder un délai au débiteur, il n'y a pas de convention de prêt. Il en est ainsi peu importe que le retard dans la demande de paiement résulte de l'inadvertance ou de l'inaction — comme dans le cas où le fournisseur tarde

agrees to allow further time to pay or to accept payment by instalments. Only where this deferment is not just an indulgence but contractual is there an agreement for credit . . . .

77 On the facts of this case, there is no such consensual extension of credit. I believe that Consumers' Gas has not entered into an agreement or arrangement to give credit to the appellant or to any other customers who have paid the late payment penalty. Indeed, far from being a consensual extension of credit, the respondent's late payment penalty represents an effort to prevent or deter customers from unilaterally taking credit. It is simply a penalty exacted by the respondent because the appellant has not paid his bills on a timely basis. To illustrate my view, here is a statement from an American case: *Coffelt v. Arkansas Power & Light Co.*, 451 S.W.2d 881 (Ark. 1970), *per* Smith J., at p. 884:

> The late charge, far from being an exaction of excessive interest for the loan or forbearance of money, is in fact a device by which consumers are automatically classified to avoid discrimination. Its effect is to require delinquent ratepayers to bear, as nearly as can be determined, the exact collection costs that result from their tardiness in paying their bills. The appellant's argument actually means in substance not that the utility company be prevented from collecting excessive interest but that its customers who pay their bills promptly be penalized by sharing the burden of collecting costs not of their making.

See also *State ex rel. Utilities Commission v. North Carolina Consumers Council, Inc.*, 198 S.E.2d 98 (N.C. Ct. App. 1973).

78 In the present case, there is no agreement whereby the customers of Consumers' Gas are permitted or even encouraged to pay late. Rather, customers are encouraged to pay on time by the imposition of a penalty to be added to payments which are overdue.

simplement à envoyer ses factures — ou d'une indulgence intentionnelle, comme lorsque le fournisseur accorde plus de temps pour payer ou accepte un paiement échelonné. Ce n'est que lorsque ce report résulte non pas de l'indulgence seulement, mais d'un contrat, qu'il y a convention de prêt . . .

D'après les faits de la présente affaire, il n'y a pas de tel prêt consensuel de capital. Je crois que Consumers' Gas n'a conclu aucune convention ou entente de prêt avec l'appelant ou avec tout autre client qui a payé la pénalité pour paiement en retard. En fait, loin d'être un prêt consensuel de capital, la pénalité pour paiement en retard imposée par l'intimée représente une tentative d'empêcher ou de dissuader les clients de s'approprier unilatéralement un capital. Il s'agit simplement d'une pénalité imposée par l'intimée parce que l'appelant n'a pas payé ses factures à temps. Pour illustrer mon point de vue, voici un énoncé tiré d'une affaire américaine: *Coffelt c. Arkansas Power & Light Co.*, 451 S.W.2d 881 (Ark. 1970), le juge Smith, à la p. 884:

> [TRADUCTION] Les frais pour paiement en retard, loin de constituer un intérêt excessif en contrepartie d'un prêt ou de la non-perception d'une somme d'argent, sont en fait un dispositif par lequel les consommateurs sont automatiquement classés de manière à éviter la discrimination. Leur effet est d'exiger que les contribuables contrevenants assument, de manière aussi exacte que possible, les frais de recouvrement résultant de leur retard à payer leurs factures. En réalité, l'argument de l'appelant signifie essentiellement non pas que la compagnie de services publics devrait être empêchée de percevoir des intérêts excessifs, mais que ses clients qui paient leurs factures sans tarder devraient être pénalisés en étant forcés de partager des frais de recouvrement dont ils ne sont aucunement responsables.

Voir également *State ex rel. Utilities Commission c. North Carolina Consumers Council, Inc.*, 198 S.E.2d 98 (N.C. Ct. App. 1973).

En l'espèce, il n'existe aucune convention aux termes de laquelle les clients de Consumers' Gas peuvent payer en retard ou sont même incités à le faire. Les clients sont plutôt encouragés à payer à temps par l'imposition d'une pénalité devant être ajoutée aux paiements en retard.

The decisions of the Ontario Energy Board approving the late payment penalty confirm that the penalty is not "paid or payable for the advancing of credit". Instead, the Ontario Energy Board considers it to be an incentive for timely payment. In fact, the Board specifically rejected the credit option in its decision on the rate application in these terms (E.B.R.O. 302-II, September 4, 1975, at pp. 118-19):

> . . . the Board does not think that a monetary incentive for prompt payment is wrong in principle. Interest charged on over-due accounts on a daily basis has an appeal on theoretical grounds, but it gives little incentive to pay by a named date, gives little weight to collection costs and seems complicated. If interest is charged on a monthly basis, it is subject to the same criticism. . . .

While this is not determinative of the issue, it is one of several indicia to be considered in characterizing the late payment penalty. Winkler J., of the trial court, also considered the fact that the penalty is not compounded; the penalty is a one-time payment which does not increase over time; there is no sanction for the non-payment of the penalty; the penalty triggers contemporaneously with the account becoming overdue.

Because in this case there is no consensual extension of credit, it follows that the late payment penalty is not "paid or payable for the advancing of credit under an agreement or arrangement" within the definition of "interest". Section 347 of the *Criminal Code* is not applicable and therefore the action should be dismissed. I adopt Winkler J.'s conclusion on this issue, 22 O.R. (3d) 451, at p. 471:

> I accept the plaintiff's argument that a deferral of payment constitutes credit. However, I do not agree that just because a customer does not pay on time [this] means that there has been a deferral of payment or that credit has been advanced, particularly where the company has done what it could to encourage the customer to pay on

Les décisions de la Commission de l'énergie de l'Ontario qui approuvent la pénalité pour paiement en retard confirment qu'elle n'est pas «payé[e] ou payabl[e] [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter». Au contraire, la Commission de l'énergie de l'Ontario la considère comme une mesure d'incitation à payer à temps. En fait, dans sa décision sur la demande d'approbation de tarif, la Commission a expressément écarté l'option de paiement avec prêt de capital (E.B.R.O. 302-II, 4 septembre 1975, aux pp. 118 et 119): 79

> [TRADUCTION] . . . la Commission ne pense pas qu'un moyen pécuniaire d'inciter les gens à payer sans tarder soit mauvais en principe. La perception d'intérêts quotidiens sur les comptes en souffrance est attrayante sur le plan théorique, mais elle incite peu les gens à payer au plus tard à une date déterminée, accorde peu d'importance aux frais de recouvrement et semble compliquée. Un intérêt calculé mensuellement ferait l'objet des mêmes critiques. . .

Bien que cela ne soit pas déterminant en l'espèce, c'est un indice parmi plusieurs autres qu'il faut prendre en considération pour qualifier la pénalité pour paiement en retard. Le juge Winkler, du tribunal de première instance, a aussi tenu compte du fait que la pénalité ne comporte aucun intérêt composé: elle est calculée une seule fois et n'augmente pas avec le temps; il n'y a aucune sanction pour le non-paiement de la pénalité et elle devient exigible dès que le compte est en souffrance. 80

Étant donné qu'en l'espèce il n'y a aucun prêt consensuel de capital, il s'ensuit que la pénalité pour paiement en retard n'est pas «payé[e] ou payabl[e] [. . .] en contrepartie du capital prêté ou à prêter [dans le cadre d'une convention ou d'une entente]», au sens de la définition d'«intérêt». L'article 347 du *Code criminel* ne s'applique pas et, par conséquent, il y a lieu de rejeter l'action. Je fais mienne la conclusion que le juge Winkler tire sur ce point, à 22 O.R. (3d) 451, p. 471: 81

> [TRADUCTION] J'accepte l'argument du demandeur qu'un paiement différé constitue un capital prêté. Toutefois, je n'accepte pas qu'il y a paiement différé ou prêt de capital simplement parce qu'un consommateur ne paie pas à temps, en particulier lorsque la compagnie a fait ce qu'elle pouvait pour inciter ce client à payer à

time. A distinction must be drawn between the situation in which a customer fails to pay within a stipulated time, because of inadvertence, choice or because he does not have the money, and the situation in which an agreement is entered into whereby the lender of money or issuer of goods agrees to delay its demand for payment, in exchange for the consideration of an additional charge. In my view, s. 347 is applicable only to the latter situation. The facts before me reveal the former situation.

82 Section 347 of the *Criminal Code* cannot be interpreted as a complete code for consumers. The protection of consumers against such penalty clauses cannot be done by way of an undue extension of these terms. Other options, such as to invalidate abusive penalty clauses, are available to protect consumers. I do not believe that a contract for the extension of credit should be implied in every case where there is late payment pursuant to a sale of goods. This implication, in my view, is an interference with the freedom to contract. I would also note that in the present case, we are dealing with a regulated industry and that a rate approval scheme has been established with the specific purpose of protecting consumer interests. To limit the choice of means of the regulator by resorting to the criminal law power is inappropriate and unwarranted.

83 For the above reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, BASTARACHE J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: McGowan & Associates, Toronto.

Solicitors for the respondent: Aird & Berlis, Toronto.

temps. Il faut faire une distinction entre la situation où un client ne paie pas dans le délai prévu, par inadvertance, par choix ou parce qu'il n'a pas d'argent, et celle où il y a conclusion d'une entente aux termes de laquelle le prêteur d'argent ou le fournisseur de biens accepte de retarder sa demande de paiement en contrepartie de frais supplémentaires. À mon avis, l'art. 347 ne s'applique qu'à la dernière situation. D'après les faits dont je suis saisi, c'est la première situation qui existe.

L'article 347 du *Code criminel* ne peut pas s'interpréter comme un code complet destiné aux consommateurs. La protection des consommateurs contre ce genre de clauses pénales ne peut être garantie au moyen d'une telle interprétation excessive de ses termes. D'autres options existent pour protéger les consommateurs, notamment l'invalidation des clauses pénales abusives. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de conclure à l'existence d'un contrat de prêt implicite chaque fois que le paiement d'une marchandise est effectué en retard. Une telle conclusion irait, à mon avis, à l'encontre de la liberté contractuelle. Je soulignerais aussi qu'en l'espèce nous sommes en présence d'un secteur réglementé et qu'un régime d'approbation des tarifs a été établi dans le but exprès de protéger les intérêts des consommateurs. Limiter le choix des moyens dont dispose l'organisme de réglementation, par le recours à la compétence en matière de droit criminel, est inapproprié et injustifié.

Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge BASTARACHE *est dissident.*

Procureurs de l'appelant: McGowan & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Aird & Berlis, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 1998 Vol. 3

2e cahier, 1998 Vol. 3

Cited as [1998] 3 S.C.R. 157-337

Renvoi [1998] 3 R.C.S. 157-337

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Canadian Egg Marketing Agency *v.* Richardson 157

Practice — Standing — Corporations — Charter challenge — Egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in interprovincial or export trade of eggs — Corporate egg producers in Northwest Territories sued by state organ regulating production and marketing of eggs for damages arising from illegal interprovincial marketing of eggs — Injunction also requested against egg producers — Egg producers alleging in defence that federal legislation regulating egg marketing scheme infringing Charter freedom of association and mobility rights — Whether egg producers entitled to standing to challenge legislation's constitutionality.

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to pursue gaining of livelihood in any province — Egg marketing scheme — Egg producers in Northwest Territories unable to market eggs in interprovincial trade because egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in interprovincial or export trade of eggs — Whether scheme infringing right to pursue gaining of livelihood in any province — Whether scheme discriminating primarily on basis of residence — Canadian

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

Lawlor *c.* Royal 260

Assurance — Assurance automobile — Validité d'une police d'assurance — La police a-t-elle été cédée ou annulée?

Office canadien de commercialisation des œufs *c.* Richardson 157

Pratique — Qualité pour agir — Personnes morales — Contestation fondée sur la Charte — Régime de commercialisation des œufs permettant seulement aux producteurs des provinces qui en font partie de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial ou d'exportation — Organisme de l'État qui régit la production et la commercialisation des œufs intentant une action en dommages-intérêts pour commerce interprovincial illégal d'œufs contre des personnes morales produisant des œufs dans les Territoires du Nord-Ouest — Injonction également sollicitée contre ces producteurs d'œufs — Producteurs d'œufs alléguant en défense que la mesure législative fédérale régissant le régime de commercialisation des œufs porte atteinte à la liberté d'association et à la liberté de circulation et d'établissement garanties par la Charte — Les producteurs d'œufs ont-ils qualité pour contester la constitutionnalité de la mesure législative en cause?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Charter of Rights and Freedoms, s. 6(2)(b), (3)(a) — Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646 — Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 3, 4(1), 7(1)(d), (e) — Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986, SOR/86-8, ss. 4(1)(a), 5(2), 6, 7(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Egg marketing scheme — Egg producers in Northwest Territories unable to market eggs in interprovincial trade because egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in such trade — Whether scheme violating freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646 — Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 3, 4(1), 7(1)(d), (e) — Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986, SOR/86-8, ss. 4(1)(a), 5(2), 6, 7(1).

Lawlor *v.* Royal **260**

Insurance — Automobile insurance — Validity of insurance policy — Whether policy tranferred or cancelled.

R. *v.* Rose **262**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair trial — Right to full answer and defence — Defence required to address jury first if witness called and examined — Crown making implications not addressed by defence in address to jury — Trial judge not addressing issue in charge to jury — Whether provisions requiring order of address to jury contrary to Charter rights to fair trial and to make full answer and defence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3), (4).

Courts — Criminal procedure — Order of addresses to jury — Defence required to address jury first if defence called and examined witnesses — Crown making implications not addressed by defence in address to jury — Constitutional rights to fair trial and to make full answer and defence — Inherent jurisdiction of trial judge — Right of reply.

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de gagner sa vie dans toute province — Régime de commercialisation des œufs — Producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest incapables de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial parce que le régime de commercialisation des œufs permet seulement aux producteurs des provinces qui en font partie de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial ou d'exportation — Le régime porte-t-il atteinte au droit de gagner sa vie dans toute province? — Le régime établit-il une distinction fondée principalement sur le lieu de résidence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(2)b), (3)a) — Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646 — Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 3, 4(1), 7(1)d), e) — Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement, DORS/86-8, art. 4(1)a), 5(2), 6, 7(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Régime de commercialisation des œufs — Producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest incapables de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial parce que le régime de commercialisation des œufs ne permet de le faire qu'aux producteurs des provinces qui en font partie — Le régime viole-t-il la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646 — Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 3, 4(1), 7(1)d), e) — Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement, DORS/86-8, art. 4(1)a), 5(2), 6, 7(1).

R. *c.* Rose **262**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — La défense doit s'adresser au jury en premier si elle a produit et interrogé des témoins — Le ministère public a fait des inférences que la défense n'avait pas abordées dans son exposé au jury — Le juge du procès ne s'est pas prononcé sur ce point dans ses directives au jury — Les dispositions qui prescrivent l'ordre dans lequel les exposés doivent être présentés au jury violent-elles les droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière garantis par la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3), (4).

Tribunaux — Procédure criminelle — Ordre de présentation des exposés au jury — La défense doit s'adresser au jury en premier si elle a produit et interrogé des témoins — Le ministère public a fait des inférences que la défense n'avait pas abordées dans son exposé au jury — Droits constitutionnels à un procès équitable et à une défense pleine et entière — Compétence inhérente du juge du procès — Droit de réplique.

Canadian Egg Marketing Agency *Appellant*

v.

Pineview Poultry Products Ltd. and Frank Richardson operating as Northern Poultry *Respondents*

and

The Commissioner of the Northwest Territories as represented by the Attorney General of the Northwest Territories, the Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Council of Canadians, the Sierra Legal Defence Fund Society and the Alberta Barley Commission *Interveners*

INDEXED AS: CANADIAN EGG MARKETING AGENCY *v.* RICHARDSON

File No.: 25192.

*1997: May 30.

*Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

** Rehearing: 1998: March 19; 1998: November 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE NORTHWEST TERRITORIES

Practice — Standing — Corporations — Charter challenge — Egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in interprovincial or export trade of eggs — Corporate egg producers in Northwest Territories sued by state organ regulating production and marketing of eggs for damages arising from illegal interprovincial marketing of eggs — Injunction also requested against egg

Office canadien de commercialisation des œufs *Appelant*

c.

Pineview Poultry Products Ltd. et Frank Richardson faisant affaires sous le nom de Northern Poultry *Intimés*

et

Le commissaire des Territoires du Nord-Ouest représenté par le procureur général des Territoires du Nord-Ouest, le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, le Conseil des Canadiens, Sierra Legal Defence Fund Society et Alberta Barley Commission *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: OFFICE CANADIEN DE COMMERCIALISATION DES ŒUFS *c.* RICHARDSON

N° du greffe: 25192.

*1997: 30 mai.

*Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

**Nouvelle audition: 1998: 19 mars; 1998: 5 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST

Pratique — Qualité pour agir — Personnes morales — Contestation fondée sur la Charte — Régime de commercialisation des œufs permettant seulement aux producteurs des provinces qui en font partie de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial ou d'exportation — Organisme de l'État qui régit la production et la commercialisation des œufs intentant une action en dommages-intérêts pour commerce interpro-

producers — Egg producers alleging in defence that federal legislation regulating egg marketing scheme infringing Charter freedom of association and mobility rights — Whether egg producers entitled to standing to challenge legislation's constitutionality.

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to pursue gaining of livelihood in any province — Egg marketing scheme — Egg producers in Northwest Territories unable to market eggs in interprovincial trade because egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in interprovincial or export trade of eggs — Whether scheme infringing right to pursue gaining of livelihood in any province — Whether scheme discriminating primarily on basis of residence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(2)(b), (3)(a) — Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646 — Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 3, 4(1), 7(1)(d), (e) — Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986, SOR/86-8, ss. 4(1)(a), 5(2), 6, 7(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Egg marketing scheme — Egg producers in Northwest Territories unable to market eggs in interprovincial trade because egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in such trade — Whether scheme violating freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646 — Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 3, 4(1), 7(1)(d), (e) — Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986, SOR/86-8, ss. 4(1)(a), 5(2), 6, 7(1).

The respondents, Richardson, operating as Northern Poultry, and Pineview Poultry Products Ltd., are the NWT's only egg producers. Richardson began producing eggs in 1987, followed by Pineview in 1990, and they have both marketed their eggs in intraprovincial and interprovincial trade. Since 1972, the Canadian egg

vincial illégal d'œufs contre des personnes morales produisant des œufs dans les Territoires du Nord-Ouest — Injonction également sollicitée contre ces producteurs d'œufs — Producteurs d'œufs alléguant en défense que la mesure législative fédérale régissant le régime de commercialisation des œufs porte atteinte à la liberté d'association et à la liberté de circulation et d'établissement garanties par la Charte — Les producteurs d'œufs ont-ils qualité pour contester la constitutionnalité de la mesure législative en cause?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de gagner sa vie dans toute province — Régime de commercialisation des œufs — Producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest incapables de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial parce que le régime de commercialisation des œufs permet seulement aux producteurs des provinces qui en font partie de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial ou d'exportation — Le régime porte-t-il atteinte au droit de gagner sa vie dans toute province? — Le régime établit-il une distinction fondée principalement sur le lieu de résidence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(2)b), (3)a) — Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646 — Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 3, 4(1), 7(1)d), e) — Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement, DORS/86-8, art. 4(1)a), 5(2), 6, 7(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Régime de commercialisation des œufs — Producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest incapables de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial parce que le régime de commercialisation des œufs ne permet de le faire qu'aux producteurs des provinces qui en font partie — Le régime viole-t-il la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646 — Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 3, 4(1), 7(1)d), e) — Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement, DORS/86-8, art. 4(1)a), 5(2), 6, 7(1).

Les intimés, Richardson, qui fait affaires sous le nom de Northern Poultry, et Pineview Poultry Products Ltd., sont les seuls producteurs d'œufs des T.N.-O. Richardson a commencé à produire des œufs en 1987, suivi de Pineview en 1990, et les deux ont commercialisé leurs œufs sur les marchés intraprovincial et inter-

market has been regulated through a federal-provincial scheme of interlocking laws and regulations. The appellant CEMA is in charge of regulating the interprovincial trade in eggs and allocates federal egg quotas to each of the 10 provinces, but not to either territory. Under the federal part of the egg marketing scheme, a federal quota and licence are needed to produce and market eggs for interprovincial and export trade. The effect of the exclusion of the NWT from the various regulations is that no eggs produced in the NWT can lawfully be marketed interprovincially or exported. In 1992, CEMA sued the respondents for damages arising from illegal interprovincial marketing of eggs. It also sought an injunction preventing them from marketing their eggs in interprovincial trade. In defence, the respondents challenged the constitutional validity of the federal egg marketing legislation. The trial judge granted public interest standing to the respondents. On the constitutional issues, he held that the *Canadian Egg Marketing Agency Proclamation*, ss. 3, 4(1), 7(1)(*d*) and (*e*) of the *Canadian Egg Licensing Regulations, 1987*, and ss. 4(1)(*a*), 5(2), 6 and 7(1) of the *Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986* infringed ss. 2(*d*), 6(2)(*b*) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and could not be saved by s. 1. On the matter of remedy, the trial judge granted NWT egg producers a constitutional exemption from the regulatory system. The Court of Appeal agreed with the trial judge that the respondents should have public interest standing and affirmed his decision except with regard to s. 15(1) of the *Charter*. This appeal raised the following issues: (1) whether the respondents have standing to attack the constitutionality of the federal egg marketing scheme as a defence to the civil suit; and (2) whether this scheme violates ss. 2(*d*) and 6 of the *Charter*. The s. 15(1) issue was not raised before this Court.

Held (McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.: The respondents could be granted standing in this Court under the residuary discretion. This Court is always free to hear *Charter* arguments from parties who would not

provincial. Depuis 1972, le marché des œufs au Canada est assujetti à un régime fédéral-provincial de lois et règlements imbriqués. L'appelant, l'OCCO, est chargé de régir le commerce interprovincial des œufs et il attribue des contingents ou quotas fédéraux à chacune des 10 provinces, mais non aux deux territoires. En vertu de la partie fédérale du régime de commercialisation des œufs, un contingent et un permis fédéraux sont requis pour produire et commercialiser des œufs destinés aux marchés interprovincial et d'exportation. Il résulte de l'exclusion des T.N.-O. de l'application des divers règlements que les œufs qui y sont produits ne peuvent pas être commercialisés légalement sur le marché interprovincial ou d'exportation. En 1992, l'OCCO a intenté contre les intimés une action en dommages-intérêts pour commerce interprovincial illégal d'œufs. Il a également sollicité une injonction les empêchant de commercialiser leurs œufs sur le marché interprovincial. Pour se défendre, les intimés ont contesté la constitutionnalité de la législation fédérale sur la commercialisation des œufs. Le juge de première instance a reconnu aux intimés la qualité pour agir dans l'intérêt public. Quant aux questions constitutionnelles, il a jugé que la *Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs*, l'art. 3, le par. 4(1) et les al. 7(1)*d*) et 7(1)*e*) du *Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada*, ainsi que l'al. 4(1)*a*), le par. 5(2), l'art. 6 et le par. 7(1) du *Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement* contrevenaient aux al. 2*d*) et 6(2)*b*) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et ne pouvaient être sauvegardés par l'article premier. Au sujet de la réparation, le juge de première instance a accordé aux producteurs d'œufs des T.N.-O. une exemption constitutionnelle de l'application du régime de réglementation. La Cour d'appel a convenu avec le juge de première instance que les intimés devraient avoir qualité pour agir dans l'intérêt public et a confirmé sa décision, sauf en ce qui concerne le par. 15(1) de la *Charte*. Le présent pourvoi soulève les questions suivantes: (1) Les intimés ont-ils qualité pour contester la constitutionnalité de la législation fédérale sur la commercialisation des œufs? Et (2) ce régime viole-t-il l'al. 2*d*) et l'art. 6 de la *Charte*? La question relative au par. 15(1) n'a pas été soulevée devant notre Cour.

Arrêt (les juges McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Bastarache et Binnie: Notre Cour pourrait reconnaître aux intimés la qualité pour agir, en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduaire. En vertu de ce pouvoir, notre Cour peut toujours choisir

normally have standing to invoke the *Charter* on the basis of the residuary discretion if the question involved is one of public importance. The constitutionality of the federal egg marketing scheme is clearly an issue of national importance, as are the more specific issues raised with regard to whether ss. 2(*d*) and 6 of the *Charter* apply to corporations. In any event, in this case, the respondents have standing to challenge the constitutionality of the federal egg marketing scheme through an extension of the *Big M Drug Mart* exception. They need not seek public interest standing. While, as a general rule, a provision of the *Charter* may be invoked only by those who enjoy its protection, the *Big M Drug Mart* exception, which grants standing as of right to an accused charged under legislation alleged to be unconstitutional, should be extended to allow corporations to invoke the *Charter* when they are defendants in civil proceedings instigated by the state or a state organ pursuant to a regulatory scheme. Just as no one should be convicted of an offence under an unconstitutional law, no one should be the subject of coercive proceedings and sanctions authorized by an unconstitutional law. Here, the respondents do not come before the court voluntarily. They have been put in jeopardy by a state organ bringing them before a court by an application for an injunction calling in aid a regulatory regime. Success of that application could result in enforcement by contempt proceedings. If the foundation for these remedies is an unconstitutional law, a defendant should not be barred from raising its unconstitutionality solely because the constitutional provision which renders it invalid does not apply to a corporation.

Section 6(2)(*b*) of the *Charter* guarantees the right to "pursue the gaining of a livelihood in any province" and s. 6(3)(*a*) narrows the ambit of that right, making it subject to laws of general application in the province, except those which discriminate against individuals "primarily on the basis of province of present or previous residence". These sections should be read together as defining a single right, rather than one right which is externally "saved" by another. Section 6(3)(*a*) is not a "saving" provision in the way in which ss. 6(3)(*b*), 6(4), or 1 of the *Charter* are; none of these sections is essential to defining the purpose of the sections which they limit. The interdependence of s. 6(2)(*b*) and (3)(*a*)

d'entendre des arguments fondés sur la *Charte* qui sont présentés par des parties qui, normalement, n'auraient pas qualité pour invoquer la *Charte*, si la question en cause est d'importance pour le public. La constitutionnalité du régime fédéral de commercialisation des œufs est manifestement une question d'importance nationale, tout comme le sont les questions plus particulières qui ont été soulevées au sujet de l'application aux personnes morales de l'al. 2*d*) et de l'art. 6 de la *Charte*. De toute façon, en l'espèce, les intimés ont qualité pour contester la constitutionnalité du régime fédéral de commercialisation des œufs par le biais d'une extension de l'exception de l'arrêt *Big M Drug Mart*. Ils n'ont pas à chercher à se faire reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Quoique en règle générale une disposition de la *Charte* ne puisse être invoquée que par ceux qu'elle protège, l'exception de l'arrêt *Big M Drug Mart*, qui reconnaît la qualité pour agir de plein droit à la personne accusée en vertu d'une mesure législative qui serait inconstitutionnelle, devrait être élargie afin de permettre aux personnes morales d'invoquer la *Charte* lorsqu'elles sont défenderesses dans des poursuites civiles intentées par l'État ou un organisme de l'État conformément à un régime de réglementation. Tout comme nul ne devrait être déclaré coupable d'une infraction définie par une loi inconstitutionnelle, nul ne devrait faire l'objet de procédures et de sanctions coercitives autorisées par une telle loi. En l'espèce, les intimés ne comparaissent pas volontairement devant la cour. Ils sont menacés du fait qu'un organisme de l'État les fait comparaître au moyen d'une demande d'injonction fondée sur un régime de réglementation. Si cette demande était accueillie, il pourrait en résulter une mise à exécution par voie de procédures en matière d'outrage. Si ces réparations reposent sur une règle de droit inconstitutionnelle, il n'y a pas lieu d'empêcher un défendeur d'en plaider l'inconstitutionnalité, uniquement parce que la disposition constitutionnelle qui la rend invalide ne s'applique pas à une personne morale.

L'alinéa 6(2)*b*) de la *Charte* garantit le droit de «gagner [sa] vie dans toute province», et l'al. 6(3)*a*) réduit la portée de ce droit en le subordonnant aux lois d'application générale de la province, à l'exception de celles qui établissent entre les gens une distinction «fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle». Ces alinéas doivent s'interpréter conjointement comme définissant un seul droit, plutôt qu'un droit «sauvegardé» de façon externe par un autre droit. L'alinéa 6(3)*a*) n'est pas une disposition «de sauvegarde» au même titre que le sont l'al. 6(3)*b*), le par. 6(4), ou encore l'article premier de la *Charte*; aucune de ces dispositions n'est indispensable pour défi-

should be given full effect by determining the purpose and scope of the two provisions together without leaving any room for a second application of s. 6(3)(*a*).

Section 6 of the *Charter* guarantees the mobility of persons, not as a feature of the economic unity of the country, but in order to further a human rights purpose. It is centred on the individual. Section 6 relates to an essential attribute of personhood and guarantees that mobility in the pursuit of a livelihood will not be prevented through unequal treatment based on residence by the laws in force in the jurisdiction in which that livelihood is pursued. Given this purpose, the focus of the analysis in s. 6 is not the type of economic activity involved, but rather the purpose and effect of the particular legislation, and whether that purpose and effect infringe the right to be free from discrimination on the basis of residence in the pursuit of a livelihood.

The scope of s. 6 must reflect the fundamental purpose underlying the section. In the context of an economy characterized by modern communications and forms of goods and services which are easily transported across great distances, it must be recognized that the hallmark of mobility required by s. 6 is not physical movement to another province, but rather any attempt to create wealth, whether by production, marketing, or performance, in another province. Since in this case residents of an origin province (the NWT) seek to market something of value — eggs — in other destination provinces, this is clearly an attempt to "pursue the gaining of a livelihood" in another province and engages the mobility right guaranteed by s. 6.

Whether the impugned legislation "discriminate[s] among persons primarily on the basis of province of present . . . residence" under s. 6(3)(*a*) involves a comparison of residents of the origin province who attempt to make their livelihood in a destination province with residents of the destination province who also make their livelihood in the destination province. Since a livelihood may be pursued by means of production, marketing, or performance, in each case the appropriate comparison group will depend upon the nature of the livelihood which is restricted. Here, the respondents complain that their ability to pursue their livelihood by marketing their eggs in other destination provinces is

nir l'objet des articles dont elles limitent la portée. Il y a lieu de donner pleinement effet à l'interdépendance des al. 6(2)*b*) et 6(3)*a*) en déterminant l'objet et la portée des deux dispositions conjointement sans qu'il soit nécessaire d'appliquer l'al. 6(3)*a*) une deuxième fois.

L'article 6 de la *Charte* garantit la libre circulation des gens, non en tant que caractéristique de l'unité économique du pays, mais plutôt en vue d'atteindre un objectif en matière de droits de la personne. Il est axé sur l'individu. L'article 6 se rapporte à un attribut essentiel de la personnalité et garantit que le choix de l'endroit où gagner sa vie ne sera pas entravé au moyen d'un traitement inégal, fondé sur le lieu de résidence, par les lois en vigueur dans le ressort où la personne visée gagne sa vie. Vu cet objet, l'analyse en jeu à l'art. 6 est axée non pas sur le type d'activité économique en cause, mais plutôt sur l'objet et l'effet de la mesure législative particulière et sur la question de savoir si cet objet et cet effet portent atteinte au droit de gagner sa vie sans être assujetti à une distinction fondée sur le lieu de résidence.

La portée de l'art. 6 doit en refléter l'objet fondamental. Dans le contexte d'une économie caractérisée par des moyens de communication modernes et des types de biens et de services qui peuvent facilement être transportés sur de longues distances, il faut reconnaître que ce qui caractérise la liberté de circulation et d'établissement requise à l'art. 6 n'est pas le déplacement physique vers une autre province, mais plutôt toute tentative de créer de la richesse dans une autre province, que ce soit par la production, la commercialisation ou l'accomplissement de quelque chose. Vu qu'en l'espèce des résidents d'une province d'origine (les T.N.-O.) cherchent à commercialiser quelque chose de valeur — des œufs — dans d'autres provinces de destination, il s'agit clairement d'une tentative de «gagner sa vie» dans une autre province, ce qui fait intervenir la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'art. 6.

Pour décider si la mesure législative contestée «établi[t] entre les personnes [une] distinction fondée principalement sur la province de résidence [. . .] actuelle», au sens de l'al. 6(3)*a*), il faut comparer les résidents de la province d'origine qui tentent de gagner leur vie dans une province de destination, avec les résidents de la province de destination qui gagnent également leur vie dans cette province. Comme on peut gagner sa vie au moyen de la production, de la commercialisation ou de l'accomplissement de quelque chose, dans chaque cas, le groupe de référence approprié dépendra de la nature du gagne-pain qui est assujetti à des restrictions. En l'espèce, les intimés se plaignent que leur capacité de

being interfered with on the basis of their residence. In order to determine if there is discrimination, the terms according to which NWT egg producers can market their eggs in the destination province must thus be compared with the terms according to which egg producers resident in the destination province can market their eggs in the destination province. If those terms discriminate primarily on the basis of residence, then s. 6 is violated. The use of the word "primarily" in the mobility guarantee suggests that other purposes and effects must be weighed to determine whether the residential aspect of the discrimination is primary. In many cases, there may be valid reasons for the limitation of a legislative scheme to a single province or to parts of Canada; such reasons will displace the primacy of a discriminatory effect related to residency under s. 6. Whether the discrimination is unacceptable in the context of s. 6 depends entirely on which basis of discrimination is characterized as dominant, as denoted by the term "primarily". When considering the need to determine the primary basis of discrimination set out in s. 6(3)(*a*), the division of powers analysis, focusing on the characterization of a dominant matter with which legislation is concerned, provides a helpful methodology which can be applied in determining whether there is discrimination "primarily" on the basis of residence.

The national egg marketing scheme does not discriminate primarily on the basis of residence. The original purpose of the scheme — to ensure the orderly and fair marketing of eggs in Canada — is valid, notwithstanding circumstances which have changed since 1972, and the use of historical production patterns as a means of allocating quotas furthers this purpose. The exclusion of the NWT producers is simply an application of the principle of quota allocation based on historical production patterns and shares the same unimpeached purpose.

The legal and practical effects of the legislative scheme must also be examined in order to determine constitutionality. It is possible that those effects might, over time, acquire such significance as to become the dominant feature of the legislation, thereby displacing the original purpose. The appropriate comparison group in measuring the discriminatory impact of the legislation is not established egg producers in the destination province who seek to market their eggs in the destination province, but rather new egg producers in the desti-

gagner leur vie en commercialisant leurs œufs dans d'autres provinces de destination est compromise en raison de leur lieu de résidence. Pour déterminer si une distinction est établie en l'espèce, il faut donc comparer les conditions auxquelles les producteurs d'œufs des T.N.-O. peuvent commercialiser leurs œufs dans la province de destination, avec celles auxquelles les producteurs d'œufs résidant dans cette province peuvent y commercialiser leurs œufs. Si ces conditions établissent une distinction fondée principalement sur le lieu de résidence, il y a alors violation de l'art. 6. L'utilisation du mot «principalement» dans la garantie de libre circulation laisse entendre qu'il faut apprécier d'autres objets et effets pour déterminer si l'aspect de la distinction relatif au lieu de résidence est principal. Dans bien des cas, il peut y avoir des raisons valables de limiter l'application d'un régime législatif à une seule province ou à certaines régions du Canada; ces raisons l'emporteront sur un effet discriminatoire lié au lieu de résidence au sens de l'art. 6. La question de savoir si la distinction est inacceptable dans le contexte de l'art. 6 dépend entièrement de la raison pour laquelle la distinction est qualifiée de dominante, comme l'indique le mot «principalement». Compte tenu du besoin de déterminer le motif principal de distinction énoncé à l'al. 6(3)*a*), l'analyse fondée sur le partage des compétences, qui est axée sur la qualification de la matière principale sur laquelle porte la mesure législative en cause, fournit une méthodologie utile qui peut être appliquée pour déterminer si une distinction fondée «principalement» sur le lieu de résidence est établie.

Le régime national de commercialisation des œufs n'établit pas de distinction fondée principalement sur le lieu de résidence. L'objet initial du régime — qui est d'assurer une commercialisation ordonnée et juste des œufs au Canada — est valide même si les circonstances ont changé depuis 1972, et l'utilisation des antécédents de production en tant que moyen d'attribuer des quotas en favorise la réalisation. L'exclusion des producteurs des T.N.-O. n'est que l'application du principe d'attribution des quotas en fonction d'antécédents de production, et elle partage le même objet incontesté.

Il faut également examiner l'effet juridique et l'effet pratique du régime législatif pour en déterminer la constitutionnalité. Il se peut qu'avec le temps ces effets deviennent importants au point de constituer la caractéristique principale de la mesure législative et d'en supplanter ainsi l'objet initial. Le groupe de référence dont il convient de se servir pour apprécier l'incidence discriminatoire de la mesure législative est non pas celui des producteurs d'œufs établis dans la province de destination qui cherchent à y commercialiser leurs œufs, mais

nation province who have no quota and who seek to market their eggs in the destination province. This is the only appropriate way to measure the significance of the producers' residence on the operation of the egg marketing scheme. Unfortunately, little direct evidence on this issue was tendered before this Court or the courts below. The burden of proof in establishing a breach of a *Charter* right rests with the respondents in this case. Although they have shown that the legal effect of this scheme is to exclude them from the legal possibility of obtaining an egg quota, they have failed to demonstrate a practical prejudice relative to producers resident in the destination province or provinces who also do not have a quota that is great enough to have caused the primary purpose of the legislation to be defined as discriminating against NWT producers on the basis of their residence. The respondents therefore have failed to establish that the actual effects of the scheme as they relate to province of residence displace the valid legislative purpose as the dominant feature of the scheme.

The egg marketing scheme does not violate s. 2(*d*) of the *Charter*. Freedom of association protects only the associational aspect of activities, not the activity itself. Although there is no trade or profession that one can exercise entirely by oneself, to contend that if it is necessary to associate with others to do something, then the right in s. 2(*d*) reaches beyond protecting the act of associating to protect the very activity for which the association is formed, would have the effect of constitutionalizing all commercial relationships under the rubric of freedom of association. Section 2(*d*) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association. Moreover, s. 2(*d*) does not create a right to do in association what is unlawful for an individual to do. Thus, whether the activity is foundational to the association or the association is foundational to the activity, what is being attempted is to bring under constitutional protection activities that are not constitutionally protected when done by individuals, simply by virtue of the fact that individuals have associated for the purpose of carrying on this activity.

Per McLachlin and Major JJ. (dissenting): The respondents should be granted standing to argue the *Charter* issues in this appeal through an extension of the *Big M Drug Mart* exception.

plutôt celui des nouveaux producteurs d'œufs dans la province de destination qui n'ont pas de quota et qui cherchent à y commercialiser leurs œufs. Il s'agit du seul moyen convenable d'apprécier l'importance du lieu de résidence des producteurs dans l'application du régime de commercialisation des œufs. Malheureusement, peu d'éléments de preuve directe concernant cette question ont été présentés devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure. Il incombe aux intimés en l'espèce de prouver qu'il y a eu violation d'un droit garanti par la *Charte*. Bien qu'ils aient établi que l'effet juridique du présent régime est de les empêcher en droit d'obtenir un quota pour leurs œufs, ils n'ont pas démontré qu'ils subissent en pratique, comparativement aux producteurs qui résident dans la ou les provinces de destination et qui eux non plus ne possèdent pas de quota, un préjudice assez grave pour que l'objet principal de la législation doive être décrit comme établissant, à l'égard des producteurs des T.N.-O., une distinction fondée sur leur lieu de résidence. Les intimés n'ont donc pas établi que les effets concrets du régime, dans la mesure où ils sont liés à la province de résidence, supplantent ses objectifs valides décrits comme étant sa caractéristique principale.

Le régime de commercialisation des œufs ne viole pas l'al. 2*d*) de la *Charte*. La liberté d'association ne protège que l'aspect collectif de l'activité, non pas l'activité elle-même. Bien qu'il n'y ait pas un seul commerce ou profession qu'une personne peut exercer seule, prétendre que, s'il est nécessaire de s'associer avec autrui pour faire quelque chose, alors le droit garanti à l'al. 2*d*) va au-delà de la protection de l'acte d'association et protège également l'activité même pour laquelle l'association est formée, aurait pour effet de constitutionnaliser tous les rapports commerciaux sous la rubrique de la liberté d'association. L'alinéa 2*d*) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association. L'alinéa 2*d*) ne crée pas non plus le droit d'accomplir collectivement ce qu'il est interdit d'accomplir individuellement. Ainsi, peu importe que l'activité soit à la base de l'association ou que l'association soit à la base de l'activité, ce qu'on tente de faire, c'est d'étendre à des activités non protégées par la Constitution, si elles sont exercées par des individus, la protection constitutionnelle du seul fait que ces individus se sont associés pour les exercer.

Les juges McLachlin et Major (dissidents): Il y a lieu, en l'espèce, d'accorder aux intimés la qualité pour débattre les questions relatives à la *Charte*, par le biais d'une extension de l'exception de l'arrêt *Big M Drug Mart*.

Section 6 of the *Charter* is designed to promote economic union among the provinces and to ensure to all Canadians the right to travel throughout the country, to choose a place of residence anywhere within its borders, and to pursue a livelihood, all without regard to provincial boundaries. Under s. 6, the right to pursue the gaining of a livelihood in any province (s. 6(2)(*b*)) is not an absolute right. To seize the intent of the framers of the *Charter*, the broad statement of rights must be read together with its limitations and exceptions, including the s. 6(3)(*a*) limitation, which saves laws of general application that may incidentally discriminate on the basis of present or previous residence.

The heading "*Mobility Rights*" does not confine the rights protected by s. 6(2)(*b*) to any particular set of situations. At the first stage of a s. 6 analysis, the broad wording of s. 6(2)(*b*) catches all laws or government practices that in purpose or effect impede the pursuit of a livelihood in any part of Canada on the basis of province of residence. All that is required to constitute an interference with the s. 6(2)(*b*) right is that the person be placed at a disadvantage in the pursuit of his livelihood of choice. In this case, the first stage of the s. 6 analysis is satisfied. By excluding residents in the NWT from the interprovincial and export trade of eggs, a right enjoyed by residents in other provinces, the egg marketing scheme has the effect of impeding the pursuit of a livelihood anywhere in Canada on the basis of province of residence. Both respondents suffer disadvantage in the pursuit of their chosen livelihood because they live in one province or territory as opposed to another. The mobility rights of each are thereby affected.

The error in the argument that the egg marketing scheme does not make a distinction based on residence because the scheme targets eggs, not people, is that it stops consideration of the effects of the scheme artificially at the product exported. If a law has the effect of impinging on the ability of people to pursue a livelihood, it is not exempted from s. 6(2)(*b*) merely because the mechanism by which the impingement is effected concerns the passage of goods and services across provincial boundaries. While s. 6(2)(*b*) focuses on free passage of people, not goods or services, the section protects the right to transfer goods and services across boundaries where this is integral to the way an individual earns his livelihood. As well, the argument that the scheme targets the residence of hens, not of people, also

L'article 6 de la *Charte* vise à promouvoir l'union économique des provinces et à garantir à chaque Canadien le droit de se déplacer dans tout le pays, de choisir son lieu de résidence n'importe où à l'intérieur de ses frontières et de gagner sa vie, sans égard aux frontières provinciales. En vertu de l'art. 6, le droit de gagner sa vie dans toute province (al. 6(2)*b*)) n'est pas un droit absolu. Pour comprendre l'intention des rédacteurs de la *Charte*, il faut interpréter l'énoncé général des droits conjointement avec ses restrictions et exceptions, y compris la restriction prévue à l'al. 6(3)*a*) qui permet de sauvegarder les lois d'application générale qui peuvent établir, de manière accessoire, une distinction fondée sur le lieu de résidence actuel ou antérieur.

La rubrique «*Liberté de circulation et d'établissement*» ne limite pas les droits garantis par l'al. 6(2)*b*) à une catégorie particulière de situations. À la première étape de l'analyse de l'art. 6, le libellé général de l'al. 6(2)*b*) vise toutes les lois et tous les usages gouvernementaux qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher quelqu'un de gagner sa vie n'importe où au Canada, en raison de sa province de résidence. Pour qu'il y ait atteinte au droit garanti à l'al. 6(2)*b*), il suffit que la personne soit défavorisée dans la façon dont elle a choisi de gagner sa vie. En l'espèce, il est satisfait à la première étape de l'analyse de l'art. 6. En interdisant aux résidents des T.N.-O. de faire le commerce interprovincial et international d'œufs, contrairement aux résidents des autres provinces qui, eux, jouissent de ce droit, le régime de commercialisation des œufs a pour effet d'empêcher quelqu'un de gagner sa vie n'importe où au Canada, en raison de sa province de résidence. Chacun des intimés est désavantagé dans la façon dont il a choisi de gagner sa vie parce qu'il vit dans une province ou un territoire donné plutôt qu'ailleurs. Ainsi, il y a atteinte à la liberté de circulation et d'établissement de chacun d'eux.

L'argument voulant que le régime de commercialisation des œufs n'établisse aucune distinction fondée sur le lieu de résidence, parce qu'il vise les œufs et non les personnes, est erroné en ce sens qu'il limite artificiellement l'examen des effets du régime au seul produit exporté. Si une loi a pour effet d'empiéter sur la capacité des gens de gagner leur vie, elle n'est pas exemptée de l'application de l'al. 6(2)*b*) du seul fait que le mode d'empiétement concerne la circulation de biens et services d'une province à l'autre. Quoique l'al. 6(2)*b*) soit axé sur la libre circulation des gens et non pas sur celle des biens ou services, il protège le droit d'une personne de faire traverser des frontières à des biens et à des services lorsque cela fait partie intégrante de son gagne-pain. L'argument selon lequel le régime vise le lieu de

ignores the real effect of the scheme on egg producers who are residents of the NWT. If they move their production to a province while continuing to reside in the NWT, they are put at a competitive and personal disadvantage in the earning of their livelihood. If they move their residence across the border to escape this disadvantage, they lose their right to reside in the place of their choice. Either way, they suffer discriminatory effects because of their current residence in the NWT. Lastly, the argument that the egg marketing scheme discriminates on the basis of historical production patterns, and not on the basis of residence, should also be rejected. In this case, unlike the other cases cited, all producers in a territory are prohibited from participating in a scheme regulated by the federal government.

Federal legislation or practices which create impediments to mobility will not be immunized from review under s. 6(2)(*b*) merely because they do not discriminate between residents and non-residents of a particular province. It must also be demonstrated that they do not discriminate between residents of the province or territory in question and residents of other provinces and territories in Canada. The proper comparators therefore for determining whether the impugned federal legislation in this case discriminates on the basis of present or previous residence are people in the rest of Canada, not just people in the NWT. The egg marketing scheme, as federal legislation, does not treat all people within Canada the same.

At the second stage of the analysis, s. 6(3)(*a*) of the *Charter* is aimed at "saving" a law or practice initially caught by s. 6(2)(*b*), unless its primary purpose or effect is to discriminate on the basis of residence. Provinces and the federal government are permitted under that section to impose disadvantages on the basis of provincial boundaries so long as this effect is incidental to another purpose within their proper legislative sphere. Here, the exclusion of the NWT from the federal egg marketing scheme disproportionately affects residents of the NWT and is not incidental to a larger purpose. The exclusion exists by historical accident. Because the scheme discriminates against egg producers in the NWT primarily

résidence des poules et non celui des gens ne tient pas compte non plus de son effet véritable sur les producteurs d'œufs qui résident dans les T.N.-O. S'ils transfèrent leur production dans une province tout en continuant de résider dans les T.N.-O., ils subissent un désavantage, sur le plan concurrentiel et personnel, dans leur capacité de gagner leur vie. S'ils transfèrent leur résidence de l'autre côté de la frontière pour éviter un tel désavantage, ils perdent le droit de résider à l'endroit de leur choix. D'une manière ou d'une autre, ils subissent des effets discriminatoires du fait qu'ils résident actuellement dans les T.N.-O. Enfin, il y a lieu aussi de rejeter l'argument voulant que le régime de commercialisation des œufs établisse une distinction fondée sur les antécédents de production et non sur le lieu de résidence. En l'espèce, contrairement aux autres affaires citées, il est interdit à tous les producteurs d'un territoire de participer à un régime réglementé par le gouvernement fédéral.

Les textes législatifs ou usages fédéraux qui créent des obstacles à la libre circulation n'échappent pas au contrôle fondé sur l'al. 6(2)*b*) du seul fait qu'ils n'établissent pas de distinction entre les résidents et les non-résidents d'une province donnée. Il faut également démontrer qu'ils n'établissent pas de distinction entre les résidents de la province ou du territoire en cause et ceux d'une autre province ou d'un autre territoire du Canada. En conséquence, les éléments de comparaison qu'il convient d'utiliser pour déterminer si la mesure législative fédérale contestée en l'espèce établit une distinction fondée sur la province de résidence antérieure ou actuelle sont les gens du reste du Canada et non seulement ceux des T.N.-O. Le régime de commercialisation des œufs, en tant que mesure législative fédérale, ne traite pas de la même façon toutes les personnes qui se trouvent au Canada.

À la deuxième étape de l'analyse, l'al. 6(3)*a*) de la *Charte* vise à «sauvegarder» une loi ou un usage qui relève, au départ, de l'al. 6(2)*b*), sauf si cette loi ou cet usage a pour objet ou pour effet principal d'établir une distinction fondée sur le lieu de résidence. Cette disposition permet aux provinces et au gouvernement fédéral de créer des désavantages fondés sur des frontières provinciales, pourvu qu'un tel effet découle accessoirement d'un autre objectif relevant de leur domaine de compétence législative légitime. En l'espèce, l'exclusion des T.N.-O. du régime fédéral de commercialisation des œufs a un effet disproportionné sur les gens qui y résident et ne découle pas accessoirement d'un objectif plus général. Elle est le fruit d'un accident historique. Parce qu'il établit, à l'égard des producteurs d'œufs des T.N.-O., une distinction fondée principalement sur leur

on the basis of residence, it cannot be saved under s. 6(3)(*a*).

The infringement of s. 6(2)(*b*) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of the infringing aspects of the legislative scheme does not constitute a pressing and substantial state objective. The limitation is the result of historical accident, not design. It controverts the very objective of the egg marketing scheme, which is to create a stable, national supply management system for eggs. It follows that the scheme fails the first branch of the *Oakes* test. The declaration of inconsistency with the *Charter* should be suspended for six months from the date of this judgment to permit negotiations to proceed for inclusion of the NWT and Yukon.

Cases Cited

By Iacobucci and Bastarache JJ.

Applied: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **distinguished:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705; **considered:** *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *MacKinnon v. Canada (Fisheries and Oceans)*, [1987] 1 F.C. 490; *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency*, [1985] 1 F.C. 280; *Archibald v. Canada*, [1997] 3 F.C. 335; **referred to:** *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512, [1982] C.S. 1146; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Prince Edward Island Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392; *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385; *Demaere v. The Queen in right of Canada*, [1983] 2 F.C. 755; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R.

lieu de résidence, le régime ne peut pas être sauvegardé par l'al. 6(3)*a*).

L'atteinte à l'al. 6(2)*b*) n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif des aspects attentatoires du régime législatif n'est pas un objectif urgent et réel de l'État. La restriction est le fruit d'un accident historique; elle n'a pas été établie à dessein. Elle mine l'objectif même du régime de commercialisation des œufs, qui est d'établir un système national stable de gestion de l'approvisionnement en œufs. Il s'ensuit que la mesure législative ne satisfait pas au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*. La déclaration d'incompatibilité avec la *Charte* devrait être suspendue pour une période de six mois à partir de la date du présent jugement, afin de permettre la tenue de négociations visant l'inclusion des T.N.-O. et du Yukon.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Bastarache

Arrêt appliqué: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **distinction d'avec les arrêts:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705; **arrêts examinés:** *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *MacKinnon c. Canada (Pêches et Océans)*, [1987] 1 C.F. 490; *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets*, [1985] 1 C.F. 280; *Archibald c. Canada*, [1997] 3 C.F. 335; **arrêts mentionnés:** *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Jamieson c. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd. c. R.*, [1982] C.S. 1146; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Prince Edward Island Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424; *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385; *Demaere c. La Reine du chef du Canada*, [1983] 2 C.F. 755; *Eldridge c.*

624; *Basile v. Attorney-General of Nova Scotia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 219; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.* (1986), 69 B.C.L.R. 220, aff'd (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538; *Re Retail, Wholesale & Department Store Union and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235.

By McLachlin J. (dissenting)

Black v. Law Society of Alberta, [1989] 1 S.C.R. 591; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Archibald v. Canada*, [1997] 3 F.C. 335; *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency*, [1985] 1 F.C. 280; *MacKinnon v. Canada (Fisheries and Oceans)*, [1987] 1 F.C. 490.

Statutes and Regulations Cited

Agricultural Products Marketing Act, S.N.W.T. 1991, c. 35 [not in force], s. 7(1), (2).

Broiler Hatching Eggs and Chicks — Marketing, R.R.O. 1990, Reg. 396 [am. O. Reg. 744/91].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*d*), 6, 7, 15, 30.

Canadian Egg Anti-dumping Pricing Regulations, C.R.C., c. 654.

Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 3 [repl. SOR/88-488, s. 1], 4, 7(1)(*d*), (*e*).

Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646, Schedule, Part I, s. 2 [am. SOR/81-713; repl. SOR/96-140], Part II, ss. 2(1), 4.

Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986, SOR/86-8 [am. SOR/86-411], ss. 3, 4, 5, 6, 7, schedule [repl. SOR/97-4, s. 1].

Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624; *Basile c. Attorney-General of Nova Scotia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 219; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *Milk Board c. Clearview Dairy Farm Inc.* (1986), 69 B.C.L.R. 220, conf. par (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Collymore c. Attorney-General*, [1970] A.C. 538; *Re Retail, Wholesale & Department Store Union and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Black c. Law Society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 591; *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Archibald c. Canada*, [1997] 3 C.F. 335; *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets*, [1985] 1 C.F. 280; *MacKinnon c. Canada (Pêches et Océans)*, [1987] 1 C.F. 490.

Lois et règlements cités

Broiler Hatching Eggs and Chicks — Marketing, R.R.O. 1990, règl. 396 [mod. règl. de l'Ont. 744/91].

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*d*), 6, 7, 15, 30.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 2, 13(1), 23(1).

Eggs — Extension of Powers, règl. de l'Ont. 786/91.

Eggs — Marketing, R.R.O. 1990, règl. 407 [mod. règl. de l'Ont. 154/94].

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(12), 92, 92(9), 92(13), 121.

Loi sur la commercialisation des produits agricoles, L.R.O. 1990, ch. F.9, art. 21.

Loi sur la commercialisation des produits agricoles, L.T.N.-O. 1991, ch. 35 [non en vigueur], art. 7(1), (2).

Canadian Egg Marketing Levies Order, SOR/95-280 [am. SOR/95-482, s. 1].

Canadian Egg Pricing (Interprovincial and Export) Regulations, C.R.C., c. 657.

Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(12), 92, 92(9), 92(13), 121.

Eggs — Extension of Powers, O. Reg. 786/91.

Eggs — Marketing, R.R.O. 1990, Reg. 407 [am. O. Reg. 154/94].

Farm Products Agencies Act, R.S.C., 1985, c. F-4 [am. 1993, c. 3], ss. 2 "farm product", "marketing plan", 7(1)(*d*), 16, 17, 21, 22, 23, 37(1).

Farm Products Marketing Act, R.S.O. 1990, c. F.9, s. 21.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Can. T.S. 1976 No. 46, Art. 6(1).

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Arts. 2, 13(1), 23(1).

Loi sur les offices des produits agricoles, L.R.C. (1985), ch. F-4 [mod. 1993, ch. 3], art. 2 «plan de commercialisation», «produit agricole» ou «produit de ferme», 7(1)*d*), 16, 17, 21, 22, 23, 37(1).

Ordonnance sur les redevances à payer pour la commercialisation des œufs au Canada, DORS/95-280 [mod. DORS/95-482, art. 1].

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, R.T. Can. 1976 nº 46, art. 6(1).

Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646, annexe, partie I, art. 2 [mod. DORS/81-713; rempl. DORS/96-140], partie II, art. 2(1), 4.

Règlement antidumping sur la fixation des prix des œufs du Canada, C.R.C., ch. 654.

Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement, DORS/86-8 [mod. DORS/86-411], art. 3, 4, 5, 6, 7, annexe [rempl. DORS/97-4, art. 1].

Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 3 [rempl. DORS/88-488, art. 1], 4, 7(1)*d*), *e*).

Règlement sur la fixation des prix des œufs du Canada (marchés interprovincial et d'exportation), C.R.C., ch. 657.

Authors Cited

Blache, Pierre. "Les libertés de circulation et d'établissement". In Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Dickson, Brian. "The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Context and Evolution". In Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.

Jackman, Martha. "Interprovincial Mobility Rights Under the *Charter*" (1985), 43(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 16.

Laskin, John B. "Mobility Rights under the *Charter*" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 89.

Lee, Tanya, and Michael J. Trebilcock. "Economic Mobility and Constitutional Reform" (1987), 37 *U.T.L.J.* 268.

Doctrine citée

Blache, Pierre. «Les libertés de circulation et d'établissement». Dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Dickson, Brian. «The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Context and Evolution». Dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.

Jackman, Martha. «Interprovincial Mobility Rights Under the *Charter*» (1985), 43(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 16.

Laskin, John B. «Mobility Rights under the *Charter*» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 89.

Lee, Tanya, et Michael J. Trebilcock. «Economic Mobility and Constitutional Reform» (1987), 37 *U.T.L.J.* 268.

Schmeiser, Douglas A., and Katherine J. Young. "Mobility Rights in Canada" (1983), 13 *Man. L.J.* 615.

Shores, William. "Walking Onto an Unfamiliar Playing Field — Expanding the Freedom of Association to Cover Trade" (1996), 6 *Reid's Administrative Law* 1.

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal, [1996] N.W.T.R. 201, [1996] 3 W.W.R. 153, 132 D.L.R. (4th) 274, 38 Admin. L.R. (2d) 49 and 87, [1996] N.W.T.J. Nos. 6 and 38 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of de Weerdt J., [1995] N.W.T.R. 360, [1995] 8 W.W.R. 457, 129 D.L.R. (4th) 195, 33 Admin. L.R. (2d) 128, [1995] N.W.T.J. No. 71 (QL), declaring certain portions of the egg marketing scheme unconstitutional. Appeal allowed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

François Lemieux and *David K. Wilson*, for the appellant.

Graham McLennan and *Katharine L. Hurlburt*, for the respondents.

James G. McConnell, for the intervener the Commissioner of the Northwest Territories.

Edward R. Sojonky, *Q.C.*, and *Ian McCowan*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Lori Sterling, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

Margaret A. Unsworth, for the intervener the Attorney General for Alberta.

David R. Boyd, for the interveners the Council of Canadians and the Sierra Legal Defence Fund Society.

Dale Gibson and *Ritu Khullar*, for the intervener the Alberta Barley Commission.

Schmeiser, Douglas A., and Katherine J. Young. «Mobility Rights in Canada» (1983), 13 *Man. L.J.* 615.

Shores, William. «Walking Onto an Unfamiliar Playing Field — Expanding the Freedom of Association to Cover Trade» (1996), 6 *Reid's Administrative Law* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest, [1996] N.W.T.R. 201, [1996] 3 W.W.R. 153, 132 D.L.R. (4th) 274, 38 Admin. L.R. (2d) 49 et 87, [1996] N.W.T.J. nos 6 et 38 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre un jugement du juge de Weerdt, [1995] N.W.T.R. 360, [1995] 8 W.W.R. 457, 129 D.L.R. (4th) 195, 33 Admin. L.R. (2d) 128, [1995] N.W.T.J. nº 71 (QL), qui avait déclaré inconstitutionnelles certaines parties du régime de commercialisation des œufs. Pourvoi accueilli, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

François Lemieux et *David K. Wilson*, pour l'appelant.

Graham McLennan et *Katharine L. Hurlburt*, pour les intimés.

James G. McConnell, pour l'intervenant le commissaire des Territoires du Nord-Ouest.

Edward R. Sojonky, *c.r.*, et *Ian McCowan*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lori Sterling, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Margaret A. Unsworth, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

David R. Boyd, pour les intervenants le Conseil des Canadiens et Sierra Legal Defence Fund Society.

Dale Gibson et *Ritu Khullar*, pour l'intervenante l'Alberta Barley Commission.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

1 IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. — This appeal raises fundamental issues regarding the right to mobility guaranteed by s. 6 and the freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These *Charter* rights are claimed by egg producers in the Northwest Territories who wish to market their eggs throughout Canada, although the Northwest Territories is not a party to the federal-provincial egg marketing scheme according to which eggs are marketed in the country.

I. Facts

2 The respondents, Frank Richardson, operating as Northern Poultry, and Pineview Poultry Products Ltd., are the Northwest Territories' only egg producers. Richardson began producing eggs in 1987, followed by Pineview in 1990.

3 The Canadian Egg Marketing Agency ("CEMA") is charged with regulating interprovincial trade in eggs. It allocates federal egg quotas to each of the 10 provinces, but not to either territory. In September 1992, CEMA sued Richardson and Pineview for damages arising from illegal interprovincial marketing of eggs. It also sought an injunction enjoining the respondents from marketing eggs produced in the Northwest Territories in interprovincial trade.

II. The Canadian Egg Marketing System

4 The Canadian egg market is regulated by interlocking federal and provincial legislation and regulations that were passed pursuant to the 1972 *Federal-Provincial Agreement in respect of the establishment of a Comprehensive Marketing Program for the purpose of regulating the marketing of Eggs in Canada* and its 1976 amendments. On the federal side, there is the *Farm Products Agen-*

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Bastarache et Binnie rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE — Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales en ce qui concerne la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'art. 6, et la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces libertés garanties par la *Charte* sont revendiquées par des producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest qui souhaitent commercialiser leurs œufs partout au Canada, bien que les Territoires du Nord-Ouest ne participent pas au régime fédéral-provincial de commercialisation des œufs au Canada.

I. Les faits

Les intimés, Frank Richardson, qui fait affaires sous le nom de Northern Poultry, et Pineview Poultry Products Ltd., sont les seuls producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest. Richardson a commencé à produire des œufs en 1987, suivi de Pineview en 1990.

L'Office canadien de commercialisation des œufs («OCCO») est chargé de régir le commerce interprovincial de cette denrée. Il attribue des contingents ou quotas fédéraux à chacune des 10 provinces, mais non aux deux territoires. En septembre 1992, l'OCCO a intenté contre Richardson et Pineview une action en dommages-intérêts pour commerce interprovincial illégal d'œufs, et a également demandé une injonction interdisant aux intimés d'offrir sur le marché interprovincial des œufs produits dans les Territoires du Nord-Ouest.

II. Le régime canadien de commercialisation des œufs

Le marché des œufs au Canada est régi par des lois et règlements fédéraux et provinciaux imbriqués, qui ont été adoptés conformément à l'*Accord fédéral-provincial relatif à la mise en place d'un système global de commercialisation visant à la réglementation de la commercialisation des œufs au Canada*, conclu en 1972, et à ses modifications de 1976. Du côté fédéral, il y a la

cies Act, R.S.C., 1985, c. F-4, and a series of regulations pertaining to eggs made under this Act, notably the *Canadian Egg Marketing Agency Proclamation*, C.R.C., c. 646 ("*CEMA Proclamation*"), the *Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986*, SOR/86-8 ("*Quota Regulations*"), the *Canadian Egg Licensing Regulations, 1987*, SOR/87-242 ("*Licensing Regulations*"), the *Canadian Egg Marketing Levies Order*, SOR/95-280, the *Canadian Egg Pricing (Interprovincial and Export) Regulations*, C.R.C., c. 657, and the *Canadian Egg Anti-dumping Pricing Regulations*, C.R.C., c. 654. The constitutionality of the *CEMA Proclamation* and of parts of the *Licensing Regulations* and the *Quota Regulations* is at issue in this case.

Loi sur les offices des produits agricoles, L.R.C. (1985), ch. F-4, et une série de règlements relatifs aux œufs, pris en vertu de cette loi, notamment la *Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs*, C.R.C., ch. 646 (*«Proclamation visant l'OCCO»*), le *Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement*, DORS/86-8 (*«Règlement sur le contingentement»*), le *Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada*, DORS/87-242 (*«Règlement sur les permis»*), l'*Ordonnance sur les redevances à payer pour la commercialisation des œufs au Canada*, DORS/95-280, le *Règlement sur la fixation des prix des œufs du Canada (marchés interprovincial et d'exportation)*, C.R.C., ch. 657, et le *Règlement antidumping sur la fixation des prix des œufs du Canada*, C.R.C., ch. 654. Est en cause dans la présente affaire la constitutionnalité de la *Proclamation visant l'OCCO* et de certaines parties du *Règlement sur les permis* et du *Règlement sur le contingentement*.

The *Farm Products Agencies Act* is a general framework Act providing for the establishment of the National Farm Products Council ("NFPC") and agencies (of which CEMA is an example) to regulate farm products. The NFPC is composed of between three and nine members appointed by the Governor in Council. It has the function of, among other things, reviewing marketing plans, orders and regulations proposed by agencies, and reporting its recommendations to the Minister of Agriculture.

La *Loi sur les offices des produits agricoles* est la loi-cadre générale qui prévoit la création du Conseil national des produits agricoles («CNPA») et d'offices (dont l'OCCO est un exemple) chargés de régir les produits agricoles. Le CNPA est composé de trois à neuf membres nommés par le gouverneur en conseil. Il a pour fonction, notamment, d'examiner les plans de commercialisation, ordonnances et règlements proposés par les offices, et de soumettre ses recommandations en la matière au ministre de l'Agriculture. 5

Part II of the Act deals with farm products marketing agencies. Eggs are "farm products" for purposes of Part II by virtue of the definition in s. 2. The Governor in Council can establish by proclamation agencies to regulate farm products (ss. 16 and 17). The objects of such agencies are to promote "strong, efficient and competitive production and marketing" of the farm product and to have regard to the interests of producers and consumers (s. 21). Section 22(1) contains a catalogue of powers that can be given to an agency by proclamation. These include the power to purchase the regulated product, to designate bodies through which the

La partie II de la Loi traite des offices de commercialisation des produits de ferme. Les œufs sont, selon la définition de l'art. 2, des «produits de ferme» ou «produits agricoles» aux fins de cette partie II. Le gouverneur en conseil peut, par proclamation, créer des offices chargés de régir les produits agricoles (art. 16 et 17). Ces offices ont pour mission de promouvoir «la production et la commercialisation [du produit agricole relevant de leur compétence respective] de façon à en accroître l'efficacité et la compétitivité», et de veiller aux intérêts tant des producteurs que des consommateurs (art. 21). Le paragraphe 22(1) énumère les 6

product can be marketed in interprovincial or export trade, and to exact levies from persons involved in marketing the regulated product. Agencies can also be empowered to make such orders and regulations as are necessary to implement a marketing plan (s. 22(1)(*f*)). The NFPC can designate certain classes of these orders as requiring prior approval by the NFPC (s. 7(1)(*d*)). The agency may exercise powers relating to intraprovincial trade that are delegated to it by provincial governments (s. 22(2)), and it may delegate powers relating to interprovincial or export trade to provincial bodies with the approval of the Governor in Council (s. 22(3)).

pouvoirs qui peuvent leur être conférés par proclamation, dont celui d'acheter le produit réglementé, de désigner les organismes chargés de commercialiser ce produit sur le marché interprovincial ou international, et de percevoir des redevances auprès des personnes qui se livrent à la commercialisation du produit réglementé. Les offices peuvent aussi être habilités à prendre les ordonnances ou règlements nécessaires à l'exécution d'un plan de commercialisation (al. 22(1)*f*)). Le CNPA peut déclarer que certaines catégories d'ordonnances nécessitent son approbation préalable (al. 7(1)*d*)). L'office peut exercer les pouvoirs que lui délègue un gouvernement provincial en matière de commerce intraprovincial (par. 22(2)) et peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, déléguer à des organismes provinciaux des pouvoirs en matière de commerce interprovincial ou international (par. 22(3)).

7 A "marketing plan" is a plan "relating to the promotion, regulation and control of the marketing of any regulated product in interprovincial or export trade" (s. 2). It can completely control interprovincial and export trade in a product by, among other things, defining who is involved in producing the product for interprovincial or export trade and what acts constitute interprovincial or export marketing of the product; by allowing the agency to fix the quantities and grades of the product that can be marketed by marketers; and by providing for pooling of receipts, licensing of producers and marketers, and collection of levies from producers and marketers (s. 2). Quotas in marketing plans are based on the past five years' production in the area for which the quota is assigned (s. 23(1)). There is, however, provision for "additional quotas" that can be assigned to meet growth in demand (s. 23(2)).

Un «plan de commercialisation» est un «plan relatif au développement, à la réglementation et au contrôle de la commercialisation de tout produit réglementé offert sur le marché interprovincial ou international» (art. 2). Il peut régir totalement le commerce interprovincial et d'exportation d'un produit, notamment, en définissant qui participe à la production du produit destiné au commerce interprovincial ou d'exportation, et les opérations qui en constituent la commercialisation sur le marché interprovincial ou d'exportation, en autorisant l'office à déterminer la quantité et la qualité du produit qui peut être mis sur le marché par des agents de commercialisation, et en prescrivant la mise en commun des recettes, l'attribution de licences aux personnes se livrant à la production et à la commercialisation, ainsi que la perception de redevances auprès de ces dernières (art. 2). Les quotas des plans de commercialisation sont fixés en fonction de la production des cinq dernières années dans la région concernée (par. 23(1)). Des «quotas additionnels» peuvent cependant être attribués pour répondre à la croissance de la demande (par. 23(2)).

23. (1) A marketing plan, to the extent that it allocates any production or marketing quota to any area of Canada, shall allocate that quota on the basis of the production from that area in relation to the total production

23. (1) Les quotas de production ou de commercialisation éventuellement fixés par un plan de commercialisation pour une région du Canada doivent correspondre à la proportion que représente la production de cette

of Canada over a period of five years immediately preceding the effective date of the marketing plan.

(2) In allocating additional quotas for anticipated growth of market demand, an agency shall consider the principle of comparative advantage of production.

région dans la production canadienne totale des cinq années précédant la mise en application du plan.

(2) L'office de commercialisation prend en compte les avantages comparatifs de production dans l'attribution de quotas additionnels destinés à répondre à la croissance prévue de la demande du marché.

The *CEMA Proclamation* establishes CEMA to regulate the production and marketing of eggs through a quota system. The quota system is described in the Schedule to the Proclamation. Each provincial egg marketing board appoints one member of CEMA; the Canadian Hatchery Federation and the Consumers Association of Canada likewise appoint one member each; and the Canadian Poultry and Egg Processors Council appoints two (s. 2 of Part I of the Schedule). There are no members appointed by the federal government. Thus, although it is established under federal legislation and exercises federal powers, CEMA is controlled by provincial and egg industry interests. The federal government exercises a supervisory role through the NFPC.

La *Proclamation visant l'OCCO* établit l'OCCO, qui est chargé de régir la production et la commercialisation des œufs au moyen d'un système de contingentement décrit à l'annexe de la Proclamation. Chaque office provincial de commercialisation des œufs y nomme un membre, de même que la Fédération canadienne des couvoirs et l'Association des consommateurs du Canada, alors que le Conseil canadien des transformateurs d'œufs et de volailles y en nomme deux (art. 2 de la partie I de l'annexe). Aucun membre n'est nommé par le gouvernement fédéral. Donc, même si l'OCCO est établi en vertu d'une loi fédérale et exerce des pouvoirs fédéraux, il est contrôlé par des représentants des provinces et de l'industrie des œufs. Le gouvernement fédéral joue un rôle de surveillance par l'entremise du CNPA. 8

The Proclamation contemplates in Part II of the Schedule that CEMA will assign quotas to all egg producers in a province that hold quotas from provincial boards (s. 2(1)). Quotas assigned by CEMA are termed "federal", and those assigned by provincial boards, "provincial". The two quotas, federal and provincial, when added up, must equal the provincial allocations.

La Proclamation prévoit, dans la partie II de l'annexe, que l'OCCO fixera des contingents pour tous les producteurs d'œufs d'une province qui se sont vu attribuer un quota par l'office provincial (par. 2(1)). Les contingents fixés par l'OCCO sont dits «fédéraux», alors que les contingents fixés par les offices provinciaux sont dits «provinciaux». Le total des contingents fédéraux et provinciaux doit égaler le quota fixé pour la province concernée. 9

The provincial allocations were based on the average annual domestic production in Canada from 1967-1971, which was 475 million dozen. The Proclamation prohibits any order or regulation that would increase these allocations, unless the agency has taken into account any variation in the demand for eggs, and several other factors set out in s. 4(1):

Les contingents provinciaux étaient fondés sur la production intérieure annuelle moyenne du Canada de 1967 à 1971, qui était de 475 millions de douzaines. La Proclamation interdit de prendre une ordonnance ou un règlement qui accroîtrait ces contingents, à moins que l'office n'ait pris en considération tout changement de la demande d'œufs de même que plusieurs autres facteurs énoncés au par. 4(1): 10

4. (1) No order or regulation shall be made where the effect thereof would be to increase the aggregate of

4. (1) Aucune ordonnance ne doit être rendue ni aucun règlement établi lorsqu'ils pourraient avoir pour effet de porter le total

(*a*) the number of dozens of eggs produced in a province and authorized by quotas assigned by the Agency and by the appropriate Board or Commodity Board to be marketed in intraprovincial, interprovincial and export trade, and

(*b*) the number of dozens of eggs produced in a province and anticipated to be marketed in intraprovincial, interprovincial and export trade other than as authorized by quotas assigned by the Agency and by the appropriate Board or Commodity Board

to a number that exceeds, on a yearly basis, the number of dozens of eggs set out in section 3 of this Plan for the province unless the Agency has taken into account

(*c*) the principle of comparative advantage of production;

(*d*) any variation in the size of the market for eggs;

(*e*) any failures by egg producers in any province or provinces to market the number of dozens of eggs authorized to be marketed;

(*f*) the feasibility of increased production in each province to be marketed; and

(*g*) comparative transportation costs to market areas from alternative sources of production.

Any reduction in total egg production is shared on a pro rata basis amongst the provinces, except that the allocations to New Brunswick, Prince Edward Island and Newfoundland cannot be reduced (s. 4(2) and (3)).

11 The *Quota Regulations* apply only to the marketing of eggs in interprovincial and export trade (s. 3). They prohibit a producer from marketing eggs in interprovincial or export trade except under a federal quota (s. 4). Only producers that hold a provincial quota are entitled to be allocated a federal quota (s. 5). A producer's federal quota for a given period is the same as its provincial quota for that same period, less the quantity of eggs marketed intraprovincially by that producer during that same period (s. 6). In other words, each producer is free to market its eggs intraprovincially or extraprovincially. Put another way, whether eggs are produced under federal quota or provincial quota depends on where they are sold. This

a) du nombre de douzaines d'œufs produits dans une province et que l'Office et la Régie ou l'Office de commercialisation compétent autorise, par contingents fixés, de vendre dans le commerce intraprovincial, interprovincial et d'exportation, et

b) du nombre de douzaines d'œufs produits dans une province, dont on prévoit la mise en vente dans le commerce intraprovincial, interprovincial et d'exportation et autorisé en dehors des contingents fixés par l'Office et par la Régie ou l'Office de commercialisation compétent,

à un chiffre dépassant, sur une base annuelle, le nombre de douzaines d'œufs indiqué à l'article 3 du présent Plan pour la province, à moins que l'Office n'ait pris en considération

c) le principe de l'avantage comparé de production;

d) tout changement du volume du marché des œufs;

e) toute incapacité des producteurs d'œufs d'une ou de plusieurs provinces de vendre le nombre de douzaines d'œufs qu'ils sont autorisés à vendre;

f) la possibilité d'accroître la production dans chaque province en vue de la commercialisation; et

g) l'état comparatif des frais de transport vers les marchés à partir de différents points de production.

Toute réduction de la production totale d'œufs est répartie de façon proportionnelle entre les provinces, sauf que les quotas du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve ne peuvent pas être réduits (par. 4(2) et (3)).

Le *Règlement sur le contingentement* ne s'applique qu'à la commercialisation des œufs sur les marchés interprovincial et d'exportation (art. 3). Il interdit à tout producteur de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial ou d'exportation si ce n'est en vertu d'un contingent fédéral (art. 4). Seuls les producteurs qui détiennent un contingent provincial sont admissibles à un contingent fédéral (art. 5). Le contingent fédéral d'un producteur, pour une période donnée, est le même que le contingent provincial qui lui a été attribué pour la même période, moins le nombre d'œufs que ce producteur commercialise sur le marché intraprovincial durant la même période (art. 6). Autrement dit, chaque producteur est libre de com-

has the effect of unifying the intra- and interprovincial egg markets.

mercialiser ses œufs à l'intérieur ou à l'extérieur de sa province. En d'autres termes, la question de savoir si des œufs sont produits en vertu d'un contingent fédéral ou d'un contingent provincial dépend de l'endroit où ils sont vendus. Cela a pour effet d'unifier les marchés intraprovincial et interprovincial.

The *Quota Regulations* also provide that the total of federal quota, provincial quota, and eggs marketed under quota exemptions, cannot exceed the allocation for each province in the schedule (s. 7). The schedule sets out the number of eggs that can be produced and marketed for that year and is amended annually: CEMA estimates the total quantity of eggs required to satisfy the table market in Canada and subtracts the quantity of eggs produced and marketed by exempt producers (roughly 5 percent of the market). If the result is less than the base of 475 million, each province's allocation is reduced proportionately. If the demand for eggs is greater than the 1972 base, CEMA assigns "overbase" quota according to criteria in s. 4 of Part II of the Schedule of the *CEMA Proclamation*. According to CEMA's 1996 annual report, egg production was above the 1972 base for the first time in 1996. Because of growth in demand for eggs, the NFPC approved a quota of 1.26 million dozens overbase for 1997.

12 Le *Règlement sur le contingentement* prévoit aussi que le nombre total des œufs commercialisés en vertu des contingents fédéral et provincial et des œufs commercialisés selon des exemptions de contingent ne doit pas dépasser le nombre fixé à l'annexe pour chaque province (art. 7). Cette annexe fixe le nombre d'œufs qui peuvent être produits et commercialisés pendant l'année en cause, et elle est modifiée chaque année. L'OCCO évalue le nombre total d'œufs requis pour répondre aux besoins des consommateurs au Canada et en défalque le nombre d'œufs produits et commercialisés par des producteurs exemptés (environ 5 pour 100 du marché). Si la différence est inférieure à la base de 475 millions, le quota de chaque province est réduit proportionnellement. Si la demande d'œufs est supérieure au quota de base de 1972, l'OCCO attribue un quota «supplémentaire» conformément aux critères établis à l'art. 4 de la partie II de l'annexe de la *Proclamation visant l'OCCO*. Selon le rapport annuel de 1996 de l'OCCO, la production d'œufs a dépassé le quota de base pour la première fois en 1996. En raison de la croissance de la demande d'œufs, le CNPA a approuvé un quota supplémentaire de 1,26 million de douzaines pour 1997.

The *Licensing Regulations* deal with licences for marketing eggs in interprovincial and export trade. The *Licensing Regulations* apply to all marketers engaged in interprovincial or export trade in eggs, including those so engaged in the Northwest Territories and the Yukon (s. 3), and forbid anyone from marketing eggs in interprovincial or export trade without a licence (s. 4(1)).

13 Le *Règlement sur les permis* porte sur les permis de commercialisation des œufs sur les marchés interprovincial et d'exportation et s'applique à tous ceux qui se livrent à cette commercialisation, y compris aux agents de commercialisation des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon (art. 3). Il interdit à quiconque de commercialiser sans permis des œufs sur le marché interprovincial ou d'exportation (par. 4(1)).

3. These Regulations apply to persons who are engaged in the marketing of eggs in interprovincial or export trade in any province, including the Northwest

3. Le présent règlement s'applique aux personnes qui, dans une province, y compris les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon, commercialisent des œufs dans le

Territories and the Yukon Territory, except persons who are buyers of less than 300 dozen eggs per month.

4. (1) Subject to subsections (2) and (3), no person shall engage in the marketing of eggs in interprovincial or export trade unless the person holds an appropriate licence.

14 A few observations can be made about the federal part of the egg marketing scheme. Federal quota is needed to produce eggs for interprovincial and export trade, and a federal licence is needed to market eggs in interprovincial or export trade. Federal and provincial quotas are interdependent, and a producer cannot be given a federal quota unless it also holds a provincial quota. The effect of the exclusion of the Northwest Territories from the various regulations is that no eggs produced in the NWT can lawfully be marketed interprovincially or exported; nor can CEMA validly allocate federal quota to producers in the NWT (although the respondents say they did so), first, because there is no provincial board there to allocate provincial quota, and second, because the NWT does not have an allocation. So long as egg production remained at or below the 1972 base, CEMA could not lawfully allocate quota to the Territories. Whether overbase quota could be allocated to the Territories is disputed by the parties.

15 In the 1972 federal-provincial agreement, the provinces undertook not to restrict interprovincial trade in eggs and to implement the plan. Each province has thus established a commodity board to regulate eggs in the province. In Ontario, for example, the *Farm Products Marketing Act*, R.S.O. 1990, c. F.9, establishes the Ontario Farm Products Marketing Commission and provides for the creation of "local boards" having the authority to regulate trade in farm products. Powers of such local boards can include, among other things, licensing producers, marketers and processors of

commerce interprovincial ou d'exportation, à l'exception des acheteurs de moins de 300 douzaines d'œufs par mois.

4. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), nul ne peut commercialiser des œufs dans le commerce interprovincial ou d'exportation à moins de détenir le permis approprié.

Quelques observations peuvent être faites sur la partie fédérale du régime de commercialisation des œufs. Un contingent fédéral est requis pour produire des œufs destinés aux marchés interprovincial et d'exportation, et un permis fédéral est requis pour les commercialiser sur l'un ou l'autre de ces marchés. Les contingents fédéraux et provinciaux sont interdépendants, et un producteur ne peut obtenir un contingent fédéral que s'il détient également un contingent provincial. Il résulte de l'exclusion des Territoires du Nord-Ouest de l'application de ces divers règlements que les œufs qui y sont produits ne peuvent pas être commercialisés légalement sur le marché interprovincial ou d'exportation; l'OCCO ne peut pas non plus attribuer validement un contingent fédéral aux producteurs des T.N.-O. (même si les intimés disent qu'il l'a fait), en premier lieu parce qu'il ne s'y trouve aucun office provincial pour attribuer un contingent provincial et, en second lieu, parce qu'aucun contingent n'est attribué aux T.N.-O. Ainsi, tant que la production d'œufs restait égale ou inférieure au quota de base de 1972, l'OCCO ne pouvait légalement attribuer un quota aux Territoires. Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si un quota supplémentaire pourrait être attribué aux Territoires.

Dans l'accord fédéral-provincial de 1972, les provinces se sont engagées à ne pas restreindre le commerce interprovincial des œufs et à appliquer le régime établi. Chaque province a donc établi un office de commercialisation chargé de régir le commerce des œufs sur son territoire. En Ontario par exemple, la *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, L.R.O. 1990, ch. F.9, établit la Commission de commercialisation des produits agricoles de l'Ontario et prévoit la création de «commissions locales» habilitées à régir le commerce de ces produits. Ces commissions locales

farm products; allotting quotas for production and marketing; setting minimum prices; and taking a monopoly position in the regulated farm product. The Act makes special provision for the creation of an Ontario Egg Producers' Marketing Board ("Ontario Egg Board") (s. 21). This "local board" can be empowered to, among other things, set up a quota system for the production of eggs. The Act also contemplates the delegation of functions relating to intraprovincial trade in farm products to federal marketing agencies, and the performance by "local boards" of federal functions relating to interprovincial and export trade. The Ontario government has in fact authorized CEMA to exercise certain powers over intraprovincial trade in eggs: see *Eggs — Extension of Powers*, O. Reg. 786/91.

sont investies du pouvoir, notamment, d'accorder des permis aux personnes se livrant à la production, à la commercialisation et à la transformation de produits agricoles, d'attribuer des quotas de production et de commercialisation, de fixer les prix minimums et de monopoliser le produit agricole réglementé. Cette loi prévoit en particulier la création de la Commission ontarienne de commercialisation des œufs («Commission ontarienne des œufs») (art. 21). Cette «commission locale» peut être habilitée, notamment, à établir un système de contingentement pour la production des œufs. La Loi prévoit aussi la délégation aux offices de commercialisation fédéraux de fonctions relatives au commerce intraprovincial de produits agricoles, et l'exercice par des «commissions locales» de fonctions fédérales en matière de commerce interprovincial et international. En fait, le gouvernement ontarien a autorisé l'OCCO à exercer certains pouvoirs relatifs au commerce intraprovincial des œufs; voir le règlement intitulé *Eggs — Extension of Powers*, règl. de l'Ont. 786/91.

The powers of the Ontario Egg Board are described in *Eggs — Marketing*, R.R.O. 1990, Reg. 407 (as amended by O. Reg. 154/94). Among other things, the Ontario Egg Board can require that eggs be produced and marketed on a quota basis; it can set prices for eggs; and it also has broad powers over licensing, registration, and supervision of egg producers, marketers and processors.

16 Les pouvoirs de la Commission ontarienne des œufs sont définis dans le règlement intitulé *Eggs — Marketing*, R.R.O. 1990, règl. 407 (modifié par le règl. de l'Ont. 154/94). Elle peut, notamment, prescrire l'imposition de quotas pour la production et la commercialisation des œufs; elle peut fixer le prix des œufs et est investie de larges pouvoirs d'autorisation, d'inscription et de contrôle des personnes se livrant à la production, à la commercialisation et à la transformation des œufs.

The Northwest Territories have passed some of the legislation that will be required if they are to join the national egg system. The *Agricultural Products Marketing Act*, S.N.W.T. 1991, c. 35, gives the Minister the power to make regulations imposing a marketing plan and creating a "producer board" to administer it (s. 7(1)). The Minister can also, upon consultation with the NWT Agricultural Products Marketing Council and the producer board, make regulations setting minimum prices, authorizing the producer board to assign quotas, prescribing fees and levies, and so on (s. 7(2)). The Act has not yet been proclaimed, nor have any regulations been made under it. Thus, at

17 Les Territoires du Nord-Ouest ont adopté une partie des mesures législatives qui seront nécessaires s'ils adhèrent au régime national de commercialisation des œufs. La *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, L.T.N.-O. 1991, ch. 35, habilite le Ministre à imposer par règlement un plan de commercialisation et à constituer une «organisation de producteurs» pour l'appliquer (par. 7(1)). Le Ministre peut aussi, après avoir consulté le Conseil sur la commercialisation des produits agricoles des Territoires du Nord-Ouest et l'organisation des producteurs, prendre des règlements fixant les prix minimums, autorisant l'organisation des producteurs à attribuer des quotas,

present, the intraterritorial egg market in the NWT appears to be unregulated.

III. Judicial History

18 This appeal arises out of an action by CEMA against the respondents seeking an injunction preventing them from marketing their eggs in interprovincial trade, and seeking an accounting for any such marketing that had already taken place. Among the defences raised by Richardson and Pineview were constitutional challenges to the validity of CEMA's enabling legislation. De Weerdt J. found that the egg marketing scheme infringed ss. 2(*d*), 6(2)(*b*) and 15(1) of the *Charter*, and was not justified under s. 1. The Northwest Territories Court of Appeal dismissed the appeal, except with regard to s. 15.

A. *Northwest Territories Supreme Court*, [1995] N.W.T.R. 360

19 De Weerdt J. granted public interest standing to the respondents. He held that the *CEMA Proclamation*, the *Licensing Regulations*, ss. 3, 4(1), 7(1)(*d*) and 7(1)(*e*), and the *Quota Regulations*, ss. 4(1)(*a*), 5(2), 6 and 7(1), violated the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*d*), 6(2)(*b*) and 15(1) of the *Charter* and could not be saved by s. 1. De Weerdt J. also discussed the issue of whether the territories could be considered to be "provinces" for the purposes of the *Constitution Act, 1867*, s. 121 but left this issue unresolved.

20 De Weerdt J. observed that association is of the very essence of trade, for one cannot trade merely with oneself. Because the respondents were denied the opportunity to enter into the associations necessary for commercial egg production, the scheme

prescrivant des frais et redevances, et ainsi de suite (par. 7(2)). Cette loi n'a pas encore été promulguée, et aucun règlement n'a été pris non plus pour son application. Ainsi, à l'heure actuelle, il appert que le marché des œufs dans les T.N.-O. n'est pas réglementé.

III. Historique des procédures judiciaires

Le présent pourvoi fait suite à une action intentée contre les intimés par l'OCCO en vue d'obtenir une injonction les empêchant de commercialiser leurs œufs sur le marché interprovincial, et une reddition de compte pour toute commercialisation qui peut en avoir été faite. Pour se défendre, Richardson et Pineview ont notamment contesté la constitutionnalité de la loi habilitante de l'OCCO. Le juge de Weerdt a conclu que le régime de commercialisation des œufs contrevenait aux al. 2*d*) et 6(2)*b*) ainsi qu'au par. 15(1) de la *Charte*, et qu'il n'était pas justifié au sens de l'article premier. La Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest a rejeté l'appel, sauf en ce qui concerne l'art. 15.

A. *Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest*, [1995] N.W.T.R 360

Le juge de Weerdt a reconnu aux intimés la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il a jugé que la *Proclamation visant l'OCCO*, l'art. 3, le par. 4(1) et les al. 7(1)*d*) et 7(1)*e*) du *Règlement sur les permis*, ainsi que l'al. 4(1)*a*), le par. 5(2), l'art. 6 et le par. 7(1) du *Règlement sur le contingentement* portaient atteinte aux droits et libertés garantis par les al. 2*d*) et 6(2)*b*) et le par. 15(1) de la *Charte*, et ne pouvaient être sauvegardés par l'article premier. Le juge de Weerdt a aussi analysé la question de savoir si les territoires pouvaient être considérés comme des «provinces» aux fins de l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais il n'a pas tranché cette question.

Le juge de Weerdt a fait remarquer que l'association est au cœur même du commerce, car nul ne peut commercer avec soi-même seulement. Parce que les intimés s'étaient vu refuser la possibilité de former les associations nécessaires pour la produc-

violated the respondents' association rights under s. 2(*d*) of the *Charter*.

De Weerdt J. also found that the respondents' mobility right had been wrongfully denied by the national egg marketing scheme: no one who moved to the Northwest Territories could pursue a livelihood by marketing eggs interprovincially. The scheme was not saved by s. 6(3)(*a*) because it discriminated among persons engaged in egg production on the basis of residence.

For similar reasons, the scheme was also found to violate the respondents' equality rights under s. 15(1) of the *Charter*.

None of these *Charter* violations were found to be justified under s. 1. Although the Territories may have been excluded from the scheme because it did not produce eggs commercially prior to 1972, the scheme now undermined the legitimate goal of creating a nation-wide marketing regime. The exclusion of the Territories was thus not rationally defensible, nor did it impair the *Charter* rights of NWT egg producers as little as possible.

On the matter of remedy, de Weerdt J. found that it was better to grant a constitutional exemption to NWT egg producers from the regulatory system than to strike down the legislation as a whole.

B. *Northwest Territories Court of Appeal*, [1996] N.W.T.R. 201

The Court of Appeal agreed with the trial judge that the respondents should have public interest standing. Hunt J.A., for the court, held that a serious issue had been raised about the validity of the legislation. The respondents were directly affected and could be subject to penalties under the legislation. There was no other reasonable and effective way for this matter to be raised because individu-

tion commerciale d'œufs, le régime violait leurs droits d'association garantis à l'al. 2*d*) de la *Charte*.

21 Le juge de Weerdt a également conclu que le régime national de commercialisation des œufs privait à tort les intimés de la liberté de circulation et d'établissement: il était impossible à quiconque s'était établi dans les Territoires du Nord-Ouest de gagner sa vie en faisant le commerce interprovincial d'œufs. Parce que le régime établissait une distinction fondée sur le lieu de résidence entre les producteurs d'œufs, il n'était pas sauvegardé par l'al. 6(3)*a*).

22 Pour des raisons similaires, il a également conclu que le régime violait les droits à l'égalité garantis aux intimés par le par. 15(1) de la *Charte*.

23 Aucune de ces violations de la *Charte* n'a été jugée justifiée au sens de l'article premier. Même si les Territoires peuvent en avoir été exclus parce que la production commerciale d'œufs y était inexistante avant 1972, le régime minait désormais l'objectif légitime d'établissement d'un régime national de commercialisation. L'exclusion des Territoires n'était donc pas rationnellement défendable et ne portait pas non plus atteinte aussi peu que possible aux droits que la *Charte* garantit aux producteurs d'œufs des T.N.-O.

24 Au sujet de la réparation, le juge de Weerdt a conclu qu'il valait mieux accorder aux producteurs d'œufs des T.N.-O. une exemption constitutionnelle de l'application du régime de réglementation, plutôt que d'invalider la législation dans son ensemble.

B. *Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest*, [1996] N.W.T.R. 201

25 La Cour d'appel a convenu avec le juge de première instance que les intimés devraient avoir qualité pour agir dans l'intérêt public. Le juge Hunt a statué, au nom de la cour, qu'une question sérieuse était soulevée au sujet de la validité de la législation en cause. Les intimés étaient directement touchés et pouvaient faire l'objet de sanctions fondées sur celle-ci. Il n'y avait aucun autre moyen

als would be unlikely to embark upon commercial egg production in the Territories without a quota. Thus to deny standing would be to immunize the legislation from review.

26 Hunt J.A. found it impossible to distinguish in this case between the association and the activity. One cannot market eggs by oneself. To speak of s. 2(*d*) as protecting only lawful activities was inappropriate in a case where it could never be lawful for the respondents to do something that could lawfully be done by persons who live elsewhere. If s. 2(*d*) only protects the ability to form an association, but not the goals or activities of that association, then the freedom to associate would be completely meaningless in this context. Alternatively, Hunt J.A. founded her decision on the grounds that the associational right asserted in this case was intrinsically connected to the exercise of constitutionally guaranteed mobility rights. Thus the scheme violated s. 2(*d*).

27 Turning to s. 6(2)(*b*), Hunt J.A. found that Territorial egg producers were disadvantaged in pursuing their livelihood: unlike egg producers in other provinces, they could never obtain quota to market eggs extraterritorially. Because the legislation had one effect on those who lived in the 10 provinces and an entirely different effect on those who lived in the Northwest Territories, it had the effect of discriminating on the basis of province of residence, and was thus not saved by s. 6(3)(*a*).

28 Hunt J.A. disagreed with the trial judge and held that there had been no breach of s. 15(1) of the *Charter*. There was no distinction based on an enumerated ground, and province of residence is not an analogous ground because it is not an "immutable characteristic" (p. 233). Egg producers who lived in the Northwest Territories were not a dis-

raisonnable et efficace de soulever la question puisqu'il est peu probable que des gens entreprennent la production commerciale d'œufs dans les Territoires sans avoir préalablement obtenu un quota. Il s'ensuit que refuser la qualité pour agir reviendrait à soustraire la législation à tout examen.

Le juge Hunt a décidé qu'il était impossible, en l'espèce, de faire une distinction entre l'association et l'activité en question. Nul ne peut se livrer seul à la commercialisation des œufs. Il ne convenait pas d'affirmer que l'al. 2*d*) ne protège que les activités licites, dans un cas où les intimés ne pourraient jamais accomplir licitement quelque chose que d'autres personnes vivant ailleurs pourraient accomplir licitement. Si l'al. 2*d*) ne protégeait que la capacité de former une association, mais non les objectifs ou les activités de cette association, la liberté d'association serait alors complètement vide de sens dans ce contexte. De façon subsidiaire, le juge Hunt a fondé sa décision sur le motif que le droit d'association invoqué en l'espèce était intrinsèquement lié à l'exercice de la liberté de circulation et d'établissement garantie par la Constitution. Par conséquent, le régime en cause violait l'al. 2*d*).

Quant à l'al. 6(2)*b*), le juge Hunt a conclu que les producteurs d'œufs des Territoires étaient désavantagés dans leur capacité de gagner leur vie: contrairement aux producteurs d'œufs des autres provinces, ils ne pourraient jamais obtenir un quota pour commercialiser des œufs à l'extérieur des Territoires. Puisque la loi en cause avait un certain effet sur ceux qui vivent dans les 10 provinces et un autre effet complètement différent sur ceux qui vivent dans les Territoires du Nord-Ouest, elle établissait une distinction fondée sur la province de résidence et n'était donc pas sauvegardée par l'al. 6(3)*a*).

Le juge Hunt s'est dite en désaccord avec le juge de première instance et a statué qu'il n'y avait eu aucune violation du par. 15(1) de la *Charte*. Il n'y avait aucune distinction fondée sur un motif énuméré, et la province de résidence n'est pas un motif analogue puisqu'il ne s'agit pas là d'une [TRADUCTION] «caractéristique immuable»

crete and insular minority; nor had they suffered from stereotyping or social prejudice. This issue is not raised here and, therefore, is not before the Court.

Hunt J.A. then considered whether the exclusion of the Northwest Territories from the scheme could be justified under s. 1. This exclusion fulfilled no pressing and substantial objective. As well, because rights of the respondents had been completely denied, the proportionality test was not met. There was no evidence that the only way to achieve an orderly marketing of eggs in Canada was through the use of an "historical production" system that excluded the two territories.

Because of the long history of the problem and her lack of optimism that a delayed declaration would lead to a negotiated agreement, Hunt J.A. was of the opinion that the remedy granted by the trial judge was appropriate. The "tiny level" of egg production in the Northwest Territories would not wreak havoc on the Canadian egg market.

IV. Issues

The preliminary issue is whether the respondents have standing to attack the constitutionality of the egg marketing legislation as a defence to the civil suit launched by CEMA. If they do, then the constitutional questions stated by the Chief Justice on January 15, 1997 must be addressed:

1. Do the *Canadian Egg Marketing Agency Proclamation*, C.R.C., c. 646, as amended, the *Canadian Egg Licensing Regulations, 1987*, SOR/87-242, as amended, ss. 3, 4(1), 7(1)(*d*), and 7(1)(*e*), and the *Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986*, SOR/86-8, as amended, ss. 4(1)(*a*), 5(2), 6 and 7(1), in whole or in part, infringe the rights and free-

(p. 233). Les producteurs d'œufs qui vivent dans les Territoires du Nord-Ouest n'étaient pas une minorité distincte et isolée; ils n'avaient pas non plus été victimes de stéréotypes ou de préjugés sociaux. Ce point n'est pas soulevé en l'espèce et la Cour n'en est donc pas saisie.

29 Le juge Hunt s'est ensuite demandé si l'exclusion des Territoires du Nord-Ouest du régime en question pouvait être justifiée au sens de l'article premier. Cette exclusion ne répond à aucun objectif urgent et réel. De même, puisqu'il y a eu négation totale des droits des intimés, le critère de la proportionnalité n'a pas été respecté non plus. Rien ne prouvait que le seul moyen d'assurer la commercialisation ordonnée des œufs au Canada consistait à recourir à un système fondé sur la [TRADUCTION] «production antérieure», qui excluait les deux territoires.

30 Étant donné qu'il s'agissait d'un problème de longue date et qu'elle ne croyait guère qu'un jugement déclaratoire différé mènerait à un accord négocié, le juge Hunt a estimé que la réparation accordée par le juge de première instance était appropriée. Le [TRADUCTION] «volume infime» de production d'œufs des Territoires du Nord-Ouest ne bouleverserait pas le marché des œufs au Canada.

IV. Les questions en litige

31 La question préliminaire est de savoir si les intimés ont qualité pour contester la constitutionnalité de la législation sur la commercialisation des œufs, en défense à des poursuites civiles intentées par l'OCCO. S'ils ont cette qualité, il faut alors examiner les questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef, le 15 janvier 1997:

1. La *Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs*, C.R.C., ch. 646, et ses modifications, l'art. 3, le par. 4(1) et les al. 7(1)*d*) et 7(1)*e*) du *Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada*, DORS/87-242, et ses modifications, ainsi que l'al. 4(1)*a*), le par. 5(2), l'art. 6 et le par. 7(1) du *Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement*, et ses modifications, DORS/86-8, violent-ils, en totalité ou en partie, les droits et

doms guaranteed by s. 2(*d*) and s. 6 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, can this infringement be justified under s. 1 of the *Charter*?

V. Analysis

A. *Standing*

32 The appellant attacks the standing of the respondents to challenge the legislative provisions in question. The appellant submits that as corporations and the only producers of eggs in the Northwest Territories, the respondents cannot claim to enforce the constitutional rights in s. 2(*d*) and s. 6 of the *Charter*, provisions which protect individuals only. While acknowledging that one of the respondents is an individual, the appellant asserts that Richardson conducts his business through a corporation, a fact found by the trial judge. It contends that an amendment which was sought to reflect the true state of affairs was wrongly refused below. Finally, the appellant argues that public interest standing is not available to defendants in a civil proceeding. In our view, as will be discussed below, it is open to the respondents to invoke the *Charter* by means of what has become known as the *Big M Drug Mart* exception.

33 By way of a preliminary comment, this Court is always free to hear *Charter* arguments from parties who would not normally have standing to invoke the *Charter* on the basis of the residuary discretion identified in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367. In that case, this Court adopted (at p. 400) the statement of Aikins J. in *Jamieson v. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313 (B.C.S.C.), at p. 323:

> [W]here a case has been fully argued on the merits then, notwithstanding that in the general argument it may appear that the plaintiff has no status to maintain the action, if the question involved is one of public impor-

libertés garantis par l'al. 2*d*) et l'art. 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, cette violation peut-elle être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

V. Analyse

A. *La qualité pour agir*

L'appelant affirme que les intimés n'ont pas qualité pour contester les dispositions législatives en question. Il soutient que, en leur qualité de personnes morales et de seuls producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest, les intimés ne peuvent se réclamer des droits constitutionnellement garantis par l'al. 2*d*) et l'art. 6 de la *Charte*, lesquelles dispositions ne protègent que les personnes physiques. Tout en reconnaissant que l'un des intimés est une personne physique, l'appelant prétend que Richardson fait des affaires par l'intermédiaire d'une personne morale, ce qui a été constaté par le juge de première instance. Il allègue que les tribunaux d'instance inférieure ont rejeté à tort une demande de modification visant à refléter la réalité. Enfin, il fait valoir que les défendeurs dans une action civile ne peuvent prétendre à la qualité pour agir dans l'intérêt public. À notre avis, comme nous le verrons plus loin, les intimés peuvent invoquer la *Charte* au moyen de ce qu'on en est venu à appeler l'exception de l'arrêt *Big M Drug Mart*.

Rappelons-nous, à titre préliminaire, qu'en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduaire décrit dans l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, notre Cour peut toujours choisir d'entendre des arguments fondés sur la *Charte* qui sont présentés par des parties qui, normalement, n'auraient pas qualité pour invoquer la *Charte*. Dans cet arrêt, notre Cour a adopté (à la p. 400) les propos tenus par le juge Aikins dans *Jamieson c. Attorney-General of British Columbia* (1971), 21 D.L.R. (3d) 313 (C.S.C.-B.), à la p. 323:

> [TRADUCTION] [L]orsqu'une affaire a été complètement débattue au fond, même s'il semble, d'après l'ensemble des plaidoiries, que le demandeur n'a pas qualité pour agir, si la question en cause est d'importance pour le

tance then the Court has a discretion to decide the case on the merits.

The constitutionality of the federal egg marketing scheme is clearly an issue of national importance, as are the more specific issues raised with regard to whether ss. 2(*d*) and 6 of the *Charter* apply to corporations. These issues were addressed in the courts below and could have been dealt with by this Court based on this residuary discretion. However, this case has provided this Court with an opportunity to revisit the rules governing the granting of standing to a corporation under the so-called *Big M Drug Mart* exception. Prior to this decision, the respondents could not obtain standing to invoke the *Charter* using the exception created by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, because they were not facing penal proceedings. In our opinion, it is now time to expand the exception to allow corporations to invoke the *Charter* when they are defendants in civil proceedings instigated by the state or a state organ pursuant to a regulatory scheme.

Generally speaking, a party seeking to invoke the *Charter* may be granted standing under four broad heads: as of right, the *Big M Drug Mart* exception, public interest standing, and under residuary discretion. As already noted, these respondents could have been granted standing in this Court under the residuary discretion.

As a general rule, a provision of the *Charter* may be invoked only by those who enjoy its protection. Section 7 of the *Charter*, for example, extends protection only to natural persons: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 1004. Similarly, corporations cannot invoke those provisions of the *Charter* that provide protection following arrest and detention because corporations cannot be arrested and detained.

public, la cour a le pouvoir discrétionnaire de rendre jugement sur le fond.

34 La constitutionnalité du régime fédéral de commercialisation des œufs est manifestement une question d'importance nationale, tout comme le sont les questions plus particulières qui ont été soulevées au sujet de l'application aux personnes morales de l'al. 2*d*) et de l'art. 6 de la *Charte*. Ces questions ont été abordées par les tribunaux d'instance inférieure et auraient pu être examinées par notre Cour, en vertu de ce pouvoir discrétionnaire résiduaire. Cependant, la présente affaire a donné à notre Cour l'occasion de réexaminer les règles applicables à la reconnaissance à une personne morale de la qualité pour agir en vertu de ladite exception de l'arrêt *Big M Drug Mart*. Avant le présent arrêt, les intimés ne pouvaient pas obtenir la qualité pour invoquer la *Charte* grâce à l'exception créée par notre Cour dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, parce qu'ils ne faisaient pas l'objet de poursuites criminelles. À notre avis, il est maintenant temps d'élargir cette exception afin de permettre aux personnes morales d'invoquer la *Charte* lorsqu'elles sont défenderesses dans des poursuites civiles intentées par l'État ou un organisme de l'État conformément à un régime de réglementation.

35 En général, la partie qui cherche à invoquer la *Charte* peut obtenir la qualité pour agir de quatre manières générales: de plein droit, en vertu de l'exception de l'arrêt *Big M Drug Mart*, dans l'intérêt public ou en vertu d'un pouvoir discrétionnaire résiduaire. Comme nous l'avons vu, notre Cour aurait pu reconnaître aux intimés en l'espèce la qualité pour agir, en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduaire.

36 En règle générale, une disposition de la *Charte* ne peut être invoquée que par ceux qu'elle protège. L'article 7 de la *Charte*, par exemple, ne protège que les personnes physiques: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 1004. De même, les personnes morales ne peuvent pas invoquer les dispositions de la *Charte* qui accordent une protection à la suite d'une arrestation et d'une mise en détention, étant donné qu'elles ne peuvent être ni arrêtées ni détenues.

37 In *Big M Drug Mart*, however, this Court held that a corporation can invoke s. 2(*a*) of the *Charter*, which protects freedom of religion, even though a corporation cannot hold religious beliefs. Big M Drug Mart was charged with violating the terms of the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, which prohibited certain kinds of commercial activity on Sundays. In its defence, Big M Drug Mart sought to have the Act declared unconstitutional. This Court granted Big M Drug Mart standing. Dickson J. (as he then was) stated the following, at pp. 313-14:

> Section 52 sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme. The undoubted corollary to be drawn from this principle is that no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law . . . .
>
> Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid . . . .
>
> . . . The respondent is arguing that the legislation is constitutionally invalid because it impairs freedom of religion — if the law impairs freedom of religion it does not matter whether the company can possess religious belief. An accused atheist would be equally entitled to resist a charge under the Act. The only way this question might be relevant would be if s. 2(*a*) were interpreted as limited to protecting only those persons who could prove a genuinely held religious belief. I can see no basis to so limit the breadth of s. 2(*a*) in this case.
>
> The argument that the respondent, by reason of being a corporation, is incapable of holding religious belief and therefore incapable of claiming rights under s. 2(*a*) of the *Charter*, confuses the nature of this appeal. A law which itself infringes religious freedom is, by that reason alone, inconsistent with s. 2(*a*) of the *Charter* and it matters not whether the accused is a Christian, Jew, Muslim, Hindu, Buddhist, atheist, agnostic or whether an individual or a corporation. It is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue. [Emphasis added.]

38 *Big M Drug Mart* did not foreclose the possibility that a party in the position of the respondents who did not come before the court voluntarily

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, cependant, notre Cour a conclu qu'une personne morale peut invoquer l'al. 2*a*) de la *Charte*, qui garantit la liberté de religion, même si une personne morale ne peut pas avoir de croyances religieuses. Big M Drug Mart était accusée d'avoir enfreint la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, qui interdisait certains types d'activité commerciale le dimanche. En défense, Big M Drug Mart a cherché à faire déclarer cette loi inconstitutionnelle. Notre Cour a reconnu à Big M Drug Mart la qualité pour agir. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a dit, aux pp. 313 et 314:

> L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. . .
>
> Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle. . .
>
> . . . L'intimée soutient que la loi en cause est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte à la liberté de religion — si cette loi porte atteinte à la liberté de religion, il n'importe pas de se demander si la compagnie peut avoir des croyances religieuses. Un athée pourrait tout autant contester une accusation portée en vertu de la Loi. Cette question ne pourrait être pertinente que si l'al. 2*a*) était interprété comme ne protégeant que les personnes qui peuvent démontrer qu'elles ont véritablement des croyances religieuses. Je ne vois rien qui permet de limiter ainsi la portée de l'al. 2*a*) en l'espèce.
>
> L'argument portant que l'intimée, parce qu'elle est une personne morale, est incapable d'avoir des croyances religieuses et, par conséquent, incapable d'invoquer des droits en vertu de l'al. 2*a*) de la *Charte* a pour effet de brouiller la nature de ce pourvoi. La loi qui porte atteinte à la liberté de religion est, de ce seul fait, incompatible avec l'al. 2*a*) de la *Charte* et il n'importe pas de savoir si l'accusé est chrétien, juif, musulman, hindou, bouddhiste, athée ou agnostique, ou s'il s'agit d'une personne physique ou morale. C'est la nature de la loi, et non pas le statut de l'accusé, qui est en question. [Nous soulignons.]

L'arrêt *Big M Drug Mart* n'excluait pas la possibilité qu'une partie qui, à l'instar des intimés en l'espèce, ne comparaît pas volontairement devant

could be granted public interest standing notwithstanding that the party's own rights were not being violated. The majority held that in such circumstances the party would have to satisfy the status requirements of the standing trilogy (*Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, and *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575). In the view of the majority, the respondent Big M Drug Mart did not have to fulfill those requirements because as an accused it did not come before the court voluntarily and no one should be convicted under a statute that is constitutionally infirm. In these circumstances, an accused corporation or an individual was said to be "entitled to resist a charge under the Act" notwithstanding that the accused's own rights were not violated.

la cour se voie reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, même s'il n'y a pas eu atteinte à ses propres droits. La Cour à la majorité a statué que, dans ces circonstances, cette partie devrait satisfaire aux exigences prescrites par la trilogie d'arrêts sur la qualité pour agir (*Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, et *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575). Selon la Cour à la majorité, l'intimée Big M Drug Mart n'avait pas à satisfaire à ces exigences puisque, en sa qualité d'accusée, elle ne comparaissait pas volontairement devant la cour et que personne ne devrait être déclaré coupable en vertu d'une loi inconstitutionnelle. Dans ce contexte, on a affirmé qu'une personne morale ou une personne physique accusée «pourrait [. . .] contester une accusation portée en vertu de la Loi», même si ses propres droits n'ont pas été violés.

What *Big M Drug Mart* created was an exception which granted standing as of right to an accused charged under legislation alleged to be unconstitutional. A person whose constitutional rights are violated has standing as of right to challenge the violative act of government in proceedings brought either by or against that person. *Big M Drug Mart* extended that right to an accused whose own rights are not in fact violated but who alleges that legislation under which the accused is being prosecuted is unconstitutional.

39 Ce qu'a créé *Big M Drug Mart*, c'est une exception qui reconnaît la qualité pour agir de plein droit à la personne accusée en vertu d'une mesure législative qu'elle prétend être inconstitutionnelle. La personne dont les droits garantis par la Constitution sont violés a qualité de plein droit pour contester l'atteinte portée par l'État, dans une action intentée par elle ou contre elle. L'arrêt *Big M Drug Mart* étend ce droit à l'accusé dont les propres droits ne sont pas effectivement violés, mais qui plaide l'inconstitutionnalité de la mesure législative en vertu de laquelle il est poursuivi.

In our opinion, the logic of *Big M Drug Mart* extends to give standing as of right to the respondents. While they might seek public interest standing, we do not believe they need do so. They do not come before the court voluntarily. They have been put in jeopardy by a state organ bringing them before the court by an application for an injunction calling in aid a regulatory regime. Success of that application could result in enforcement by contempt proceedings. If the foundation for these remedies is an unconstitutional law, it appears extraordinary that a defendant cannot be heard to raise its unconstitutionality solely because

40 À notre avis, la logique de l'arrêt *Big M Drug Mart* va jusqu'à reconnaître aux intimés la qualité pour agir de plein droit. Bien qu'ils puissent chercher à se faire reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, nous ne croyons pas qu'ils aient besoin de le faire. Ils ne comparaissent pas volontairement devant la cour. Ils sont menacés du fait qu'un organisme de l'État les fait comparaître au moyen d'une demande d'injonction fondée sur un régime de réglementation. Si cette demande était accueillie, il pourrait en résulter une mise à exécution par voie de procédures en matière d'outrage. Si ces réparations reposent sur une règle de droit

the constitutional provision which renders it invalid does not apply to a corporation.

41 It seems wrong to us that someone in the position of the respondents should have to seek "public interest" standing. They do not seek to attack the legislation out of public interest. They seek to defend themselves against a law that is sought to be applied to them against their will which will directly affect their "private" interest.

42 We must acknowledge that there are several statements by this Court to the effect that the principle in *Big M Drug Mart* does not extend to a defendant in a civil proceeding. These statements, however, simply make the bald assertion without any attempt to explain the logic of that position. In *Irwin Toy*, *supra*, at p. 1004, the majority reasons of Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ., simply stated:

> In this regard, the case of *Big M Drug Mart, supra*, is of no application. There are no penal proceedings pending in the case at hand, so the principle articulated in *Big M Drug Mart* is not involved.

43 *Irwin Toy* was not a case in which the party seeking standing was brought involuntarily before the court. Rather the party seeking standing actively pursued standing. As well, in *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705, Cory J., speaking on behalf of the Court stated, at p. 709:

> . . . a corporation cannot . . . avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*. . . .
>
> It is true that there is an exception to this general principle that was established in *R. v. Big M Drug Mart, supra*, where it was held that "[a]ny accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid". . . . Here no penal

inconstitutionnelle, il semblerait extraordinaire qu'un défendeur ne puisse pas se faire entendre pour en plaider l'inconstitutionnalité, uniquement parce que la disposition constitutionnelle qui la rend invalide ne s'applique pas à une personne morale.

Il nous semble incorrect que quelqu'un dans la situation des intimés soit obligé de demander la qualité pour agir «dans l'intérêt public». Ils ne cherchent pas à contester la législation dans l'intérêt public. Ils cherchent à se défendre contre une règle de droit qu'on veut leur appliquer contre leur gré et qui portera directement atteinte à leur intérêt «privé».

Nous devons reconnaître que notre Cour a déclaré, à maintes reprises, que le principe dégagé dans *Big M Drug Mart* ne s'applique pas à un défendeur dans une action civile. Ces énoncés ne sont toutefois que de simples assertions et ne tentent nullement d'expliquer la logique de ce point de vue. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 1004, le juge en chef Dickson ainsi que les juges Lamer et Wilson précisent simplement, dans leurs motifs majoritaires:

> À cet égard, l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, ne trouve aucune application. Il n'y a aucune poursuite pénale en cours en l'espèce de sorte que le principe formulé dans l'arrêt *Big M Drug Mart* n'entre pas en jeu.

Irwin Toy n'était pas une affaire dans laquelle la partie qui demandait la qualité pour agir avait été forcée de comparaître devant la cour. Au contraire, la partie qui demandait la qualité pour agir cherchait activement à l'obtenir. De même, dans l'arrêt *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705, le juge Cory affirme, au nom de la Cour, à la p. 709:

> . . . une société ne peut [. . .] se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*. . .
>
> Il est vrai qu'il existe une exception à ce principe général qui a été établie dans l'arrêt *R. c. Big M. Drug Mart*, précité, où la Cour a conclu que «[t]out accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est

proceedings are pending and the exception is obviously not applicable.

Dywidag was not a case in which a state agency brought the party seeking standing before the court seeking a remedy under legislation alleged to be unconstitutional. Rather, the party seeking standing sought to implead the Crown in civil proceedings in a provincial court. An obstacle to the application was the *Federal Court Act* whose provisions gave exclusive jurisdiction to the Federal Court over claims against the Crown. It could not be suggested that Zutphen (the party seeking standing) had been brought involuntarily before the court.

Our expanding the *Big M Drug Mart* exception to civil proceedings in these limited circumstances is not intended to provide corporations with a new weapon for litigation. The purpose of the expansion is to permit a corporation to attack what it regards as an unconstitutional law when it is involuntarily brought before the courts pursuant to a regulatory regime set up under an impugned law. Surely, just as no one should be convicted of an offence under an unconstitutional law, no one should be the subject of coercive proceedings and sanctions authorized by an unconstitutional law.

In this case, CEMA approached the court seeking an injunction and damages against the respondents. They were producing and marketing eggs outside the Northwest Territories outside the quota and licensing system. They were thus in violation of the federal egg marketing scheme, specifically s. 4 of the *Licensing Regulations*, which required them to hold a licence, and s. 4 of the *Quota Regulations*, which required them to hold a quota. These violations constituted an offence under s. 37(1) of the *Farm Products Agencies Act*. Rather than bring these violations to the attention of the Attorney General, CEMA, acting as a private party, initiated a civil action against the respondents, seeking an injunction, an accounting, and damages. The harm which CEMA alleged was

portée est inconstitutionnelle» [. . .] En l'espèce, il n'y a pas de poursuite pénale et de toute évidence l'exception ne s'applique pas.

Dans *Dywidag*, la partie qui demandait la qualité pour agir devant la cour n'avait pas été poursuivie par un organisme de l'État qui sollicitait une réparation fondée sur une mesure législative qu'elle prétendait être inconstitutionnelle. La partie qui demandait la qualité pour agir cherchait plutôt à mettre en cause l'État dans une action civile devant une cour provinciale. La *Loi sur la Cour fédérale*, dont les dispositions accordent compétence exclusive à la Cour fédérale relativement aux actions intentées contre l'État, faisait obstacle à cette demande. On ne pouvait pas dire que Zutphen (la partie qui demandait la qualité pour agir) avait été forcée de comparaître devant la cour.

44 En étendant l'exception de l'arrêt *Big M Drug Mart* aux poursuites civiles dans ces circonstances limitées, nous ne voulons pas fournir aux personnes morales une nouvelle arme en matière de litige. Notre but est de permettre à une personne morale, poursuivie en justice conformément à un régime de réglementation, de contester la loi — qu'elle considère inconstitutionnelle — en vertu de laquelle le régime en cause a été établi. Certes, tout comme nul ne devrait être déclaré coupable d'une infraction définie par une loi inconstitutionnelle, nul ne devrait faire l'objet de procédures et de sanctions coercitives autorisées par une telle loi.

45 En l'espèce, l'OCCO a demandé à la cour de prononcer une injonction contre les intimés et de les condamner à payer des dommages-intérêts. Ils produisaient et commercialisaient des œufs à l'extérieur des Territoires du Nord-Ouest, en marge du système de quotas et d'octroi de permis. Ils contrevenaient donc au régime fédéral de commercialisation des œufs, particulièrement à l'art. 4 du *Règlement sur les permis*, qui les obligeait à détenir un permis, et à l'art. 4 du *Règlement sur le contingentement*, en vertu duquel ils devaient être titulaires d'un quota. Ces contraventions constituaient une infraction au par. 37(1) de la *Loi sur les offices des produits agricoles*. Au lieu de signaler ces contraventions au Procureur général, l'OCCO, agissant à titre privé, a intenté contre les intimés une action

being caused to it consisted of the steps it was forced to take to accommodate within the federal egg quota the unlicensed production and marketing of the respondents' eggs.

civile en vue d'obtenir une injonction, une reddition de compte et des dommages-intérêts. Le préjudice que l'OCCO prétendait subir découlait des mesures qu'il était contraint de prendre pour concilier la production et la commercialisation non autorisées d'œufs par les intimés avec le contingentement fédéral des œufs.

46 Although the respondents were not prosecuted under the scheme, it was nevertheless the federal egg marketing scheme which provided the basis for CEMA's civil claim. Were it not for this scheme, there would have been no harm to CEMA. Indeed, there would be no CEMA. A defendant in a civil proceeding brought pursuant to legislation is normally entitled to challenge the constitutionality of the legislation authorizing the proceeding. But it is argued that because the respondents were corporations and the proceedings against them were civil, they were barred from challenging the provisions of the scheme. In our opinion, ensuring the constitutionality of legislation under which the state initiates coercive proceedings is far more important to the rule of law and to the integrity of the justice system than whether the proceedings in question are penal or civil. If the penal proceedings requirement were allowed to stand, a corporation that was the subject of a civil injunction issued at the urging of a state agency would be barred from challenging the constitutionality of the law that authorized those proceedings. But if it violated the injunction, it could be cited for contempt. It would then face more severe penalties. Yet, at this latter stage, even though it faced possible penal sanctions, it would not be allowed to challenge the law under the *Charter* because the penal sanctions were authorized, not by that law, but by the contempt powers of the court.

Même si les intimés n'ont pas été poursuivis en vertu du régime fédéral de commercialisation des œufs, il n'en demeure pas moins que c'est ce régime qui justifiait l'action civile de l'OCCO. N'eût été ce régime, l'OCCO n'aurait subi aucun préjudice. En fait, il n'y aurait pas d'OCCO. Le défendeur dans une action civile fondée sur une mesure législative a normalement le droit de contester la constitutionnalité de cette mesure législative. Cependant, il a été soutenu que, parce que les intimés étaient des personnes morales et que les actions intentées contre elles étaient de nature civile, ils ne pouvaient pas contester les dispositions du régime. À notre avis, pour maintenir la primauté du droit et l'intégrité du système judiciaire, il est beaucoup plus important de garantir la constitutionnalité de la mesure législative en vertu de laquelle l'État engage des procédures coercitives que de savoir si les procédures en question sont de nature pénale ou civile. Si l'exigence de procédures pénales était maintenue, une personne morale faisant l'objet d'une injonction civile prononcée à la demande d'un organisme de l'État ne pourrait pas contester la constitutionnalité de la loi ayant autorisé ces procédures. Toutefois, si elle violait l'injonction, elle pourrait être accusée d'outrage. Elle s'exposerait alors à des peines plus sévères. Pourtant, à cette dernière étape, même si elle s'exposait à des sanctions pénales, elle ne pourrait pas contester la loi en vertu de la *Charte*, du fait que ces sanctions ont été autorisées non par cette loi, mais en vertu des pouvoirs de la cour en matière d'outrage.

47 Therefore, we have concluded that standing as of right should be accorded to the respondents and that they should not have to seek public interest standing as if they were strangers to the proceedings.

Nous avons donc conclu qu'il y a lieu de reconnaître aux intimés la qualité pour agir de plein droit et que ceux-ci ne devraient pas avoir à demander la qualité pour agir dans l'intérêt public comme s'ils étaient des tiers dans les procédures.

B. *Charter Rights*

The Court of Appeal found that respondents' inability to obtain a quota under the national egg marketing scheme violated their rights of association and of mobility guaranteed by the *Charter*. As one of the grounds for finding a breach of the right of association was based upon a finding of a breach of the *Charter* right to mobility, it is convenient to examine first whether the respondents' mobility rights have been infringed.

(1) Mobility Rights: Section 6 of the *Charter*

Section 6 of the *Charter* states:

Mobility Rights

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(*a*) to move to and take up residence in any province; and

(*b*) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(*a*) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(*b*) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

B. *Les droits garantis par la Charte*

48 La Cour d'appel a conclu que l'incapacité des intimés d'obtenir un quota en vertu du régime national de commercialisation des œufs violait la liberté d'association et la liberté de circulation et d'établissement que leur garantissait la *Charte*. Vu que l'un des motifs de conclure à l'existence d'une violation de la liberté d'association reposait sur la conclusion qu'il y avait eu violation de la liberté de circulation et d'établissement garantie par la *Charte*, il convient de commencer par examiner si la liberté de circulation et d'établissement des intimés a été violée.

(1) Liberté de circulation et d'établissement: art. 6 de la *Charte*

49 Voici le libellé de l'art. 6 de la *Charte*:

Liberté de circulation et d'établissement

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés:

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

The scope given to these words has significant implications for the exercise of the federal and provincial powers enumerated in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, respectively. This context makes it necessary to consider carefully the purpose and role of the mobility section, and of the *Charter* itself in our constitutional order. The necessity of returning to first principles is heightened by the scarcity of both jurisprudence and academic commentary on s. 6.

(a) *The Nature of the Right*

50 The specific sections of the *Charter* raised in this case are s. 6(2)(*b*) and s. 6(3)(*a*). A preliminary problem is whether the two paragraphs should be read together as establishing a single right which is internally qualified, or whether, alternatively, the first paragraph establishes a self-contained right which is externally qualified by the second paragraph. Section 6(2)(*b*) guarantees the right to "pursue the gaining of a livelihood in any province". Section 6(3)(*a*) then dramatically narrows the ambit of that right, making it subject to laws of general application in the province, except those which discriminate against individuals "primarily on the basis of province of present or previous residence". In our view, it is impossible to ascertain the purpose of the extremely broad statement in s. 6(2)(*b*) without importing the limitation contained in s. 6(3)(*a*).

51 In *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512 (Que. Sup. Ct.), the relationship between the two paragraphs is explained according to the following dialectic, at p. 521:

[TRANSLATION]

(a) The principle: The right to pursue the gaining of a livelihood in any province;

(b) The exception: This right is subject to any laws or practices of a general application in force in that province;

(c) The exception to the exception: Except if these laws discriminate among persons primarily on the basis of the province of residence.

La portée que l'on reconnaît à ces mots a une incidence considérable sur l'exercice des compétences fédérales et provinciales énumérées, respectivement, aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce contexte oblige à examiner minutieusement l'objet et le rôle de l'article traitant de la liberté de circulation et d'établissement, ainsi que de la *Charte* elle-même, dans notre régime constitutionnel. Le retour aux principes premiers est d'autant plus nécessaire en raison de la rareté de la jurisprudence et de la doctrine portant sur l'art. 6.

a) *La nature du droit*

Les dispositions de la *Charte* invoquées en l'espèce sont les al. 6(2)*b*) et 6(3)*a*). Un problème préliminaire est de savoir si ces deux alinéas doivent s'interpréter conjointement comme établissant un seul droit restreint de façon interne ou si le premier alinéa établit lui-même un droit qui est restreint de façon externe par le deuxième alinéa. L'alinéa 6(2)*b*) garantit le droit de «gagner [sa] vie dans toute province». L'alinéa 6(3)*a*) vient ensuite réduire radicalement la portée de ce droit en le subordonnant aux lois d'application générale de la province, à l'exception de celles qui établissent entre les gens une distinction «fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle». À notre avis, il est impossible de déterminer l'objet de l'énoncé extrêmement général de l'al. 6(2)*b*) sans tenir compte de la limite contenue à l'al. 6(3)*a*).

Dans la décision *Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd. c. R.*, [1982] C.S. 1146, le lien qui existe entre les deux alinéas est expliqué selon la dialectique suivante, à la p. 1151:

a) le principe: droit de gagner sa vie dans toute province;

b) l'exception: ce droit est subordonné aux lois et usages d'application générale dans la province;

c) l'exception à l'exception: sauf si ces lois établissent des distinctions fondées principalement sur la province de résidence.

On close examination, it will be observed that (b) almost entirely undermines the guarantee set out in (a); meaning, scope and purpose can only be attributed to (a) by reading it in conjunction with (c). The correctness of this general approach was recognized in both of the major Supreme Court decisions on s. 6, *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, and *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591.

Un examen attentif permet de constater que la proposition b) mine presque complètement la garantie énoncée à la proposition a), et que la seule façon de définir le sens, la portée et l'objet de la proposition a) consiste à l'interpréter conjointement avec la proposition c). L'exactitude de cette approche générale a été reconnue dans les deux principaux arrêts de la Cour suprême concernant l'art. 6, soit *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, et *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591.

In *Skapinker*, *supra*, the Court's unanimous judgment defined the ambit of s. 6(2)(*b*) with frequent references to the qualifications contained in s. 6(3)(*a*), and noted (at p. 380) that the significance of the heading "*Mobility Rights*" as it related to the s. 6(2)(*b*) could only be understood by considering s. 6(3)(*a*):

52 Dans l'arrêt *Skapinker*, précité, notre Cour, à l'unanimité, a défini la portée de l'al. 6(2)*b*) en renvoyant abondamment aux restrictions contenues à l'al. 6(3)*a*), et a souligné (à la p. 380) que pour saisir l'importance de la rubrique «*Liberté de circulation et d'établissement*» relativement à l'al. 6(2)*b*), il fallait nécessairement tenir compte de l'al. 6(3)*a*):

> The concluding words of s. 6(3)(*a*), just cited, buttress the conclusion that s. 6(2)(*b*) is directed towards "mobility rights", and was not intended to establish a free standing right to work. Reading s. 6(2)(*b*) in light of the exceptions set out in s. 6(3)(*a*) also explains why the words "in any province" are used: citizens and permanent residents have the right, under s. 6(2)(*b*), to earn a living in any province subject to the laws and practices of "general application" in that province which do not discriminate primarily on the basis of provincial residency.

> Les derniers mots de l'al. 6(3)*a*), que je viens tout juste de citer, étayent la conclusion que l'al. 6(2)*b*) vise la «liberté de circulation et d'établissement» et non pas à établir un droit distinct au travail. L'interprétation de l'al. 6(2)*b*) en fonction des exceptions énoncées à l'al. 6(3)*a*) permet également d'expliquer pourquoi les mots «dans toute province» sont utilisés: en vertu de l'al. 6(2)*b*), les citoyens et les résidents permanents ont le droit de gagner leur vie dans toute province, mais ce droit est subordonné aux lois et usages «d'application générale» dans cette province qui n'établissent aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence.

This excerpt and methodology were also adopted by the majority in *Black*, *supra*, at pp. 622 and 617-18. Moreover, this approach is consistent with the contextual approach to *Charter* interpretation described in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344:

53 Cet extrait et la méthodologie qui y est décrite ont également été adoptés par les juges majoritaires dans l'arrêt *Black*, précité, à la p. 622, de même que 617 et 618. En outre, cette approche est compatible avec la méthode contextuelle d'interprétation de la *Charte* décrite dans *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344:

> In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text

> À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. [. . .] En même

of the *Charter*. . . . At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* [citation omitted] illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

54 These passages make clear that the two sections should be read together in order to establish one another's purpose. We note, however, that in *Black*, *supra*, at p. 626, despite acknowledging the interdependence of the two sections, the three judges forming the majority went on to consider the impact of s. 6(3)(*a*) as an independent "saving" provision. In our view, using s. 6(3)(*a*) as an independent saving provision is redundant and potentially confusing. This Court has recognized that the mobility right articulated in s. 6(2)(*b*) must be read in light of the discrimination provision contained in s. 6(3)(*a*) or else be manifestly too broad, given the heading "*Mobility Rights*". Once this interpretive interdependence is recognized, it is more coherent to read the two sections together as defining a single right, rather than one right which is externally "saved" by another. The two-step approach engenders a needlessly duplicative analysis in which s. 6(3)(*a*) is called upon to qualify s. 6(2)(*b*) internally (because it is manifestly too broad to be interpreted in isolation), and then also to operate as an autonomous "saving" provision. In our view, it is preferable to give full effect to the interdependence recognized in both *Skapinker*, *supra*, and *Black*, *supra*, by determining the purpose and scope of the two provisions together without leaving any room for a second application of s. 6(3)(*a*). The discrimination provision should be fully integrated into an understanding of the purpose and scope of the mobility right described in s. 6(2)(*b*). Section 6(3)(*a*) is not a "saving" provision in the way in which s. 6(3)(*b*), s. 6(4), or s. 1 of the *Charter* are, since none of these sections is

temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* [citation omise], elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Il ressort clairement de ces passages qu'il y a lieu d'interpréter les deux dispositions conjointement pour en établir les objets respectifs. Nous faisons cependant remarquer que, dans l'arrêt *Black*, précité, à la p. 626, les trois juges majoritaires, bien qu'ils aient reconnu l'interdépendance des deux dispositions, ont ensuite examiné l'incidence de l'al. 6(3)*a*) en tant que disposition «de sauvegarde» indépendante. À notre avis, utiliser l'al. 6(3)*a*) en tant que disposition de sauvegarde indépendante est redondant et susceptible d'engendrer de la confusion. Notre Cour a reconnu que la liberté de circulation et d'établissement décrite à l'al. 6(2)*b*) doit être interprétée en fonction de la disposition en matière de discrimination contenue à l'al. 6(3)*a*), sinon elle sera manifestement trop large, vu la rubrique «*Liberté de circulation et d'établissement*». Une fois que l'existence de cette interdépendance en matière d'interprétation est reconnue, il est plus logique d'interpréter les deux dispositions conjointement comme définissant un seul droit, plutôt qu'un droit «sauvegardé» de façon externe par un autre droit. La méthode à deux étapes donne lieu à une analyse inutilement répétitive dans le cadre de laquelle l'al. 6(3)*a*) sert à restreindre l'al. 6(2)*b*) de façon interne (vu qu'il est manifestement trop large pour être interprété isolément) et joue ensuite le rôle de disposition «de sauvegarde» autonome. À notre avis, il est préférable de donner pleinement effet à l'interdépendance reconnue dans les arrêts *Skapinker* et *Black*, précités, en déterminant l'objet et la portée des deux dispositions conjointement sans qu'il soit nécessaire d'appliquer l'al. 6(3)*a*) une deuxième fois. La disposition en matière de discrimination devrait faire partie intégrante de l'interprétation de l'objet et de la portée de la liberté de circulation et d'établissement décrite à l'al. 6(2)*b*). L'alinéa 6(3)*a*) n'est pas une disposition «de sauvegarde» au même titre que le sont l'al. 6(3)*b*), le par. 6(4), ou

essential to defining the purpose of the sections which they limit.

(b) *The Purpose of the Mobility Guarantee*

We turn now to the first principles of the *Charter* of which s. 6 forms a part. In *Skapinker*, *supra*, which also happens to be one of the earliest *Charter* cases, Estey J. articulated in passing what he perceived as the animating purpose of the *Charter* (at pp. 366-67):

> With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court. [Emphasis added.]

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156, Dickson J. saw a similar role:

> The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action. [Emphasis added.]

The analysis to be followed in determining the precise content of any particular *Charter* obligation is discussed in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344, in the course of which the function of the *Charter* as a whole is described:

> In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, [etc.]. . . . The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. [Emphasis added.]

In a recent article, former Chief Justice Dickson identifies the development of international human

encore l'article premier de la *Charte*, étant donné qu'aucune de ces dispositions n'est indispensable pour définir l'objet des articles dont elles limitent la portée.

b) *L'objet de la garantie de liberté de circulation et d'établissement*

Nous abordons maintenant les principes premiers de la *Charte*, dont l'art. 6 fait partie. Dans l'arrêt *Skapinker*, précité, qui se trouve à être l'un des premiers arrêts relatifs à l'application de la *Charte*, le juge Estey a expliqué, en passant, ce qu'il percevait comme l'objet sous-jacent de la *Charte* (aux pp. 366 et 367): 55

> La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour. [Nous soulignons.]

Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 156, le juge Dickson a perçu un rôle similaire:

> La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. [Nous soulignons.]

L'analyse qu'il faut faire pour déterminer la nature précise de toute obligation découlant de la *Charte* est décrite dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, où l'on décrit également le rôle de la *Charte* dans son ensemble: 56

> À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, [etc.]. [. . .] Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. [Nous soulignons.]

Dans un article récent, l'ancien juge en chef Dickson estime que l'essor des droits de la per- 57

rights as an important influence leading to an entrenched guarantee of rights and freedoms in this country. He observes:

> The *Universal Declaration of Human Rights* marked the worldwide abhorrence of human rights violations that had occurred in many countries during the Second World War. The *Universal Declaration* signalled, however, more than mere abhorrence. It also vividly underlined a commitment, forged through events leading up to and including the Second World War, to usher in a new period of human history, one characterized by a profound respect for human rights.
>
> . . .
>
> The *Charter* reflects an agreement by the federal and provincial governments to limit their legislative sovereignty so as not to infringe on certain rights and freedoms. [Emphasis added.]

("The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Context and Evolution", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), at pp. 1-5 and 1-15.)

These statements affirm what may appear obvious to some, that the primary purpose of the *Charter* is to constrain government action in conformity with certain individual rights and freedoms, the preservation of which are essential to the continuation of a democratic, functioning society in which the basic dignity of all is recognized.

58 Section 6 is a part of these essential human rights not only by virtue of its inclusion in the *Charter*, but also as evidenced by international human rights instruments which recognize mobility rights. Indeed, s. 6 closely mirrors the provisions of several human rights instruments to which Canada is a party:

sonne sur le plan international est un facteur important qui a contribué à l'adoption, au Canada, d'un document garantissant des droits et libertés. Il fait remarquer:

> [TRADUCTION] La *Déclaration universelle des droits de l'homme* témoigne de l'horreur inspirée dans le monde entier par les violations des droits de la personne qui ont été commises dans de nombreux pays au cours de la Deuxième Guerre mondiale. La *Déclaration universelle* représentait cependant plus qu'une simple expression d'horreur. Elle soulignait également de façon éclatante la volonté, issue de la Deuxième Guerre mondiale et des événements qui y ont conduit, de marquer le début d'une ère nouvelle pour l'humanité, une ère empreinte d'un profond respect des droits de la personne.
>
> . . .
>
> La *Charte* est l'expression de la volonté commune des gouvernements fédéral et provinciaux de limiter leur souveraineté législative de manière à ne pas violer certains droits et certaines libertés. [Nous soulignons.]

(«The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Context and Evolution», dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (3e éd. 1996), aux pp. 8 et 19.)

Ces déclarations confirment ce qui peut paraître évident à certains, c'est-à-dire que l'objet principal de la *Charte* est de veiller à ce que toute action gouvernementale soit conforme à certains droits et libertés individuels dont la protection est essentielle au maintien d'une société démocratique et fonctionnelle dans laquelle la dignité fondamentale de tous les individus est reconnue.

L'article 6 fait partie de ces droits essentiels de la personne non seulement parce qu'il est inclus dans la *Charte*, mais également en raison des instruments internationaux de défense des droits de la personne qui reconnaissent la liberté de circulation et d'établissement. En effet, l'art. 6 reflète de près les dispositions de plusieurs instruments de défense de droits de la personne, que le Canada a ratifiés:

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (affirmative vote, including Canada, December 10, 1948)

Article 13

1. Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State.

Article 23

1. Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Can. T.S. 1976 No. 46 (date of accession: May 19, 1976)

Article 6

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

Article 2 of the *Universal Declaration of Human Rights* also provides that a person is entitled to the enjoyment of those rights "without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status". As the words of s. 6(3)(*a*) make clear, the *Charter* right to mobility is largely predicated on the right to equal treatment. In principle, then, s. 6 may be understood as giving effect to the fundamental human right of mobility, which is defined according to the obligation that individuals be treated without discrimination based on their residence.

Prior to the advent of the *Charter*, the right of Canadian citizens to move about, reside, and work in the province of their choice had been affirmed. This entitlement had been enunciated not out of a concern with fundamental human rights, however, but as a consequence of the exclusive federal jurisdiction over citizenship conferred by s. 91 of the *Constitution Act, 1867* (see *Winner v. S.M.T.*

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (vote affirmatif, comprenant le Canada, 10 décembre 1948)

Article 13

1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État.

Article 23

1. Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, R.T. Can. 1976 nº 46 (date d'adhésion: le 19 mai 1976)

Article 6

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.

L'article 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* prévoit également qu'une personne peut se prévaloir de ces droits «sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation». Comme il ressort clairement du libellé de l'al. 6(3)*a*), la liberté de circulation et d'établissement garantie par la *Charte* repose en grande partie sur le droit à l'égalité de traitement. En principe, l'art. 6 peut donc être interprété comme rendant applicable la liberté fondamentale de circulation et d'établissement qui est définie en fonction de l'obligation de traiter les gens sans distinction fondée sur leur lieu de résidence.

59

Avant l'avènement de la *Charte*, le droit des citoyens canadiens de se déplacer, de résider et de travailler dans la province de leur choix avait déjà été confirmé. Cependant, ce droit avait été énoncé non pas parce qu'il avait un lien avec les droits fondamentaux de la personne, mais parce qu'il découlait de la compétence fédérale exclusive en matière de citoyenneté, conférée par l'art. 91 de la

(Eastern) Ltd., [1951] S.C.R. 887, at pp. 919-20). The right to move about the country and settle where one wished was considered an essential attribute of citizenship with which the provinces were not permitted to interfere. According to this reasoning, of course, the federal government could always regulate the attributes of citizenship; it could interfere with the right of mobility, even if the provinces could not. Thus, although the right described in *Winner*, *supra*, may appear similar to that contained in s. 6, they have fundamentally different origins. The mobility right, grounded in a concern with fundamental human rights, is conceptually distinct from a mobility right which is essentially concerned with interjurisdictional immunity. It may demand a different scope in order to satisfy a different purpose. Section 6 is rooted in a concern with human rights, not the conditions or operation of the federal structure of Canada.

Loi constitutionnelle de 1867 (voir *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, aux pp. 919 et 920). Le droit de se déplacer partout au pays et de s'établir à l'endroit de son choix était considéré comme un attribut essentiel de la citoyenneté auquel les provinces ne pouvaient pas toucher. Suivant ce raisonnement, il allait de soi que le gouvernement fédéral pouvait toujours réglementer les attributs de la citoyenneté; il pouvait entraver la liberté de circulation et d'établissement, même si les provinces ne le pouvaient pas. En conséquence, bien que le droit décrit dans *Winner*, précité, puisse paraître semblable à celui prévu à l'art. 6, les deux ont des origines totalement différentes. La liberté de circulation et d'établissement qui émane d'un intérêt pour les droits fondamentaux de la personne se distingue, sur le plan conceptuel, de la liberté de circulation et d'établissement qui a trait essentiellement à l'exclusivité des compétences. Elle peut nécessiter une portée différente afin d'atteindre un objectif différent. L'article 6 émane d'un intérêt pour les droits de la personne et non des conditions ou du fonctionnement de la structure fédérale canadienne.

60 Situated in the *Charter*, and closely mirroring the language of international human rights treaties, it seems clear then that s. 6 responds to a concern to ensure one of the conditions for the preservation of the basic dignity of the person. The specific guarantee described in s. 6(2)(*b*) and s. 6(3)(*a*) is mobility in the gaining of a livelihood subject to those laws which do not discriminate on the basis of residence. The mobility guarantee is defined and supported by the notion of equality of treatment, and absence of discrimination on the ground normally related to mobility in the pursuit of a livelihood (i.e. residence). La Forest J. articulated the correlative significance of these two concepts in *Black*, *supra*, at pp. 617-18 and 620-21:

> Section 6(2)(*b*), in my view, guarantees not simply the right to pursue a livelihood, but more specifically, the right to pursue the livelihood of choice to the extent and subject to the same conditions as residents.
>
> . . .

Vu que l'art. 6 fait partie de la *Charte* et qu'il reflète de près le libellé de traités internationaux en matière de droits de la personne, il semble clair qu'il répond à un souci d'assurer l'une des conditions nécessaires à la protection de la dignité fondamentale de la personne. Ce qui est garanti aux al. 6(2)*b*) et 6(3)*a*), c'est la liberté de choisir l'endroit où gagner sa vie, sous réserve des lois qui n'établissent aucune distinction fondée sur le lieu de résidence. Cette garantie de libre circulation est définie et étayée par la notion d'égalité de traitement et l'absence de distinction fondée sur le motif normalement lié au choix de l'endroit où gagner sa vie (c.-à-d. le lieu de résidence). Le juge La Forest a parlé de l'importance corrélative de ces deux concepts dans *Black*, précité, aux pp. 617 et 618, de même que 620 et 621:

> À mon sens, l'al. 6(2)*b*) garantit non seulement le droit de gagner sa vie mais, plus précisément, le droit de gagner sa vie selon la profession ou le métier de son choix tout en étant assujetti aux mêmes conditions que les résidents.
>
> . . .

In truth, a purposive approach to the *Charter* dictates a more comprehensive approach to mobility. What section 6(2) was intended to do was to protect the right of a citizen (and by extension a permanent resident) to move about the country, to reside where he or she wishes and to pursue his or her livelihood without regard to provincial boundaries. The provinces may, of course, regulate these rights (as *Skapinker* holds). But subject to the exceptions in ss. 1 and 6 of the *Charter*, they cannot do so in terms of provincial boundaries. That would derogate from the inherent rights of the citizen to be treated equally in his capacity as a citizen throughout Canada. [Emphasis added.]

En réalité, une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet visé nous oblige à aborder de manière plus globale la liberté de circulation. Le paragraphe 6(2) était destiné à protéger le droit d'un citoyen (et par extension celui d'un résident permanent) de se déplacer à l'intérieur du pays, d'établir sa résidence à l'endroit de son choix et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales. Les provinces peuvent évidemment réglementer ces droits (selon l'arrêt *Skapinker*). Cependant, sous réserve des exceptions contenues à l'article premier et à l'art. 6 de la *Charte*, elles ne peuvent le faire en fonction des frontières provinciales. Ce serait déroger aux droits que possède le citoyen, en sa qualité même de citoyen, d'être traité également partout au Canada. [Nous soulignons.]

The freedom guaranteed in s. 6 embodies a concern for the dignity of the individual. Sections 6(2)(*b*) and 6(3)(*a*) advance this purpose by guaranteeing a measure of autonomy in terms of personal mobility, and by forbidding the state from undermining this mobility and autonomy through discriminatory treatment based on place of residence, past or present. The freedom to pursue a livelihood is essential to self-fulfilment as well as survival. Section 6 is meant to give effect to the basic human right, closely related to equality, that individuals should be able to participate in the economy without being subject to legislation which discriminates primarily on the basis of attributes related to mobility in pursuit of their livelihood.

La liberté garantie à l'art. 6 traduit un intérêt pour la dignité de l'individu. Les alinéas 6(2)*b*) et 6(3)*a*) favorisent la réalisation de cet objet en garantissant une certaine autonomie sur le plan de la liberté personnelle de circulation et d'établissement, et en interdisant à l'État de miner cette liberté et cette autonomie au moyen d'un traitement discriminatoire fondé sur le lieu de résidence antérieur ou actuel. La liberté de gagner sa vie est une question d'accomplissement de soi et de survie. L'article 6 vise à rendre applicable un droit fondamental de la personne qui est étroitement lié à l'égalité, celui d'être en mesure de participer à l'économie sans être assujetti à des lois qui établissent une distinction fondée principalement sur des attributs liés au choix de l'endroit où gagner sa vie.

The terms of s. 6 suggest that this right is not violated by legislation regulating any particular type of economic activity, but rather by the effect of such legislation on the fundamental right to pursue a livelihood on an equal basis with others. Indeed, the provinces and federal government are authorized by virtue of ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* to regulate all manner of economic activity, as defined by type of activity. For example, s. 92(13) authorizes provincial legislation with respect to property and civil rights, s. 92(9) authorizes the imposition of retail licences, and s. 91(12) authorizes legislation over the sea coast and inland fisheries. As a result of the federal design of our Constitution, and the grant of property and civil rights to the jurisdiction of the provinces, a vast array of legislation in force in the

61 Le libellé de l'art. 6 laisse entendre que ce droit est violé non pas par une mesure législative qui réglemente un type particulier d'activité économique, mais plutôt par l'effet d'une telle mesure législative sur le droit fondamental de gagner sa vie au même titre que tout autre individu. En fait, les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorisent les gouvernements fédéral et provinciaux à réglementer tout genre d'activité économique défini par type d'activité. Par exemple, le par. 92(13) autorise les provinces à légiférer en matière de propriété et de droits civils, le par. 92(9) autorise l'imposition de permis de vente au détail et le par. 91(12) permet de légiférer relativement aux pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur. Vu le caractère fédéral de notre Constitution, et vu que la propriété et les droits civils

provinces affecting the terms of commercial activity applies only within the province in which it is enacted. The federal structure of our Constitution authorizes the growth of distinct systems of commercial regulation whose application is inevitably defined "in terms of provincial boundaries". Provincial legislation validly enacted under s. 92 of the Constitution is applicable only within a single province and may have an effect on the conditions according to which a livelihood may be pursued. Federal legislation, or cooperative federal-provincial legislative schemes, may also apply only in some provinces and, thus, create variable conditions for the pursuit of a livelihood in different provinces (*Prince Edward Island Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392). This type of economic legislation, and the growth of divergent regulatory regimes in the provinces, is undoubtedly authorized by the Constitution.

62 There is, thus, a tension in the purposes and text of ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, and s. 6 of the *Charter*. The former sections authorize the development of distinct legal regimes in the provinces, and define the matters, including many integral to the functioning of the economy, under their exclusive jurisdiction; the latter section, however, says that the individual has a right to pursue a livelihood throughout Canada, without discrimination "primarily on the basis of province of present or previous residence".

63 This tension is heightened when one takes into account the judicial interpretation and legislative history of s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. That section reads:

> **121.** All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other Provinces.

These words appear to place a limit on the competence of either the provinces or the federal government to pass legislation which interferes with the

relèvent de la compétence des provinces, une large gamme de lois en vigueur dans les provinces, qui influent sur les conditions d'activité commerciale, ne s'appliquent que dans la province où elles ont été adoptées. La structure fédérale de notre Constitution permet l'établissement de régimes distincts de réglementation du commerce dont l'application est inévitablement définie «en fonction des frontières provinciales». Les lois provinciales validement adoptées en vertu de l'art. 92 de la Constitution ne s'appliquent que dans une seule province et peuvent influer sur les conditions auxquelles on peut y gagner sa vie. Des lois fédérales, ou des régimes législatifs établis de concert par les gouvernement fédéral et provinciaux, peuvent s'appliquer dans certaines provinces seulement et ainsi créer des conditions variables en matière de gagne-pain dans différentes provinces (*Prince Edward Island Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392). Ce type de législation économique, de même que l'établissement de régimes de réglementation divergents dans les provinces, est indubitablement autorisé par la Constitution.

Il existe donc une tension entre les objets et le texte des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et l'art. 6 de la *Charte*. Les articles 91 et 92 autorisent l'établissement de régimes juridiques distincts dans les provinces et définissent les matières, dont plusieurs font partie intégrante du fonctionnement de l'économie, qui relèvent de leur compétence exclusive. Toutefois, l'art. 6 de la *Charte* dit que les gens ont le droit de gagner leur vie partout au Canada, sans faire l'objet d'une distinction «fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle».

Cette tension s'accentue lorsque l'on tient compte de l'interprétation judiciaire et de l'historique de l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui se lit ainsi:

> **121.** Tous articles du crû, en provenance d'une province ou qui y sont produits ou fabriqués, seront, à dater de l'Union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

Ces mots semblent limiter la compétence des provinces ou du gouvernement fédéral d'adopter des lois qui nuisent à l'entrée de marchandises dans

entry of goods into a province. In the early cases, s. 121 was found to prohibit only customs duties on the transit of goods across a provincial boundary (*Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424, *per* Anglin J., at p. 466; and *per* Duff J., at p. 456). More recent cases, however, have defined the scope of s. 121 somewhat more broadly. Rand J., concurring in *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, stated, at p. 642:

> I take s. 121, apart from customs duties, to be aimed against trade regulation which is designed to place fetters upon or raise impediments to or otherwise restrict or limit the free flow of commerce across the Dominion as if provincial boundaries did not exist. That it does not create a level of trade activity divested of all regulation I have no doubt; what is preserved is a free flow of trade regulated in subsidiary features which are or have come to be looked upon as incidents of trade. What is forbidden is a trade regulation that in its essence and purpose is related to a provincial boundary. [Emphasis added.]

une province. Dans la jurisprudence ancienne, il a été conclu que l'art. 121 n'interdit que l'imposition de droits de douane sur les marchandises en transit qui franchissent des frontières provinciales (*Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424, le juge Anglin, à la p. 466, et le juge Duff, à la p. 456). Dans la jurisprudence plus récente, cependant, la portée de l'art. 121 a été définie un peu plus largement. Le juge Rand, dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'arrêt *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, a dit, à la p. 642:

> [TRADUCTION] Je considère que l'art. 121, en plus d'être dirigé contre les droits de douane, vise à interdire qu'une réglementation du commerce ne vienne entraver, ou restreindre de quelque façon que ce soit, la libre circulation des marchandises dans tout le Dominion comme s'il n'y avait pas de frontières provinciales. Je suis bien d'accord qu'il ne fait pas disparaître pour autant toute réglementation des activités commerciales. Il vise à assurer la liberté du commerce, tout en permettant la réglementation dans ses aspects secondaires, qui sont les à-côtés du commerce. Ce qui est interdit, c'est une réglementation du commerce qui serait reliée, en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales. [Nous soulignons.]

This approach was adopted by the four Justices of this Court who addressed the issue in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198. In that case, the federal-provincial egg marketing scheme which is also the subject of this appeal was challenged by egg producers residing in Ontario, who participated in the scheme. The producers argued that the marketing scheme, by limiting the number and price of eggs in interprovincial trade, effectively prevented the establishment of the single economic market envisaged by s. 121. Laskin C.J. found no violation of s. 121, and suggested that whether market regulation may be perceived as having an impermissible purpose may vary depending on whether the legislation is federal or provincial in origin. After quoting the passage from Rand J. in *Murphy*, *supra*, the Chief Justice stated, at p. 1268:

64 Cette interprétation a été adoptée par les quatre juges de notre Cour qui ont abordé la question dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198. Dans cette affaire, le régime fédéral-provincial de commercialisation des œufs, qui est également en cause dans le présent pourvoi, était contesté par des producteurs d'œufs qui résidaient en Ontario et participaient au régime. Les producteurs soutenaient que, du fait qu'il limitait le nombre et le prix des œufs pouvant être commercialisés sur le plan interprovincial, le régime de commercialisation empêchait effectivement l'établissement du marché économique unique prévu par l'art. 121. Le juge en chef Laskin a conclu que l'art. 121 n'avait pas été violé, et a indiqué que la question de savoir si la réglementation du marché peut être perçue comme visant un objectif inacceptable peut varier selon que la mesure législative en cause est d'origine fédérale ou provinciale. Après avoir cité un extrait des motifs du juge Rand dans *Murphy*, précité, le Juge en chef affirme, à la p. 1268:

Accepting this view of s. 121, I find nothing in the marketing scheme here that, as a trade regulation, is *in its essence and purpose* related to a provincial boundary. To hold otherwise would mean that a federal marketing statute, referable to interprovincial trade, could not validly take into account patterns of production in the various Provinces in attempting to establish an equitable basis for the flow of trade. I find here no design of punitive regulation directed against or in favour of any Province. [Underlining added.]

Adoptant cette conception de l'art. 121, je ne trouve rien dans le présent régime de commercialisation qui, en tant que réglementation du commerce, soit relié *en droit et en fait* à l'existence de frontières provinciales. En décider autrement signifierait qu'une loi fédérale de commercialisation, rattachable au commerce interprovincial, ne pourrait valablement prendre en considération le mode de production des diverses provinces pour tenter d'instaurer l'équité dans les échanges commerciaux. Je ne trouve ici aucune idée de réglementation punitive au détriment ou en faveur de l'une des provinces. [En italique dans l'original; nous soulignons.]

65 Dissatisfaction in the federal government with the scope of s. 121 and a perceived tendency in the provinces to erect interprovincial trade barriers led to a proposal for a more robust version of the section in the constitutional negotiations leading up to the 1982 amendments; see generally T. Lee and M. J. Trebilcock, "Economic Mobility and Constitutional Reform" (1987), 37 *U.T.L.J.* 268; and D. A. Schmeiser and K. J. Young, "Mobility Rights in Canada" (1983), 13 *Man. L.J.* 615, at p. 626. The revised s. 121 would have read:

Le mécontentement au sein du gouvernement fédéral à l'égard de la portée de l'art. 121, et l'impression que les provinces avaient tendance à faire obstacle au commerce interprovincial ont donné lieu à un projet de version plus musclée de l'article lors des négociations constitutionnelles qui ont abouti à l'adoption des modifications de 1982; voir, de façon générale, T. Lee et M. J. Trebilcock, «Economic Mobility and Constitutional Reform» (1987), 37 *U.T.L.J.* 268, et D. A. Schmeiser et K. J. Young, «Mobility Rights in Canada» (1983), 13 *Man. L.J.* 615, à la p. 626. Voici comment se serait lu le nouvel art. 121:

121. (1) Neither Canada nor a province shall by law or practice discriminate in a manner that unduly impedes the operation of the Canadian economic union, directly or indirectly, on the basis of the province or territory of residence or former residence of a person, on the basis of the province or territory of origin or destination of goods, services or capital or on the basis of the province or territory into which or from which goods, services or capital are imported or exported.

121. (1) Les lois et usages du Canada et des provinces ne peuvent établir aucune discrimination susceptible d'entraver d'une manière abusive, directement ou indirectement, le fonctionnement de l'union économique canadienne, et fondée, soit sur la province ou le territoire de résidence ou de résidence antérieure d'une personne, soit sur la province ou le territoire d'origine ou de destination de biens, de services ou de capitaux, soit sur la province ou le territoire de provenance ou de destination de biens, services ou capitaux qui sont importés ou exportés.

(2) Nothing in subsection (1) renders invalid a law of Parliament or of a legislature enacted in the interests of public safety, order, health or morals.

(2) Le paragraphe (1) n'invalide pas les lois du Parlement ou des corps législatifs des provinces qui visent à sauvegarder la santé, la sécurité, l'ordre et la moralité publics.

(3) Nothing in subsection (1) renders invalid a law of Parliament enacted pursuant to the principles of equalization and regional development to which Parliament and the legislatures are committed or declared by Parliament to be in an overriding national interest or enacted pursuant to an international obligation undertaken by Canada.

(3) Le paragraphe (1) n'invalide ni les lois du Parlement qui découlent des principes de péréquation ou de développement régional consacrés par le Parlement et les corps législatifs des provinces, ni celles où le Parlement déclare que des raisons d'intérêt national sont prépondérantes, ni celles qui découlent d'un engagement international du Canada.

(4) Nothing in subsection (2) or (3) renders valid a law of Parliament or a legislature that impedes the admission free into any province of goods, services or capital originating in or imported into any other province or territory. [Emphasis added.]

In addition to the free movement of persons, this new version of s. 121 would also have expressly protected the mobility of specified factors of economic production which are often integrally related to the gaining of a livelihood by a person: goods, services, and capital. This proposed s. 121 did not purport to confer rights on individuals or groups; rather, it sought to ensure mobility in the pursuit of a livelihood by dramatically limiting any government's right to legislate with respect to the interprovincial mobility of certain factors of economic production. As it turned out, nine of ten provinces rejected this amendment, leaving s. 121 as it is worded today.

Although the parties were subsequently asked to consider the possible effect of s. 121 on the issues in this appeal, that section is not directly in issue in this case. The courts and parties below appear to have assumed that the territories are not captured by the word "Provinces" used in the section. However, the jurisprudence and history of s. 121 suggest what s. 6 was not intended to accomplish. The objective of s. 6 should not be interpreted in terms of a right to engage in any specific type of economic activity. Entrenching mobility with regard to specified factors of economic production was proposed and roundly rejected. By contrast, the inclusion of s. 6 in the *Charter* reflects a human rights objective: to ensure mobility of persons, and to that end, the pursuit of a livelihood on an equal footing with others regardless of residence. It guarantees the mobility of persons, not as a feature of the economic unity of the country, but in order to further a human rights purpose. It is centred on the individual. Section 6 neither categorically guarantees nor excludes the right of an individual to move goods, services, or capital into a province without regulation operating to interfere with that movement. Rather, s. 6 relates to an essential attribute of personhood, and guarantees that mobility in the pursuit of a livelihood will not be prevented

(4) Les paragraphes (2) ou (3) ne valident pas les lois du Parlement ou des corps législatifs des provinces qui entravent la circulation en franchise, d'une province à l'autre, de biens, de services ou de capitaux d'origine provinciale ou importés. [Nous soulignons.]

Outre la libre circulation des personnes, cette nouvelle version de l'art. 121 aurait expressément protégé la libre circulation de facteurs déterminés de production économique qui sont souvent intégralement liés au gagne-pain d'une personne: les biens, services et capitaux. Ce projet d'art. 121 n'était pas censé conférer des droits à des individus ou à des groupes; il visait plutôt à garantir le choix de l'endroit où gagner sa vie en limitant radicalement le droit de tout gouvernement d'adopter des lois touchant à la libre circulation d'une province à l'autre de certains facteurs de production économique. En fin de compte, neuf des dix provinces ont rejeté cette modification, et l'art. 121 est demeuré inchangé.

Quoique les parties aient ultérieurement été invitées à examiner l'incidence possible de l'art. 121 sur les questions en litige dans le présent pourvoi, cet article n'est pas directement en cause en l'espèce. Les tribunaux d'instance inférieure et les parties qui y ont comparu semblent avoir présumé que les territoires ne sont pas visés par le mot «provinces» utilisé dans l'article. Cependant, la jurisprudence relative à l'art. 121 et l'historique de cette disposition indiquent ce que l'art. 6 n'était pas destiné à réaliser. L'objectif de l'art. 6 ne devrait pas être interprété comme étant de conférer un droit de se livrer à un type particulier d'activité économique. La consécration, dans la *Charte*, de la libre circulation relative à des facteurs particuliers de production économique a été proposée et carrément rejetée. Par contre, l'inclusion de l'art. 6 dans la *Charte* reflète un objectif en matière de droits de la personne: celui d'assurer que la libre circulation des gens et, à cette fin, leur capacité de gagner leur vie sur un pied d'égalité avec autrui, peu importe leur lieu de résidence. Cet article garantit la libre circulation des gens, non en tant que caractéristique de l'unité économique du pays, mais plutôt en vue d'atteindre un objectif en matière de droits de la personne. Il est axé sur l'individu. L'article 6 ne garantit pas et n'exclut pas catégoriquement le

66

by means of unequal treatment based on residence by the laws in force in the jurisdiction in which that livelihood is pursued.

droit d'un individu d'introduire des biens, services ou capitaux dans une province sans être entravé par une réglementation quelconque. L'article 6 se rapporte plutôt à un attribut essentiel de la personnalité et garantit que le choix de l'endroit où gagner sa vie ne sera pas entravé au moyen d'un traitement inégal, fondé sur le lieu de résidence, par les lois en vigueur dans le ressort où la personne visée gagne sa vie.

67 Given these purposes, the focus of the analysis in s. 6 is not the type of economic activity involved, but rather the purpose and effect of the particular regulation, and whether that purpose and effect infringes the right to be free from discrimination on the basis of residence in the pursuit of a livelihood.

Vu ces objets, l'analyse en jeu à l'art. 6 est axée non pas sur le type d'activité économique en cause, mais plutôt sur l'objet et l'effet de la réglementation particulière et sur la question de savoir si cet objet et cet effet portent atteinte au droit de gagner sa vie sans être assujetti à une distinction fondée sur le lieu de résidence.

(c) *Discrimination as Between Who and Whom?*

c) *Une distinction entre qui?*

68 The first step in this analysis is to determine who is being compared with whom for the purposes of establishing discrimination. This presents a difficult problem as there are many different ways in which a livelihood may be pursued in a particular province. In simpler cases, the pursuit of a livelihood in a province may be accompanied by residency in that province, as guaranteed by s. 6(2)(*a*). Whether legislation interferes with an individual's right to be treated without discrimination on the basis of residence will then usually be readily apparent since the individual could only be distinguished from others based on their previous residence, or his or her relatively short period of residence (as was the case in *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (B.C.S.C.); see also H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (3rd ed. 1997), at p. 180). Section 6(3)(*a*) specifically foresees discrimination under these circumstances, prohibiting laws "that discriminate among persons primarily on the basis of . . . previous residence" (emphasis added). In such cases, the new resident

La première étape de cette analyse consiste à déterminer entre qui la comparaison est faite dans le but d'établir une distinction. Cela pose un problème épineux, car il existe de nombreux moyens différents de gagner sa vie dans une province particulière. Les cas plus simples sont ceux où la personne peut gagner sa vie dans la province où elle réside, ce que garantit l'al. 6(2)*a*). Il sera alors normalement facile de voir si une mesure législative porte atteinte au droit d'une personne d'être traitée sans faire l'objet d'une distinction fondée sur le lieu de résidence, étant donné qu'une distinction ne pourra être faite entre cette dernière et d'autres personnes qu'en fonction de leur lieu de résidence antérieur, ou encore du fait qu'elle réside depuis relativement peu de temps dans la province (comme c'était le cas dans *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.-B.); voir également H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (3e éd. 1997), à la p. 180). L'alinéa 6(3)*a*) envisage expressément cette situation puisqu'il interdit les lois qui «établissent entre les personnes [une] distinction fondée principalement sur [le lieu] de résidence antérieu[r]» (nous soulignons). Dans de tels cas, le nouveau résident d'une province sera comparé aux personnes qui y résident depuis plus

of a province will be compared with longer-term residents to determine if there is discrimination.

Greater difficulties arise, however, when an individual purports to pursue his or her livelihood in another province without also residing there. The right to pursue a livelihood in another province contained in s. 6(2)(*b*) is not in any way predicated on residence in that province. Indeed, the fact that s. 6(3)(*a*) also expressly prohibits "laws . . . that discriminate among persons primarily on the basis of province of present . . . residence" (emphasis added) suggests that individuals who seek to pursue their livelihood in a province in which they do not reside are included within the mobility guarantee. This interpretation was adopted by this Court in both of its previous decisions on s. 6. In *Skapinker*, *supra*, at p. 382, this Court stated that the rights articulated in s. 6(2)(*a*) and s. 6(2)(*b*) ought to be read disjunctively, as two distinct rights independent of one another (see P. Blache, "Les libertés de circulation et d'établissement", in Beaudoin and Mendes, *supra*, at p. 8-12). On the facts of that case, Estey J. articulated those two distinct rights as follows, at p. 382: "The two rights (in para. (*a*) and in para. (*b*)) both relate to movement into another province, either for the taking up of residence, or to work without establishing residence" (emphasis added). It is understandable that Estey J. would have used the word "work" to describe the right invoked under s. 6(2)(*b*) in that case, since the case involved a claim that a lawyer had a right to work in a province under the terms of s. 6. However, the wording of s. 6(2)(*b*) is considerably broader, referring not to a right to "work", but a right to "pursue the gaining of a livelihood".

In *Black*, *supra*, La Forest J. noted that s. 6(2)(*b*) does not restrict the pursuit of a livelihood in another province to physical presence in that province (at pp. 621-22):

longtemps pour déterminer si une distinction est établie.

69 De plus grandes difficultés surgissent, cependant, lorsque l'individu entend gagner sa vie dans une province sans toutefois y résider. Le droit, prévu à l'al. 6(2)*b*), de gagner sa vie dans une autre province n'est nullement fondé sur la résidence dans cette province. En réalité, le fait que l'al. 6(3)*a*) interdise aussi expressément les «lois [. . .] [qui] établissent entre les personnes [une] distinction fondée principalement sur la province de résidence [. . .] actuelle» (nous soulignons) laisse entendre que la liberté de circulation garantie s'applique aux individus qui cherchent à gagner leur vie dans une province dans laquelle ils ne résident pas. Cette interprétation a été adoptée par notre Cour dans ses deux arrêts antérieurs sur l'art. 6. Dans *Skapinker*, précité, à la p. 382, notre Cour a affirmé que les droits énoncés aux al. 6(2)*a*) et 6(2)*b*) devraient être interprétés de façon disjonctive en tant que droits distincts indépendants l'un de l'autre (voir P. Blache, «Les libertés de circulation et d'établissement», dans Beaudoin et Mendes, *op. cit.*, aux pp. 399 et 400). Se fondant sur les faits de cette affaire, le juge Estey a décrit ainsi ces deux droits distincts, à la p. 382: «Les deux droits (à l'al. *a*) et à l'al. *b*)) se rapportent au déplacement dans une autre province, soit pour y établir sa résidence, soit pour y travailler sans y établir sa résidence» (nous soulignons). Il est normal que le juge Estey ait utilisé le mot «travailler» pour décrire le droit invoqué en vertu de l'al. 6(2)*b*) dans cette affaire, étant donné qu'on y faisait valoir qu'un avocat avait le droit de travailler dans une certaine province en vertu de l'art. 6. Cependant, le libellé de l'al. 6(2)*b*) est beaucoup plus large, car il mentionne non pas un droit de «travailler», mais plutôt un droit de «gagner [sa] vie».

70 Dans l'arrêt *Black*, précité, le juge La Forest a fait remarquer que l'al. 6(2)*b*) ne subordonne pas le fait de gagner sa vie dans une autre province à la présence physique dans cette province (aux pp. 621 et 622):

There is, however, no doubt that a person can pursue a living in a province without being there personally.

. . .

The right of the citizen or permanent resident to pursue the gaining of a livelihood by offering his services anywhere in Canada has, in my view, a quite sufficient "taint of relevancy" to the heading "Mobility Rights" preceding s. 6. [Emphasis added.]

In that case, a group of lawyers who were all duly qualified to practise law in Alberta sought to establish an interprovincial law firm. The interprovincial nature of the firm arose from the fact that some of the lawyers were resident in Ontario, while some were resident in Alberta. This would allow the lawyers resident in Ontario to tender their services in Alberta while performing them in Ontario. The holding in *Black*, *supra*, affirms that the lawyers resident in Ontario were nevertheless "gaining a livelihood" in Alberta, despite the absence of any physical movement to the destination province.

71 Thus, the mobility right is engaged simply by virtue of an attempt, whether by physical presence or some other means, to pursue a livelihood in a province other than the province of residence. For simplicity, the province in which the livelihood is pursued shall be henceforth be described as the "destination province", while the province of continuing residence shall be referred to as the "origin province". What activities are included within the terms "pursue the gaining of a livelihood" has not been the subject of extensive commentary in previous jurisprudence. It seems undisputed, however, that a livelihood may be gained first, by producing something of value in the destination province (*MacKinnon v. Canada (Fisheries and Oceans)*, [1987] 1 F.C. 490 (T.D.)); or second, by marketing or performing something of value in the destination province by a person resident in the origin province (*Black*, *supra*). Moreover, as *Black* makes clear, the thing of value which is marketed in the destination province may be performed or created entirely within the origin province (at p. 617).

Il ne fait cependant aucun doute qu'une personne peut gagner sa vie dans une province sans s'y trouver personnellement.

. . .

À mon avis, le droit d'un citoyen ou d'un résident permanent de gagner sa vie en offrant ses services n'importe où au Canada confère un «minimum de pertinence» tout à fait suffisant à la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» qui précède l'art. 6. [Nous soulignons.]

Dans cette affaire, un groupe d'avocats qui étaient tous dûment qualifiés pour pratiquer le droit en Alberta cherchaient à établir un cabinet d'avocats interprovincial. La nature interprovinciale du cabinet découlait du fait que certains des avocats résidaient en Ontario, alors que d'autres résidaient en Alberta. Cela devrait permettre aux avocats résidant en Ontario d'offrir leurs services en Alberta, tout en en assurant la prestation en Ontario. Il a été conclu dans l'arrêt *Black*, précité, que les avocats résidant en Ontario «gagnaient leur vie» en Alberta, la province de destination, même s'ils ne s'y rendaient pas physiquement.

La liberté de circulation et d'établissement intervient donc par suite de la simple tentative, que ce soit par la présence physique ou par tout autre moyen, de gagner sa vie dans une province autre que sa province de résidence. Pour simplifier, nous appellerons «province de destination» la province dans laquelle la personne gagne sa vie, et «province d'origine», la province où elle réside de façon permanente. La question de savoir quelles activités sont visées par l'expression «gagner sa vie» n'a pas été commentée en profondeur dans la jurisprudence. Il semble indéniable, cependant, que la personne qui réside dans la province d'origine peut gagner sa vie dans la province de destination soit en y produisant quelque chose de valeur (*MacKinnon c. Canada (Pêches et Océans)*, [1987] 1 C.F. 490 (1re inst.)), soit en y commercialisant ou en y accomplissant quelque chose de valeur (*Black*, précité). En outre, comme l'indique clairement l'arrêt *Black*, la chose de valeur qui est commercialisée dans la province de destination peut être accomplie ou créée entièrement dans la province d'origine (à la p. 617).

The reasoning adopted in *Black*, *supra*, regarding the scope of s. 6 reflects the fundamental purpose underlying the section, which is to guarantee the mobility of individuals to other provinces in the pursuit of their livelihood by prohibiting discrimination based on residence. In the context of an economy characterized by modern communications and forms of goods and services which are easily transported across great distances, it must be recognized that the hallmark of mobility required by s. 6 is not physical movement to another province, but rather any attempt to create wealth in another province. Restricting the scope of s. 6 to physical movement would undermine the purposes of the mobility guarantee by arbitrarily excluding from the protections of s. 6 those who attempt to pursue their livelihood in another province by means other than physical movement. In our view, taking into account the purposes of s. 6, any attempt by residents of an origin province to create wealth, whether by production, marketing, or performance in a destination province constitutes "the gaining of a livelihood in any province" (emphasis added) and satisfies the requirement of mobility implied by the title of the section. In this case, residents of an origin province (the Northwest Territories), seek to market something of value – eggs – in other destination provinces. This is clearly an attempt to "pursue the gaining of a livelihood" in another province and engages the mobility right guaranteed by s. 6.

Le raisonnement adopté dans *Black*, précité, en ce qui concerne la portée de l'art. 6 reflète l'objet fondamental de cet article, qui est de garantir la liberté des individus de circuler et de s'établir dans d'autres provinces pour y gagner leur vie, en interdisant toute distinction fondée sur le lieu de résidence. Dans le contexte d'une économie caractérisée par des moyens de communication modernes et des types de biens et de services qui peuvent facilement être transportés sur de longues distances, il faut reconnaître que ce qui caractérise la liberté de circulation et d'établissement requise à l'art. 6 n'est pas le déplacement physique vers une autre province, mais plutôt toute tentative de créer de la richesse dans une autre province. Restreindre la portée de l'art. 6 au seul déplacement physique minerait les objets de la liberté qui y est garantie en soustrayant de façon arbitraire aux protections qu'il offre les personnes qui tentent de gagner leur vie dans une autre province autrement qu'en s'y rendant physiquement. À notre avis, compte tenu des objets de l'art. 6, toute tentative par des personnes qui résident dans une province d'origine de créer de la richesse, que ce soit par la production, la commercialisation ou l'accomplissement de quelque chose dans une province de destination, équivaut à «gagner [sa] vie dans toute province» (nous soulignons) et satisfait à l'exigence de libre circulation qui ressort implicitement de l'intitulé de l'article. En l'espèce, des résidents d'une province d'origine (les Territoires du Nord-Ouest) cherchent à commercialiser quelque chose de valeur — des œufs — dans d'autres provinces de destination. Il s'agit clairement d'une tentative de «gagner sa vie» dans une autre province, ce qui fait intervenir la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'art. 6. 72

The fact that this economic value is gained through the sale of physical goods as opposed to the tendering of services in the destination province is immaterial given the broader purposes and aims of the s. 6. Not only is it increasingly difficult to differentiate goods from services in a modern economy, but whether wealth is created in another province by virtue of the sale of goods or services is irrelevant to the clear purposes of s. 6 for the reasons mentioned in the previous paragraph.

Le fait que cette valeur économique s'acquière par la vente de biens matériels par opposition à la prestation de services dans la province de destination n'a aucune importance, vu les objectifs généraux de l'art. 6. Non seulement est-il de plus en plus difficile de différencier les biens des services dans une économie moderne, mais pour les raisons exposées dans le paragraphe précédent, la question de savoir si de la richesse est créée dans une autre province par la vente de biens ou de services n'a 73

Moreover, the examination above of the relative purposes of s. 121 and s. 6 suggests that distinctions based on the specific factor of economic production involved in the creation of wealth have no place in the analysis of the mobility right guaranteed in the *Charter*. The focus of the s. 6 analysis is not the type of economic activity involved, but rather the effect of the legislation on the right to pursue a livelihood without discrimination based on residence.

74 Accordingly, whether laws "discriminate among persons primarily on the basis of province of present . . . residence" involves a comparison of residents of the origin province who attempt to make their livelihood in a destination province, with residents of the destination province who also make their livelihood in the destination province. As mentioned above, a livelihood may be pursued by means of production, marketing, or performance. In each case, the appropriate comparison group will depend upon the nature of the livelihood which is restricted. In *MacKinnon, supra*, for example, a fisherman resident in Nova Scotia was prohibited from fishing in the waters off the Newfoundland coast (which were considered to be a part of the province of Newfoundland). In determining whether he was being discriminated against on the basis of residence, the Nova Scotia fisherman had to be compared to Newfoundland fisherman or fishermen of other provinces who also wished to fish in that destination province (i.e. Newfoundland). In this case, by contrast, the respondents complain that their ability to pursue their livelihood by marketing their eggs in other destination provinces is being interfered with on the basis of their residence. The proper group of comparison, therefore, is producers of the destination province who wish to market their eggs there. The gist of the respondents' complaint is that they are unable to market their eggs in destination provinces (that is, provinces other than the Northwest Territories), not that they are restricted in their ability to produce eggs within the Northwest Territories because they are residents of some other

rien à voir avec les objectifs clairs de l'art. 6. En outre, l'examen qui est fait plus haut des objectifs relatifs de l'art. 121 et de l'art. 6 semble indiquer que les distinctions fondées sur le facteur particulier de la production économique qu'implique la création de richesse n'ont pas leur place dans l'analyse de la liberté de circulation et d'établissement garantie par la *Charte*. L'analyse fondée sur l'art. 6 est axée non pas sur le type d'activité économique en cause, mais plutôt sur l'effet de la mesure législative sur le droit de gagner sa vie sans faire l'objet d'une distinction fondée sur le lieu de résidence.

En conséquence, pour décider si des lois «établissent entre les personnes [une] distinction fondée principalement sur la province de résidence [. . .] actuelle», il faut comparer les résidents de la province d'origine qui tentent de gagner leur vie dans une province de destination, avec les résidents de la province de destination qui gagnent également leur vie dans cette province. Comme nous l'avons vu plus haut, on peut gagner sa vie au moyen de la production, de la commercialisation ou de l'accomplissement de quelque chose. Dans chaque cas, le groupe de référence approprié dépendra de la nature du gagne-pain qui est assujetti à des restrictions. Dans l'affaire *MacKinnon*, précitée, par exemple, il était interdit à un pêcheur résidant en Nouvelle-Écosse de pêcher au large de la côte de Terre-Neuve (une zone considérée comme faisant partie de cette dernière province). Pour déterminer si le pêcheur de la Nouvelle-Écosse faisait l'objet d'une distinction fondée sur son lieu de résidence, il fallait le comparer au pêcheur de Terre-Neuve ou à ceux d'autres provinces qui souhaitaient également pêcher dans cette province de destination (c.-à-d. Terre-Neuve). En l'espèce, par contre, les intimés se plaignent que leur capacité de gagner leur vie en commercialisant leurs œufs dans d'autres provinces de destination est compromise en raison de leur lieu de résidence. Le groupe de référence approprié est donc celui des producteurs de la province de destination qui souhaitent y commercialiser leurs œufs. Les intimés se plaignent essentiellement de leur incapacité de commercialiser leurs œufs dans des provinces de destination (c.-à-d., ailleurs que dans

province. This issue simply does not arise in this case. However, if this issue were to arise, then the origin province would be the province of residence of the producers, and the destination province would be the province in which they hope to establish their production. In short, the destination province is the province within which the discriminatory classification is made which interferes with the pursuit of a livelihood; the origin province is the province of residence of the claimant.

les Territoires du Nord-Ouest), et non pas d'une atteinte à leur capacité de produire des œufs dans les Territoires du Nord-Ouest parce qu'ils résident dans une autre province. Cette dernière question ne se pose tout simplement pas en l'espèce. Cependant, si elle devait se poser, la province d'origine serait la province de résidence des producteurs, et la province de destination serait la province dans laquelle ils comptent établir leur production. Bref, la province de destination est la province dans laquelle est établie la classification discriminatoire qui nuit à la capacité du requérant de gagner sa vie, et la province d'origine est la province de résidence de ce dernier.

This comparison is entirely intraprovincial in the sense that what is guaranteed by s. 6(2)(*b*) and s. 6(3)(*a*) is not uniformity of legislative treatment as between different provinces, but rather freedom from discrimination based on residence in the pursuit of a livelihood within the destination province. The examination is intraprovincial because the analysis requires comparison of residents and non-residents of the destination province in the pursuit of their livelihood in the destination province. Section 6(3)(*a*) applies to "laws or practices of general application in force in a province", which comprehends either federal or provincial laws in force in that province (*Mia*, *supra*, at p. 406; *Demaere v. The Queen in right of Canada*, [1983] 2 F.C. 755 (C.A.), at p. 765). Whether s. 6 also applies to laws in force in the province of origin is a point which need not be decided in this appeal. 75

Cette comparaison est entièrement intraprovinciale en ce sens que ce que garantissent les al. 6(2)*b*) et 6(3)*a*) n'est pas l'uniformité de la façon dont les lois des différentes provinces traitent les gens, mais plutôt la liberté de gagner sa vie dans la province de destination sans faire l'objet d'une distinction fondée sur le lieu de résidence. L'examen est intraprovincial parce que l'analyse appelle la comparaison des résidents et des non-résidents de la province de destination en ce qui concerne leur capacité de gagner leur vie dans cette province. L'alinéa 6(3)*a*) s'applique aux «lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée», ce qui comprend tant les lois fédérales que les lois provinciales en vigueur dans cette province (*Mia*, précité, à la p. 406; *Demaere c. La Reine du chef du Canada*, [1983] 2 C.F. 755 (C.A.), à la p. 765). Il n'est pas nécessaire, dans le présent pourvoi, de décider si l'art. 6 s'applique également aux lois en vigueur dans la province d'origine.

(d) *Nature of the Discrimination Prohibited by Section 6*

d) *Nature de la distinction interdite par l'art. 6*

When a livelihood is pursued in the destination province by an individual who is not a resident there, it may be difficult in certain cases to establish whether the law in force in the destination province applies to that individual without discrimination. In the precise words of s. 6(3)(*a*), the test is whether the laws of general application in the destination province discriminate "primarily on the basis of . . . present . . . residence" (emphasis 76

Lorsqu'un individu gagne sa vie dans une province de destination sans y résider, il peut parfois être difficile de déterminer si la loi en vigueur dans cette province s'applique à lui sans distinction. Il ressort du libellé même de l'al. 6(3)*a*) que le critère consiste à déterminer si les lois d'application générale de la province de destination établissent une distinction «fondée principalement sur [le lieu] de résidence [. . .] actue[l]» (nous soulignons). Par

added). For example, in *Black*, *supra*, two regulations were alleged to violate s. 6. One regulation purported to prevent qualified lawyers resident in Alberta from entering into partnerships with qualified non-resident lawyers. Non-residents could still practise law in Alberta, but their ability to do so as a matter of practical reality was significantly impaired. Referring to previous authority in lower courts, La Forest J. (at p. 618) citing *Mia*, *supra*, affirmed the principle that: "The right to pursue this livelihood of choice must remain a viable right and cannot be rendered practically ineffective and essentially illusory by the provinces". Even a provision which does not appear to expressly discriminate against someone resident in another province may violate s. 6.

77 The other regulation under scrutiny in *Black*, *supra*, prohibited lawyers from entering into more than one partnership, ostensibly in order to respond to concerns about conflicts of interest in the practice of law. Though neutral in its terms, this regulation served the same ends as the first, and there was evidence that the Law Society had intended to disadvantage non-resident lawyers. The majority of this Court found that this provision fell within the terms of s. 6(3)(*a*) not only because of the taint of a discriminatory purpose, but also because of the differential effect of the facially neutral provision on the non-resident lawyers, at p. 626:

> It is also apparent that the effect of Rule 75B would be to discriminate on the basis of residence. . . . It is not the members of local firms but rather those that want to develop and maintain interprovincial connections who will be most severely affected by Rule 75B. Rule 75B is therefore not saved by s. 6(3)(*a*) of the *Charter*. Whether the appellant was justified in discriminating on the basis of residence because of its concerns regarding conflicts of interest will be assessed under s. 1. [Emphasis added.]

These two principles — that only impairment of the right is required, and that a provision may violate the right to equal treatment because of an unequal impact on non-residents — parallel the juris-

exemple, dans l'affaire *Black*, précitée, il était allégué que deux règlements violaient l'art. 6. L'un d'eux avait pour objet d'interdire aux avocats compétents qui résidaient en Alberta de s'associer à des avocats compétents n'y résidant pas. Les avocats qui ne résidaient pas en Alberta pouvaient tout de même y exercer le droit, mais leur capacité de le faire était, en pratique, sérieusement compromise. Renvoyant à la jurisprudence de tribunaux d'instance inférieure, le juge La Forest (à la p. 618), citant *Mia*, précité, a confirmé le principe selon lequel «[l]e droit de gagner sa vie selon la profession ou le métier de son choix doit demeurer un droit viable et les provinces ne peuvent le rendre pratiquement sans effet et essentiellement illusoire». Même une disposition qui ne paraît pas expressément discriminatoire envers quelqu'un qui réside dans une autre province peut violer l'art. 6.

L'autre règlement examiné dans *Black*, précité, interdisait aux avocats de s'associer à plus d'un cabinet, sous prétexte de répondre à des craintes de conflits d'intérêts dans la pratique du droit. Bien que son libellé fût neutre, ce règlement servait les mêmes fins que le premier, et il y avait une preuve que le Barreau avait voulu défavoriser les avocats non résidants. Notre Cour à la majorité a conclu, à la p. 626, que cette disposition était visée par l'al. 6(3)*a*) en raison non seulement du vice constitué par un objet discriminatoire, mais également de l'effet différent que cette disposition neutre à première vue avait sur les avocats non résidants:

> Il est également manifeste que le règlement 75B aurait pour effet d'établir une distinction fondée sur la résidence. [. . .] Ce ne sont pas les membres des cabinets locaux qui seront les plus durement touchés par le règlement 75B mais ceux qui veulent établir et maintenir des liens interprovinciaux. Le règlement 75B n'est donc pas sauvegardé par l'alinéa 6(3)*a*) de la *Charte*. C'est en vertu de l'article premier qu'il faudra décider si l'appelante était justifiée d'établir une distinction fondée sur la résidence en raison de ses préoccupations relatives aux conflits d'intérêts. [Nous soulignons.]

Ces deux principes — selon lesquels seule une atteinte au droit en cause est nécessaire et une disposition peut violer le droit à l'égalité de traitement en raison de l'effet différent qu'elle a sur des

prudence which this Court has developed with respect to the right to equality contained in s. 15(1) of the *Charter*. As this Court stated unanimously in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 62:

> A legal distinction need not be motivated by a desire to disadvantage an individual or group in order to violate s. 15(1). It is sufficient if the effect of the legislation is to deny someone the equal protection or benefit of the law. As McIntyre J. stated in *Andrews*, at p. 165, "(t)o approach the ideal of full equality before and under the law . . . the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned." [Emphasis in original.]

This approach is equally relevant to an analysis of the discrimination based on residence prohibited by ss. 6(2)(*b*) and 6(3)(*a*).

The true ground of distinction of a law regulating the economy may sometimes be difficult to identify. Many laws of economic regulation only apply within a single province, for the reasons explained above. Thus, non-residents purporting to pursue their livelihood in a destination province may find that the laws in force in that province place a greater burden on them, in practical effect, than on residents. This may simply be because the laws in force in the destination province are different from the laws in force in the origin province. Such divergence may deter mobility in the pursuit of a livelihood on the basis of residence. Thus, the ability of a lawyer resident in Ontario to pursue a livelihood in Manitoba may be impaired because regulations require him or her to be called before the Bar of Manitoba in order to practise in that province. Since lawyers generally qualify only in the province in which they reside, the separate qualification requirements for the Bar of Manitoba unequally affect, as a practical matter, residents of Ontario relative to residents of Manitoba. However, the obstacle for the Ontario lawyer is in equal measures the result of the particularity of the Ontario legislation and the Manitoba legislation, each of which is entitled to set its own qualifications for the exercise of a profession under s. 92(13) of the

non-résidents — vont dans le même sens que la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne le droit à l'égalité garanti au par. 15(1) de la *Charte*. Comme notre Cour l'a affirmé à l'unanimité dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 62:

> Il n'est pas nécessaire qu'une distinction établie par la loi soit motivée par le désir de défavoriser un individu ou un groupe pour constituer une atteinte au par. 15(1). Il suffit que l'effet de la loi prive une personne de l'égalité de protection ou de bénéfice de la loi. Comme l'a dit le juge McIntyre dans *Andrews*, à la p. 165, «[p]our s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi [. . .], la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné.» [Souligné dans l'original.]

Cette interprétation est tout aussi pertinente dans le cas d'une analyse de la distinction fondée sur le lieu de résidence, qu'interdisent les al. 6(2)*b*) et 6(3)*a*).

78 Le véritable motif de distinction d'une loi de réglementation économique peut parfois être difficile à déterminer. Maintes lois de cette nature ne s'appliquent que dans une seule province, pour les raisons déjà expliquées. Ainsi, il se peut que des non-résidents qui souhaitent gagner leur vie dans une province de destination jugent que les lois en vigueur dans cette dernière leur imposent, en pratique, un fardeau plus lourd qu'aux résidents. Il se peut que ce soit simplement parce que les lois en vigueur dans la province de destination diffèrent de celles de la province d'origine. Une telle divergence peut dissuader les gens de choisir l'endroit où gagner leur vie en raison du lieu de résidence. La capacité d'un avocat résidant en Ontario de gagner sa vie au Manitoba peut donc être compromise du fait que des règlements le forcent à devenir membre du barreau de cette province pour pouvoir y pratiquer le droit. Vu qu'en général les avocats ne sont admissibles au Barreau que dans la province où ils résident, les conditions d'admissibilité propres au barreau du Manitoba touchent de façon inégale, en pratique, les résidents de l'Ontario par rapport à ceux du Manitoba. Cependant, l'obstacle auquel est confronté l'avocat ontarien résulte tout autant de la particularité de la loi de l'Ontario que de celle de la loi du Manitoba, cha-

Constitution Act, 1867. More importantly, the primary purpose of the regulation is to set out the standard qualifications for the competent exercise of the profession in Manitoba. This primary concern or objective would serve to displace the argument that the regulations discriminate "primarily on the basis of province of present . . . residence", as required by s. 6(3)(*a*).

79 In *Malartic Hygrade Gold Mines, supra,* just such qualifications for the practice of law in the province of Quebec were challenged. The provision involved in that case allowed for the appearance before courts of Quebec of non-Quebec lawyers, but only in matters of federal jurisdiction and only under certain conditions. Although it appears that the Quebec Superior Court could have relied on the fact that the provincial act regulating the practice of law in Quebec did not expressly discriminate on the basis of residence, the Superior Court seemed to accept that the practical effect of the law was to disadvantage non-resident lawyers. The court was able to disentangle the true purposes of the legislation from its provincially-based effects, on the following basis (at p. 527):

> [TRANSLATION] . . . if s. 59 presents an obstacle in the path of [the client] and of [the lawyer], it does not do so "primarily on the basis of the province of residence" of the latter but only with respect to considerations relating to the good administration of justice the relevance of which no one would deny and which the Charter does not prohibit.

80 A similar approach was followed in *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency,* [1985] 1 F.C. 280 (T.D.), where the federal-provincial marketing scheme regulating the supply of chicken was challenged by a group of Ontario producers. Initially, the right to obtain a quota for the interprovincial marketing of chickens depended on having held an intraprovincial quota prior to the imposition of the federal-provincial scheme. The scheme was

cune de ces provinces ayant le droit d'établir ses propres conditions d'admissibilité à l'exercice d'une profession, en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867.* Qui plus est, le règlement a pour objet principal d'établir des conditions d'admissibilité uniformes à l'exercice de la profession au Manitoba. Ce souci ou objectif principal servirait à écarter l'argument voulant que le règlement établisse une distinction «fondée principalement sur la province de résidence [. . .] actuelle», comme le prescrit l'al. 6(3)*a*).

Dans la décision *Malartic Hygrade Gold Mines,* précitée, c'est justement de telles conditions de pratique du droit au Québec qui étaient contestées. La disposition en cause dans cette affaire permettait aux avocats qui ne résidaient pas au Québec de plaider devant les tribunaux québécois, mais seulement dans des affaires relevant de la compétence fédérale et à certaines conditions seulement. Bien qu'il paraisse que la Cour supérieure du Québec aurait pu se fonder sur le fait que la loi provinciale régissant la pratique du droit au Québec n'établissait pas expressément de distinction fondée sur le lieu de résidence, elle semble avoir accepté que la loi avait pour effet, en pratique, de défavoriser les avocats non résidants. La cour a pu distinguer les objets véritables de la loi de ses effets fondés sur la résidence dans la province, de la façon suivante (à la p. 1155):

> . . . si l'article 59 met un obstacle sur le chemin de [la cliente] et de [l'avocat], il ne le fait pas en se «fondant principalement sur la province de résidence» de celui-ci, mais uniquement sur des considérations relatives à la saine administration de la justice dont personne ne saurait nier la pertinence et que la *Charte* ne défend pas.

Une approche similaire a été suivie dans *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets,* [1985] 1 C.F. 280 (1re inst.), où le régime fédéral-provincial de commercialisation qui régissait l'approvisionnement en poulets était contesté par un groupe de producteurs ontariens. À l'origine, le droit d'obtenir un contingent permettant de commercialiser des poulets sur le marché interprovincial était subordonné au fait d'avoir obtenu un con-

amended, however, to take into account certain producers who had been engaged in the interprovincial marketing of chickens without having obtained a provincial quota prior to the coming into force of the scheme. In particular, the amendments specified that provincial marketing boards were required to authorize an interprovincial quota for any producer who had been engaged in the interprovincial marketing of chickens during the "qualifying period", i.e., the year prior to the coming into force of the federal-provincial scheme. The entitlement to an interprovincial quota, therefore, was based on traditional production patterns, either in the form of a pre-existing quota, or on actual production during the qualifying year. The applicants in the case were Ontario producers who were not producers of chickens at the relevant time; they also happened to be Ontario residents who were barred by the operation of this scheme from making their livelihood by selling their chickens in Quebec.

Strayer J. disentangled these two threads and correctly identified the true nature of the classification (at p. 322):

> Nor can it be said that the applicants are barred from selling in Quebec simply because they are residents of Ontario. Rather, it is because they do not have any interprovincial quota and those quotas have been issued without any particular reference to the residence of the producer. I therefore conclude that there is no conflict with section 6 of the Charter. [Emphasis added.]

In that case, the quotas were established with "particular reference" to traditional production. Obviously, application of the law was based on residence because provincial laws were necessarily applied only within the province, and because production and residence are often interrelated. But the rationale of the distinction was not residence; rather, the operative criterion was traditional production, a criterion which applied in Ontario and in all the other provinces participating in the federal-provincial chicken marketing scheme. Thus,

tingent intraprovincial avant l'établissement du régime fédéral-provincial. Le régime a cependant été modifié de manière à tenir compte de certains producteurs qui s'étaient engagés dans la commercialisation de poulets sur le marché interprovincial sans avoir obtenu de contingent provincial avant l'entrée en vigueur du régime. En particulier, les modifications précisaient que les offices de commercialisation provinciaux devaient accorder un contingent interprovincial à tout producteur qui s'était engagé dans la commercialisation de poulets sur le marché interprovincial au cours de la «période d'admissibilité», c.-à-d. l'année précédant l'entrée en vigueur du régime fédéral-provincial. Le droit à un contingent interprovincial était donc fondé sur l'existence d'antécédents de production, que ce soit sous forme de contingent préexistant ou de production réelle au cours de l'année d'admissibilité. Les requérants dans cette affaire étaient des producteurs ontariens qui n'avaient pas produit de poulets au cours de la période pertinente; il se trouvait également qu'ils étaient des résidents ontariens qui, en raison du régime en cause, ne pouvaient pas gagner leur vie en vendant leurs poulets au Québec.

Le juge Strayer a fait la distinction entre ces deux éléments et il a correctement identifié la nature véritable de la classification (à la p. 322): 81

> On ne peut pas dire non plus que les requérants n'ont pas le droit de vendre au Québec simplement parce qu'ils sont résidents de l'Ontario. C'est plutôt parce qu'ils n'ont pas de contingents interprovinciaux, et ces contingents ont été délivrés sans qu'il ait expressément été fait mention de la résidence du producteur. Je conclus donc qu'il n'y a pas conflit avec l'article 6 de la Charte. [Nous soulignons.]

Dans cette affaire, il a «expressément été fait mention» des antécédents de production lors de l'établissement des contingents. De toute évidence, l'application de la loi était fondée sur le lieu de résidence, vu que les lois de la province ne s'appliquaient forcément que dans celle-ci et que la production et le lieu de résidence étaient souvent étroitement liés. Cependant, le motif de distinction n'était pas le lieu de résidence; le critère applicable était plutôt les antécédents de production, un critère qui s'appliquait en Ontario et dans toutes les

although these Ontario producers were prevented by the scheme from making their living in Quebec by selling chickens there, the primary basis of the prohibition was found not to be residence, but traditional patterns of production.

82 This same reasoning was applied and enriched in *MacKinnon*, *supra*. In that case, a fisherman resident in Nova Scotia invoked both s. 15(1) and s. 6(2)(*b*) to challenge federal regulations known as the Sector Management Plan that restricted licences in a certain area off the Newfoundland coast to those with an established practice of fishing in the area. We note that the economic activity involved in this case was the production of goods in the destination province, for return to the origin province. There was no suggestion that a livelihood gained through the production and transportation of goods is *a priori* excluded from s. 6. Martin J. explored the legislative purpose behind the Plan, at p. 501:

> It is but a single portion of the overall federal policy for the Atlantic Coast Commercial Fisheries Licensing System which is directed to the management and control of that section of Canada's fisheries in such a manner so as to provide, not only for the conservation, preservation and rehabilitation of the fish stocks, but for the effective, profitable and continued prosecution of the fishery by the owners and operators of the various types of vessels engaged in it.
>
> . . . It is not only desirable but, in my view, essential that the federal authorities consider in their regulatory schemes or licensing systems for the fisheries, the fishermen and the social and economic impact on their livelihood of an orderly system for allocating the available fish stocks to the several groups, categories or classes of operators. [Emphasis added.]

Martin J. confirmed that the purpose underlying the criterion of traditional patterns of production was valid, and that the criterion was not being used without reason, or as a proxy for province of resi-

autres provinces qui participaient au régime fédéral-provincial de commercialisation des poulets. En conséquence, même si le régime empêchait ces producteurs ontariens de gagner leur vie au Québec en y vendant des poulets, le motif principal de l'interdiction, a-t-on jugé, n'était pas le lieu de résidence, mais l'existence d'antécédents de production.

Ce même raisonnement a été appliqué et enrichi dans la décision *MacKinnon*, précitée. Dans cette affaire, un pêcheur qui résidait en Nouvelle-Écosse a invoqué tant le par. 15(1) que l'al. 6(2)*b*) pour contester le règlement fédéral, connu sous le nom de Plan de gestion sectorielle, en vertu duquel des permis n'étaient délivrés, relativement à une certaine zone au large de la côte de Terre-Neuve, qu'à ceux qui avaient déjà l'habitude d'y pêcher. Notons que l'activité économique en cause dans cette affaire était la production, dans la province de destination, de marchandises destinées à être retournées dans la province d'origine. On ne laissait pas entendre que la façon de gagner sa vie en produisant et en transportant des marchandises échappait a priori à l'application de l'art. 6. Le juge Martin a analysé l'objet sous-jacent du Plan, à la p. 501:

> Il ne s'agit que d'une partie de la politique globale fédérale intitulée Système de délivrance des permis de pêche commerciale sur la côte atlantique qui porte sur la gestion et le contrôle des pêches canadiennes dans cette région de façon à assurer non seulement la conservation et le repeuplement des stocks de poissons, mais aussi une pêche efficace et rentable aux propriétaires et exploitants des divers types de bateaux qui servent à cette pêche.
>
> . . . Il est non seulement souhaitable mais, à mon avis, essentiel que les autorités fédérales tiennent compte, dans leur réglementation ou dans leur système de délivrance des permis, des pêcheurs ainsi que des effets sociaux et économiques sur leurs moyens de subsistance du système de répartition des stocks de poissons disponibles aux divers groupes ou catégories d'exploitants. [Nous soulignons.]

Le juge Martin a confirmé que l'objet qui sous-tendait le critère des antécédents de production était valide et que ce critère n'était pas utilisé sans raison ou encore pour remplacer celui de la pro-

dence. Quite the contrary: province of residence was being used as a basis for restricting fishing to traditional areas of fish production, which furthered the effective management of fishery. With this valid purpose in place, the fact that the same criterion was applied to all fishermen regardless of residence assumes greater significance (at p. 504):

> The geographical restrictions imposed upon the inshore fishing fleet are of general application to all fishermen of the fleet. The restrictions are imposed, not on the basis of the fishermen's province of present or previous residence but on the basis of the areas where, historically, the fishermen of that fleet had previously pursued the fishery. The plaintiff is not prevented from prosecuting the ground-fish fishery in Sector I because he is a resident of the province of Nova Scotia but because he is the owner of an under 65-foot longliner who had never fished in Sector I previously. [Emphasis added.]

Thus, effective management of the fishery was the dominant purpose of the regulation. The fact that the same rule applied in all the provinces, though not determinative, was suggestive of a non-discriminatory purpose and effect. The non-discriminatory purpose and effect was confirmed by an evaluation of the wider purposes of the scheme. The operation of the Sector Management Plan barred the applicant from making his living in Newfoundland not because he was resident in Nova Scotia, but primarily because it was in the best interests of the fishery as a whole and the livelihood of its participants that fishermen be confined to fishing on their traditional grounds. Provincial boundaries happened to provide a convenient marker for fulfilling that purpose. Merely because the Plan incidentally affects the applicant in relation to his province of residence does not mean that it does so "primarily" on that basis.

In many cases, there are valid reasons for the limitation of a legislative scheme to a single province or to parts of Canada; such reasons will displace the primacy of a discriminatory effect related to residency under s. 6 of the *Charter*. For instance, it is unsurprising that in *MacKinnon*,

vince de résidence. Bien au contraire: on se servait de la province de résidence pour limiter la pêche aux zones traditionnelles de production de poisson, ce qui favorisait la gestion efficace des pêches. En présence de cet objet valide, le fait que le même critère se soit appliqué à tous les pêcheurs, peu importe leur lieu de résidence, revêt une importance accrue (à la p. 504):

> Les restrictions géographiques imposées à la flottille de pêche côtière s'appliquent de façon générale à tous les pêcheurs de cette flotte. Les restrictions sont imposées, non pas en fonction de la province actuelle ou antérieure de résidence, mais en fonction des zones où, anciennement, les pêcheurs de cette flotte avaient pêché. On n'empêche pas le demandeur de pêcher le poisson de fond dans le secteur 1 parce qu'il est résident de la province de la Nouvelle-Écosse, mais parce qu'il est propriétaire d'un palangrier de moins de 65 pieds qui n'est jamais allé dans le secteur 1. [Nous soulignons.]

La gestion efficace des pêches était donc l'objet principal du règlement. Le fait que la même règle s'appliquait dans toutes les provinces, bien que non déterminant, laissait supposer l'existence d'un objet et d'un effet non discriminatoires. L'existence d'un objet et d'un effet non discriminatoires a été confirmée par une évaluation des objets généraux du régime. L'application du Plan de gestion sectorielle empêchait le requérant de gagner sa vie à Terre-Neuve non pas parce qu'il résidait en Nouvelle-Écosse, mais principalement parce que le confinement des pêcheurs dans leurs zones de pêche traditionnelles était dans l'intérêt des pêches dans leur ensemble et de ceux qui gagnaient leur vie grâce à cette activité. Il se trouvait que les frontières provinciales fournissaient un indicateur commode pour atteindre cet objectif. Le simple fait que le Plan touche le requérant de manière accessoire en raison de sa province de résidence ne signifie pas qu'il le fait «principalement» pour ce motif.

Dans bien des cas, il y a des raisons valables de limiter l'application d'un régime législatif à une seule province ou à certaines régions du Canada; ces raisons l'emporteront sur un effet discriminatoire lié au lieu de résidence au sens de l'art. 6 de la *Charte*. Par exemple, il n'est pas étonnant que, 83

supra, the Sector Management Plan applied only to the Atlantic provinces; it was never suggested that this militated in favour of a finding of discrimination based primarily on residence.

84 In *Archibald v. Canada*, [1997] 3 F.C. 335 (T.D.), the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, which applies only to Manitoba, Alberta, Saskatchewan, and a part of British Columbia, was challenged as a violation of s. 6(2)(*b*), s. 15(1), and s. 2(*d*) of the *Charter*. The Canada Wheat Board exercises a monopoly over the interprovincial and international trade in wheat, acting as the sole purchaser from farmers, setting production quotas, and ensuring a fixed return for grain throughout the year, regardless of the price of wheat at the time of delivery, which may fluctuate significantly. To be clear, the mobility factor in pursuit of a livelihood was engaged in *Archibald* because producers in the designated area would be treated differently from producers in the non-designated area in attempting to tender the fruit of their labour in any province in Canada. The discriminatory "laws . . . in force in a province" were the federal laws in force in the prairie provinces which, by their specific terms, distinguished between producers of origin provinces in setting the terms upon which they could make their goods available in destination provinces.

85 Muldoon J. found no violation of s. 6(2)(*b*) on the grounds that first, the degree of economic disadvantage was not sufficient to trigger s. 6(2)(*b*), and second, that even if s. 6(2)(*b*) had been triggered because of some economic disadvantage, it was not sufficient to affect the mobility right which is the essence of s. 6. With respect, this reasoning reflects the danger of examining the right contained in s. 6(2)(*b*) in isolation from s. 6(3)(*a*). Together, those sections make clear that legislation which discriminates primarily on the basis of residence in the pursuit of a livelihood is a violation of the mobility right, regardless of the magnitude of

dans la décision *MacKinnon*, précitée, le Plan de gestion sectorielle ne se soit appliqué qu'aux provinces de l'Atlantique; on n'a jamais affirmé que cela militait en faveur d'une conclusion de distinction fondée principalement sur le lieu de résidence.

Dans la décision *Archibald c. Canada*, [1997] 3 C.F. 335 (1re inst.), la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, qui s'applique seulement au Manitoba, en Alberta, en Saskatchewan et dans une partie de la Colombie-Britannique, était contestée pour le motif qu'elle violait l'al. 6(2)*b*), le par. 15(1) et l'al. 2*d*) de la *Charte*. La Commission canadienne du blé exerce un monopole en matière de commerce interprovincial et international du blé, en agissant en tant qu'acheteur unique auprès des agriculteurs, en contingentant la production et en assurant un rendement fixe du grain tout au long de l'année, peu importe le prix du blé au moment de la livraison, lequel peut fluctuer considérablement. L'affaire *Archibald* faisait clairement intervenir l'élément de la libre circulation pour gagner sa vie, parce que les producteurs de la région désignée qui tentaient d'offrir le fruit de leur labeur dans toute province du Canada étaient traités différemment de ceux de la région non désignée. Les «lois [discriminatoires] en vigueur dans une province» étaient les lois fédérales en vigueur dans les provinces des Prairies qui, par leurs dispositions particulières, établissaient une distinction entre les producteurs de provinces d'origine en fixant les conditions auxquelles ils pouvaient offrir leurs produits dans des provinces de destination.

Le juge Muldoon a conclu à l'absence de violation de l'al. 6(2)*b*), premièrement, parce que le désavantage économique subi n'était pas suffisant pour déclencher l'application de l'al. 6(2)*b*) et, deuxièmement, parce que même si l'application de cet alinéa avait été déclenchée en raison de l'existence de quelque désavantage économique, ce n'était pas suffisant pour influer sur la liberté de circulation et d'établissement qui est au cœur de l'art. 6. En toute déférence, ce raisonnement reflète le danger qu'il y a à examiner le droit garanti à l'al. 6(2)*b*) sans tenir compte de l'al. 6(3)*a*). Il ressort clairement d'une interprétation conjointe de

that impact. Whether the impact is so negligible that it does not warrant the protection of s. 6 is a matter better left to the justificatory analysis under s. 1 (see M. Jackman, "Interprovincial Mobility Rights Under the *Charter*" (1985), 43(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 16, at p. 34).

However, an assessment of the impact of the impugned legislative distinction does have an important role to play in determining whether the ostensible purposes of the legislation are valid. There was conflicting testimony before the court regarding the benefits and costs arising from the scheme for particular farmers within the designated area (at para. 54). The fact that the scheme did not uniformly disadvantage farmers in the designated area, and that there were objective economic reasons for regulating only in that area, were relevant considerations in characterizing the dominant purpose and effect of the scheme. As Muldoon J. stated (at para. 106):

> The individual plaintiffs all produce grain in the designated area because, although some wheat and barley can be, and are, grown in Quebec, and perhaps also the Atlantic provinces and perhaps also on the western slopes of the Rockies and (west) coastal ranges, it is the designated area in which it is most natural, efficient and economic to grow that grain. All producers of grain in the designated area are treated alike — nay, the same — under the impugned law. To market their grain extraprovincially, they must simply do so through the Board, which markets the grain on behalf of all producers in the designated area. The designated area is no "great wall" and does not impede any mobility.

When the impact of the laws applicable to a producer in the designated area is compared with its impact on a producer outside the designated area, it appears that the absence of a "great wall" arises from the fact that there are objective reasons for distinguishing the two areas, other than residential

ces dispositions que la loi qui établit une distinction fondée principalement sur le lieu de résidence en matière de gagne-pain viole la liberté de circulation et d'établissement, peu importe l'ampleur de cette incidence. C'est dans le cadre de l'analyse justificative fondée sur l'article premier qu'il vaut mieux examiner si l'incidence est négligeable au point de ne pas justifier la protection de l'art. 6 (voir M. Jackman, «Interprovincial Mobility Rights Under the *Charter*» (1985), 43(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 16, à la p. 34).

86 Cependant, l'appréciation de l'incidence de la distinction légale contestée joue un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer si les objets apparents de la mesure législative sont valides. La cour a entendu des témoignages contradictoires au sujet des avantages et des coûts que le régime entraînait pour certains agriculteurs de la région désignée (au par. 54). Le fait que le régime ne défavorisait pas uniformément les agriculteurs de la région désignée et le fait qu'il y avait des raisons économiques objectives de ne réglementer que cette région étaient pertinents pour qualifier l'objet et l'effet principaux du régime. Comme l'a dit le juge Muldoon (au par. 106):

> Les demandeurs produisent tous du grain dans la région désignée parce que, même si certains types de blé et d'orge peuvent être, et sont, cultivés au Québec, peut-être aussi dans les provinces de l'Atlantique et sur les versants ouest des Rocheuses et des chaînes côtières de l'Ouest, c'est dans la région désignée qu'il est le plus naturel, efficace et économique de cultiver ce type de grains. Tous les producteurs de grains de la région désignée sont traités de la même manière — d'une manière identique, plutôt — sous le régime de la loi contestée. Pour commercialiser le grain à l'extérieur de la province, ils doivent simplement le faire par l'intermédiaire de la Commission, qui commercialise le grain pour le compte de tous les producteurs de la région désignée. Cette région désignée n'est pas une «grande muraille» et n'entrave la circulation de personne.

87 Il ressort d'une comparaison de l'incidence des lois applicables au producteur de la région désignée avec celle qu'elles ont sur le producteur de l'extérieur de cette région, que l'absence d'une «grande muraille» résulte du fait qu'il existe des raisons objectives, autres que le lieu de résidence,

status. The vast majority of grain is produced within the designated area, and that volume of production is precisely what creates the fluctuations in price which the Wheat Board scheme was intended to mitigate. To the extent that producers outside of the designated area may be favoured in some circumstances by having more control over the marketing of their grain, they are also disfavoured because they tend to grow less than their western counterparts and have little or no influence on the determination of the price of their grain. Western producers tend to have more at stake in the marketing of their grain, which means that the reasons for the mitigating effect of the Wheat Board scheme are greater in their case. In that sense, it is quite appropriate to observe that there is no "great wall" between individuals within and outside the designated areas. The fact that the designated area does not coincide precisely with provincial boundaries *per se*, and that the area is characterized by large grain crops which distinguishes it from other areas of Canada, is further evidence that provincial boundaries are merely being used as a reasonably accurate marker for an economic reality which generally exists in those provinces.

d'établir une distinction entre les deux régions. Le grain est produit, pour la plus grande part, dans la région désignée et ce volume de production est précisément ce qui engendre les fluctuations de prix que le régime de la Commission canadienne du blé est destiné à atténuer. Dans la mesure où les producteurs de l'extérieur de la région désignée peuvent parfois être avantagés du fait qu'ils contrôlent davantage la commercialisation de leur grain, ils sont également défavorisés du fait qu'ils ont tendance à produire moins que leurs homologues de l'Ouest et qu'ils n'exercent que très peu d'influence, voire aucune, sur l'établissement du prix de leur grain. Pour les producteurs de l'Ouest, les intérêts en jeu dans la commercialisation de leur grain ont tendance à être plus élevés, ce qui signifie que l'effet atténuant du régime de la Commission canadienne du blé est davantage justifié dans leur cas. En ce sens, on peut faire remarquer à juste titre qu'il n'existe pas de «grande muraille» entre les gens des régions désignées et ceux de l'extérieur de ces régions. Le fait que la région désignée ne corresponde pas exactement à des frontières provinciales, et que la région soit caractérisée par la présence de vastes cultures céréalières qui la distinguent des autres régions du Canada, démontre également que les frontières des provinces ne servent que d'indicateur raisonnablement précis d'une réalité économique qui existe de façon générale dans ces provinces.

88 By contrast, *Basile v. Attorney-General of Nova Scotia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 219 (N.S.S.C.A.D.), involved legislation which was based directly upon residence. The plaintiff sought to obtain a licence as a salesperson in Nova Scotia, but was barred by a provision requiring the licensee to be a resident of the province of Nova Scotia. The Court of Appeal struck down the regulation as a violation of s. 6(2). In considering whether the residence requirement could be upheld under s. 1 of the *Charter*, the court rejected the argument that the requirement was necessary in order to prevent fraudulent transactions (at p. 226). In considering whether there has been a violation of the mobility right contained in s. 6(2)(*b*) and s. 6(3)(*a*), it is imperative to determine whether there is a purpose or effect which displaces that which appears obvi-

Par contre, l'arrêt *Basile c. Attorney-General of Nova Scotia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 219 (C.S. N.-É.D.A.), portait sur une mesure législative directement fondée sur le lieu de résidence. Le demandeur cherchait à obtenir un permis de vendeur en Nouvelle-Écosse, mais il en était empêché par une disposition qui exigeait que le titulaire d'un tel permis réside en Nouvelle-Écosse. La Cour d'appel a annulé le règlement pour le motif qu'il violait le par. 6(2). En examinant si l'exigence de résidence pouvait être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*, la cour a rejeté l'argument selon lequel cette exigence était nécessaire pour empêcher les opérations frauduleuses (à la p. 226). En examinant si la liberté de circulation et d'établissement garantie aux al. 6(2)*b*) et 6(3)*a*) a été violée, il est impérieux de déterminer s'il

ous from the provision itself. Since the court determined that the distinction was based primarily on the basis of province of residence, it appropriately found the provision to violate the right to mobility.

existe un objet ou un effet qui supplante ce qui paraît évident à la lecture de la disposition elle-même. Vu que la cour a décidé que la distinction était fondée principalement sur la province de résidence, c'est à bon droit qu'elle a conclu que la disposition violait la liberté de circulation et d'établissement.

Black, *supra*, also considered the possibility that there might be a valid purpose unrelated to residence which would serve to justify the discrimination based on residence. Viewed as a justification, the majority of the Court examined these alternative purposes under s. 1 of the *Charter*. In our view, however, many of the features of that case analysed under the rubric of s. 1 are crucial to determining whether the discrimination was made "primarily on the basis" of residence. The word "primarily" necessarily involves an evaluation of other possible purposes for, and effects of, the discrimination, and their weight relative to the discrimination based on residence. In this respect, the right to pursue the gaining of a livelihood free from discrimination based on residence is structured differently from the *Charter* right to equality. The equality guarantee in s. 15(1) is violated where there is any discrimination, by effect or by express language, based on one of the enumerated or analogous grounds. Any justification provided by other valid purposes or objectives served by the discrimination, apart from the operation of s. 15(2), must be evaluated according to the saving provision of the *Charter*, s. 1. By contrast, the use of the word "primarily" in the mobility guarantee suggests that other purposes and effects must be weighed to determine whether the residential aspect of the discrimination is primary. Whether the discrimination is unacceptable in the context of s. 6 depends entirely on which basis of discrimination is characterized as dominant, as denoted by the term "primarily".

89 Dans l'arrêt *Black*, précité, notre Cour a également examiné la possibilité qu'un objet valide sans rapport avec le lieu de résidence justifie la distinction fondée sur le lieu de résidence. Considérant ces autres objets comme une justification, notre Cour à la majorité les a examinés en fonction de l'article premier de la *Charte*. À notre avis, cependant, bon nombre des caractéristiques de cette affaire analysées sous l'angle de l'article premier revêtent une importance cruciale lorsqu'il s'agit de déterminer si la distinction était «fondée principalement» sur le lieu de résidence. Le mot «principalement» implique nécessairement une appréciation d'autres objets et effets possibles de la distinction, et de leur importance par rapport à la distinction fondée sur le lieu de résidence. À cet égard, le droit de gagner sa vie sans faire l'objet d'une distinction fondée sur le lieu de résidence est structuré différemment du droit à l'égalité garanti par la *Charte*. Il y a violation de la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) dès qu'une distinction quelconque fondée sur l'un des motifs énumérés ou analogues résulte de l'effet ou du texte même de la disposition en cause. Toute justification fournie par d'autres objets ou objectifs valides que vise la distinction, à part l'application du par. 15(2), doit être appréciée en fonction de la disposition de sauvegarde contenue à l'article premier de la *Charte*. Par contre, l'utilisation du mot «principalement» dans la garantie de libre circulation laisse entendre qu'il faut apprécier d'autres objets et effets pour déterminer si l'aspect de la distinction relatif au lieu de résidence est principal. La question de savoir si la distinction est inacceptable dans le contexte de l'art. 6 dépend entièrement de la raison pour laquelle la distinction est qualifiée de dominante, comme l'indique le mot «principalement».

The search for the primary effect or purpose of a legislative classification is a familiar task for

90 La recherche de l'effet ou de l'objet principal d'une classification législative est une tâche que

Canadian courts in enforcing the federal division of powers. Whether legislation is characterized as falling within s. 91 or s. 92 of the *Constitution Act, 1867* is determined according to the "matter" with which it is concerned, which "is done by looking for the dominant feature of the law, or to use the term of art, its 'pith and substance'" as opposed to its merely incidental effect (*Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, at p. 1389 (emphasis added); *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 481-88). It has long been recognized that the categories of power contained in ss. 91 and 92 are not "watertight compartments", and that legislation on a single subject may nevertheless touch on different categories of power (*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at p. 130; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 180). In evaluating which subject or feature of the legislation is dominant for division of powers purposes, courts examine both purpose and effect (*Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, at pp. 75-76 (for characterization determined primarily by effect of legislation); see generally P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at pp. 388-92).

91 This kind of analysis is quite appropriate when considering the need to determine the primary basis of discrimination set out in s. 6(3)(*a*). It should be recalled that the constitutional context of s. 6 requires an analysis as to whether the primary basis of the discrimination is residence or, alternatively, whether the discrimination results from the appropriate exercise of the legitimate heads of power contained in ss. 91 and 92 which authorize the regulation of the economy. Thus, the jurisprudence which has traditionally been applied in fitting legislation into this catalogue of powers has direct relevance in assessing the primary basis of the legislative distinctions. The division of powers analysis, focusing on the characterization of a dominant matter with which legislation is concerned, provides a helpful methodology which can be applied in determining whether there is discrim-

connaissent bien les tribunaux canadiens appelés à faire respecter le partage fédéral des compétences. On détermine si une mesure législative relève de l'art. 91 ou de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en fonction de la «matière» sur laquelle elle porte; «[à] cette fin, il convient d'examiner la caractéristique principale de la loi ou, pour utiliser l'expression consacrée, son "caractère véritable"», par opposition à son simple effet incident (*Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, à la p. 1389 (nous soulignons); *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 481 à 488). Il est reconnu depuis longtemps que les catégories de compétence contenues aux art. 91 et 92 ne sont pas des «compartiments étanches», et qu'une mesure législative portant sur une seule matière peut néanmoins toucher à diverses catégories de compétence (*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), à la p. 130; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 180). Pour déterminer quelle est la matière ou la caractéristique principale de la mesure législative aux fins du partage des compétences, les tribunaux doivent en examiner l'objet et l'effet (*Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, aux pp. 75 et 76 (pour une qualification fondée principalement sur l'effet de la mesure législative); voir, de façon générale, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4e éd. 1997), aux pp. 388 à 392).

Ce type d'analyse est tout à fait approprié, compte tenu du besoin de déterminer le motif principal de distinction énoncé à l'al. 6(3)*a*). Il y a lieu de se rappeler que le contexte constitutionnel de l'art. 6 oblige à se demander si le motif principal de la distinction est le lieu de résidence ou, de façon subsidiaire, si la distinction résulte de l'exercice approprié des chefs de compétence légitimes contenus aux art. 91 et 92 qui autorisent la réglementation de l'économie. Ainsi, la jurisprudence qui a traditionnellement été appliquée pour classifier des lois selon cette liste de compétences est directement pertinente pour apprécier le motif principal des distinctions établies par une mesure législative. L'analyse fondée sur le partage des compétences, qui est axée sur la qualification de la matière principale sur laquelle porte la mesure législative en cause, fournit une méthodologie utile

ination "primarily" on the basis of residence. Nor is this analysis foreign to the determination of the possible grounds of discrimination in the *Charter* rights context. In *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 331, Dickson J. described the need to scrutinize both purpose and effect in *Charter* cases:

> In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respective by, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity.

The nuanced discussion in *Black*, *supra*, at pp. 628-34, on the possible significance to be accorded to such objects as ensuring expertise and competence of the legal profession, liability insurance, discipline, and the maintenance of ethical standards was indispensable to determining whether the discrimination was primarily based on residence. The majority found that none of these considerations displaced what appeared to be the clear purpose of the impugned provisions, namely, to exclude non-residents from the practice of law in Alberta. Only once this analysis had taken place could it properly be said that the discrimination was "primarily on the basis of province of present . . . residence".

(e) *Application to the Case at Bar*

The key issue in this appeal is determining whether the residence of the producer is the primary basis upon which interprovincially marketed eggs whose origin is the Northwest Territories are differentiated from eggs produced in other provinces.

qui peut être appliquée pour déterminer si une distinction fondée «principalement» sur le lieu de résidence est établie. En outre, une telle analyse n'est pas étrangère à la détermination des motifs possibles de distinction dans le contexte des droits garantis par la *Charte*. Dans *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 331, le juge Dickson a décrit la nécessité d'examiner à fond l'objet et l'effet d'une loi dans les affaires relatives à l'application de la *Charte*:

> À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.

92 L'analyse nuancée, dans *Black*, précité, aux pp. 628 à 634, de l'importance susceptible d'être accordée à des objets comme l'expertise et la compétence des membres de la profession juridique, l'assurance responsabilité, la discipline et le maintien d'un code de déontologie était indispensable pour déterminer si la distinction en cause était fondée principalement sur le lieu de résidence. Les juges majoritaires ont conclu qu'aucun de ces facteurs n'avait supplanté ce qui paraissait constituer l'objet manifeste des dispositions contestées, à savoir l'exclusion des non-résidents de la pratique du droit en Alberta. Ce n'était qu'une fois que cette analyse avait été faite qu'on pouvait dire à juste titre que la distinction était «fondée principalement sur la province de résidence [. . .] actuelle».

e) *Application à la présente affaire*

93 La question clé en l'espèce est de savoir si le lieu de résidence du producteur est le principal motif pour lequel les œufs commercialisés sur le marché interprovincial, qui proviennent des Territoires du Nord-Ouest, sont différenciés de ceux produits dans d'autres provinces.

94 The restriction on the pursuit of a livelihood in this case is the inability of Northwest Territories' residents to market eggs produced there in other provinces. The relevant law is the law in force in a destination province (which happens to be largely the same in all 10 provinces as a result of the federal-provincial scheme). The destination province is any province to which the respondents seek to market their eggs, and thereby make their livelihood; the origin province is the Northwest Territories. Thus, in order to determine if there is discrimination in this case, the terms according to which Northwest Territories egg producers can market their eggs in the destination province must be compared with the terms according to which egg producers resident in the destination province can market their eggs in the destination province. If those terms discriminate primarily on the basis of residence, then s. 6 is violated.

95 The appellant contends that the true basis of the distinction is the historical pattern of production, which is a valid means of apportioning marketing quotas among the various provinces, and which is indispensable to the orderly and fair management of the egg market in Canada. Producers in the Northwest Territories are distinguished in their ability to market their eggs in destination provinces not on the basis of their residence, but because they happen to reside in an area which did not historically produce eggs at the time that the quotas were being allotted according to historical production patterns. In any event, the appellant also argues, the scheme regulates only on the basis of place of production, not on the basis of place of residence. The respondents do not dispute the validity of the general purposes of the egg marketing scheme, but contend that the effect of the scheme is to completely exclude them from interprovincial marketing, simply because they produce eggs in the Northwest Territories. They further claim that production and residence are inextricably intertwined, and that a discrimination based on place of production is, in effect, discrimination based on residence. This was the case notwith-

La restriction imposée en matière de gagne-pain dans la présente affaire est l'incapacité des résidents des Territoires du Nord-Ouest de commercialiser les œufs qu'ils y produisent dans d'autres provinces. La loi pertinente est celle en vigueur dans une province de destination (et se trouve à être fort similaire dans toutes les 10 provinces en raison du régime fédéral-provincial). La province de destination est toute province dans laquelle les intimés cherchent à commercialiser leurs œufs et, ainsi, à gagner leur vie; les Territoires du Nord-Ouest constituent la province d'origine. En conséquence, pour déterminer si une distinction est établie en l'espèce, il faut comparer les conditions auxquelles les producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest peuvent commercialiser leurs œufs dans la province de destination, avec celles auxquelles les producteurs d'œufs résidant dans la province de destination peuvent y commercialiser leurs œufs. Si ces conditions établissent une distinction fondée principalement sur le lieu de résidence, il y a alors violation de l'art. 6.

L'appelant prétend que la distinction est véritablement fondée sur les antécédents de production qui constituent un moyen valable de répartir des quotas de commercialisation parmi les différentes provinces et qui sont indispensables à la gestion ordonnée et équitable du marché canadien des œufs. Les producteurs des Territoires du Nord-Ouest font l'objet d'une distinction quant à leur capacité de commercialiser leurs œufs dans des provinces de destination non pas en raison de leur lieu de résidence, mais parce qu'ils se trouvent à résider dans une région où la production d'œufs était inexistante au moment de l'attribution des quotas selon des antécédents de production. De toute manière, d'ajouter l'appelant, le régime ne réglemente qu'en fonction du lieu de production et non du lieu de résidence. Les intimés ne contestent pas la validité des objets généraux du régime de commercialisation des œufs, mais ils soutiennent que le régime a pour effet de les empêcher complètement de commercialiser leurs œufs sur le marché interprovincial, simplement parce qu'ils les produisent dans les Territoires du Nord-Ouest. Ils prétendent en outre que production et résidence sont inextricablement liées, et qu'une distinction fondée

standing the fact that one of the respondents, Richardson, is a resident of Alberta who produces eggs in the Northwest Territories. This reasoning was adopted by Hunt J.A. in the Northwest Territories' Court of Appeal, who found that "unlike an egg producer in one of the provinces, [the Northwest Territories'] producer can never, under the current scheme, obtain a quota to market eggs extra-territorially" ([1996] N.W.T.R. 201, at p. 231). On that basis, Hunt J.A. held that "the regime clearly discriminates on the basis of residence".

sur le lieu de production constitue, en fait, une distinction fondée sur le lieu de résidence. Il en était ainsi malgré le fait que l'un des intimés, Richardson, est un résident de l'Alberta qui produit des œufs dans les Territoires du Nord-Ouest. Ce raisonnement a été adopté par le juge Hunt de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest, qui a conclu que [TRADUCTION] «contrairement au producteur d'œufs de l'une des provinces, le producteur [des Territoires du Nord-Ouest] ne peut jamais, selon le régime actuel, obtenir un quota pour commercialiser des œufs à l'extérieur des Territoires» ([1996] N.W.T.R. 201, à la p. 231). Pour ce motif, le juge Hunt a statué que [TRADUCTION] «le régime établit clairement une distinction fondée sur le lieu de résidence».

With respect, the judgment in the Court of Appeal and the position of the respondents fail to address the determinative question in this appeal: what is the primary basis of the discriminatory treatment? In our view, the primary basis of the differential treatment is not residence in this case. There is no doubt that the general purposes of the egg marketing scheme are valid. The 1972 *Federal-Provincial Agreement in respect of the establishment of a Comprehensive Marketing Program for the purpose of regulating the marketing of Eggs in Canada*, which is the foundation of the interlocking legislative instruments which comprise the scheme, states in its preamble:

En toute déférence, l'arrêt de la Cour d'appel et la position des intimés omettent d'aborder la question déterminante en l'espèce: quel est le motif principal du traitement discriminatoire? À notre avis, le motif principal de la différence de traitement n'est pas le lieu de résidence en l'espèce. Il n'y a aucun doute que les objectifs généraux du régime de commercialisation des œufs sont valides. L'*Accord fédéral-provincial relatif à la mise en place d'un système global de commercialisation visant à la réglementation de la commercialisation des œufs au Canada*, qui a été conclu en 1972 et qui constitue le fondement des textes législatifs imbriqués que comprend le régime, mentionne, dans son préambule: 96

Whereas it is deemed proper that a Comprehensive Egg Marketing Program be established to ensure the orderly marketing of eggs in Canada, a fair return to the producer, a dependable supply of high quality products to the consumer, the co-operation and coordination between the various provincial Egg Commodity Boards and an Agency;

Considérant qu'il a été estimé convenable de mettre en place un Système global de commercialisation des œufs devant assurer l'harmonisation de la commercialisation des œufs au Canada, des recettes équitables au producteur, un approvisionnement assuré en produits de haute qualité au consommateur, la collaboration et la coordination entre les différents offices provinciaux de commercialisation des œufs et un Office.

In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*, at p. 1268, Laskin C.J. described the purposes — not the effects — of the egg marketing scheme:

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité, le juge en chef Laskin a décrit, à la p. 1268, les objets — non pas les effets — du régime de commercialisation des œufs:

. . . I find nothing in the marketing scheme here that, as a trade regulation, is *in its essence and purpose* related to a provincial boundary. To hold otherwise would mean

. . . je ne trouve rien dans le présent régime de commercialisation qui, en tant que réglementation du commerce, soit relié *en droit et en fait* à l'existence de frontières

that a federal marketing statute, referable to interprovincial trade, could not validly take into account patterns of production in the various Provinces in attempting to establish an equitable basis for the flow of trade. [Underlining added.]

provinciales. En décider autrement signifierait qu'une loi fédérale de commercialisation, rattachable au commerce interprovincial, ne pourrait valablement prendre en considération le mode de production des diverses provinces pour tenter d'instaurer l'équité dans les échanges commerciaux. [En italique dans l'original; nous soulignons.]

We would also recall the words quoted above of Martin J. in *MacKinnon*, *supra*, at p. 501. Neither the respondents nor the decisions below have challenged the use of historical production patterns as an equitable means of distributing quotas for the orderly and fair marketing of commodities, or that this purpose has changed as a result of legislative amendments to the Act as originally passed (as was the case in *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.)). The original purposes of the scheme must, therefore, be considered valid, notwithstanding circumstances which have changed in the intervening period. The exclusion of the Northwest Territories producers is simply an application of the principle of quota allocation based on historical production patterns, and shares the same unimpeached purpose.

Rappelons-nous aussi les propos, cités plus haut, que le juge Martin a tenus dans *MacKinnon*, précité, à la p. 501. Les intimés et les décisions des tribunaux d'instance inférieure n'ont contesté ni l'utilisation des antécédents de production en tant que moyen équitable d'attribution des quotas en vue d'assurer une commercialisation ordonnée et juste des denrées, ni le fait que cet objet a changé à la suite des modifications apportées à la loi originale (comme c'était le cas dans *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.)). Les objets initiaux du régime doivent donc être jugés valides, même si les circonstances ont changé dans l'intervalle. L'exclusion des producteurs des Territoires du Nord-Ouest n'est que l'application du principe d'attribution des quotas en fonction d'antécédents de production, et elle partage le même objet incontesté.

97 The gist of the respondents' attack under ss. 6(2)(*b*) and 6(3)(*a*) is that the effects of the legislative scheme are so significant as to have displaced the primacy of this valid objective, and that residence has become the dominant basis of the differentiation. As mentioned above, both purpose and effect must be examined in order to determine constitutionality. It is possible that those effects might, over time, acquire such significance as to become the dominant feature of the legislation, thereby displacing the original purpose. This is precisely the development alleged by the respondents, since the egg marketing scheme could not have had a discriminatory impact while there was no production in the Northwest Territories, which was the case at the time the scheme was enacted. Moreover, we accept the assumption of the Court of Appeal that the effect of a legislative scheme, which on its face distinguishes based upon place of production, will typically have a profound effect on residents. Even though Richardson is a resident

La contestation des intimés fondée sur les al. 6(2)*b*) et 6(3)*a*) veut essentiellement que les effets du régime législatif soient si importants qu'ils ont supplanté cet objectif valide et que le lieu de résidence soit devenu le motif principal de la différentiation. Comme nous l'avons vu, il faut examiner à la fois l'objet et l'effet de la mesure législative pour en déterminer la constitutionnalité. Il se peut qu'avec le temps ces effets deviennent importants au point de constituer la caractéristique principale de la mesure législative et d'en supplanter ainsi l'objet initial. C'est précisément ce qui se serait produit selon les intimés, étant donné que le régime de commercialisation des œufs ne pouvait avoir d'incidence discriminatoire en l'absence de production dans les Territoires du Nord-Ouest, laquelle était inexistante à l'époque où le régime a été établi. De plus, nous acceptons l'hypothèse de la Cour d'appel voulant qu'un régime législatif qui, à première vue, établit une distinction fondée sur le lieu de production ait normalement un effet

of Alberta, the other respondent is incorporated under the laws of, established in, and owned by individuals residing in, the Northwest Territories. In most cases, it is realistic to consider that place of residence will often determine where a person can engage in production. In our view, it would be an egregious formalism to accept the appellant's argument that the basis of the distinction drawn in this legislation could not be residence simply because it is phrased in terms of place of production. In the absence of significant submissions on this issue, and given that one of the parties before us is a resident producer, we are prepared to accept that production and residence should be treated as closely interrelated in this case.

There are two types of effect which must be examined in order to properly categorize the dominant feature of the legislative scheme: legal effect, and practical effect (*Morgentaler*, *supra*, at pp. 482-88). The legal effect has been described as "how the legislation as a whole affects the rights and liabilities of those subject to its terms, and is determined from the terms of the legislation itself" (*Morgentaler*, at p. 482). The finding quoted above from the Court of Appeal falls into this category: it describes a legal incapacity resulting from the legislation which requires no further analysis of factual context. Legal effect would alone be sufficient to support a finding of discrimination as that word is used in s. 15(1) of the *Charter* (although, of course, other requirements are imposed within s. 15(1) which might not be satisfied in this case). In a s. 6 analysis, however, the issue is the determination of the primary basis of the discrimination. As mentioned above, determining the primary basis of a distinction is closely analogous to the pith and substance approach to legislative classification used in considering division of powers questions, and which involves evaluating all of the effects which may serve to displace or confirm the dominant purpose of the legislation being scrutinized. This requires a consideration of the second type of effect mentioned in *Morgentaler*, *supra*, at

considérable sur les résidents. Bien que Richardson soit un résident de l'Alberta, l'autre intimée est une société constituée en vertu des lois des Territoires du Nord-Ouest, où elle est établie et appartient à des personnes y résidant. Dans la plupart des cas, il est réaliste de considérer que le lieu de résidence d'une personne détermine souvent l'endroit où elle peut se livrer à la production. À notre avis, ce serait un excès de formalisme qu'accepter l'argument de l'appelant selon lequel le motif de la distinction établie dans la mesure législative en cause ne saurait être le lieu de résidence simplement parce qu'elle a été formulée en termes de lieu de production. Vu qu'aucune observation importante n'a été présentée sur cette question et que l'une des parties devant nous est un producteur résidant, nous sommes disposés à accepter que la production et la résidence devraient être considérées comme étroitement liées en l'espèce.

98 Il faut examiner deux types d'effet pour bien qualifier la caractéristique principale du régime législatif: l'effet juridique et l'effet pratique (*Morgentaler*, précité, aux pp. 482 à 488). L'effet juridique a été décrit comme «la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions, et est déterminé en fonction des termes mêmes du texte» (*Morgentaler*, aux pp. 482 et 483). La conclusion susmentionnée de la Cour d'appel relève de cette catégorie: elle fait état d'une incapacité juridique découlant du texte législatif qui ne requiert aucune autre analyse du contexte factuel. L'effet juridique suffirait à lui seul pour étayer une conclusion qu'il y a discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte* (même si, bien entendu, il se pourrait, en l'espèce, qu'on ne satisfasse pas à d'autres exigences imposées dans le par. 15(1)). Dans une analyse fondée sur l'art. 6, cependant, la question est de savoir ce qui constitue le motif principal de la distinction. Comme nous l'avons vu, la détermination du motif principal d'une distinction ressemble beaucoup à la méthode du caractère véritable en matière de classification législative qui est utilisée pour examiner des questions de partage des compétences et qui comporte une évaluation de tous les effets pouvant contribuer à supplanter ou à confirmer l'objet prin-

p. 483, which is the "actual or predicted practical effect of the legislation in operation". The appropriate comparison group in measuring the discriminatory impact of the legislation is not established egg producers in the destination province who seek to market their eggs in the destination province, but rather new egg producers in the destination province who have no quota and who seek to market their eggs in the destination province. This is the only appropriate way to measure the significance of the producers' residence on the operation of the egg marketing scheme.

99 Unfortunately, little direct evidence on this issue was tendered before this Court or the courts below. This may be contrasted with the evidence before the court in *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.* (1986), 69 B.C.L.R. 220 (S.C.), affirmed (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116 (C.A.), where the practical difficulties in obtaining a quota, either by purchasing one from another producer or directly from the Milk Board, were fully canvassed. This factual issue may be one of considerable complexity since each province's egg board is responsible for determining how to allot quotas within that province. An examination of one provincial egg marketing scheme, the Ontario *Farm Products Marketing Act* and the *Broiler Hatching Eggs and Chicks — Marketing* regulations, R.R.O. 1990, Reg. 396, as amended by O. Reg. 744/91, indicates that the allocation of egg marketing quotas is controlled by existing egg producers. In the absence of argument on this point, however, we are reluctant to draw what appear to be even the most obvious inferences from such a structure.

100 The burden of proof in establishing a breach of a *Charter* right rests with the respondents in this case. Although they have shown that the legal effect of this scheme is to exclude them from the

cipal de la loi examinée. Il faut alors prendre en considération le deuxième type d'effet mentionné dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 483, soit «l'effet pratique, réel ou prévu, de l'application du texte législatif». Le groupe de référence dont il convient de se servir pour apprécier l'incidence discriminatoire de la mesure législative est non pas celui des producteurs d'œufs établis dans la province de destination qui cherchent à y commercialiser leurs œufs, mais plutôt celui des nouveaux producteurs d'œufs dans la province de destination qui n'ont pas de quota et qui cherchent à y commercialiser leurs œufs. Il s'agit du seul moyen convenable d'apprécier l'importance du lieu de résidence des producteurs dans l'application du régime de commercialisation des œufs.

Malheureusement, peu d'éléments de preuve directe concernant cette question ont été présentés devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure. Cela contraste avec la preuve dont la cour était saisie dans la décision *Milk Board c. Clearview Dairy Farm Inc.* (1986), 69 B.C.L.R. 220 (C.S.), confirmée par (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 116 (C.A.), où on a examiné à fond les difficultés pratiques d'obtenir un quota directement du Milk Board ou en l'achetant à un autre producteur. Il se peut que cette question de fait soit fort complexe, étant donné que chaque office provincial de commercialisation des œufs a la responsabilité de déterminer la façon dont les quotas seront attribués dans la province. Il ressort de l'examen d'un régime provincial de commercialisation des œufs, à savoir la *Loi sur la commercialisation des produits agricoles* de l'Ontario et le règlement intitulé *Broiler Hatching Eggs and Chicks — Marketing*, R.R.O. 1990, règl. 396, modifié par le règl. de l'Ont. 744/91, que l'attribution des quotas en matière de commercialisation des œufs est contrôlée par les producteurs d'œufs existants. Toutefois, vu l'absence d'argumentation sur ce point, nous hésitons à tirer d'une telle structure même les conclusions qui paraissent les plus évidentes.

Il incombe aux intimés en l'espèce de prouver qu'il y a eu violation d'un droit garanti par la *Charte*. Bien qu'ils aient établi que l'effet juridique du présent régime est de les empêcher en

legal possibility of obtaining an egg quota, they have failed to demonstrate a practical prejudice relative to producers resident in the destination province or provinces who also do not have a quota which is great enough to have caused the primary purpose of the legislation to be defined as discriminating against Northwest Territories producers on the basis of their residence. It is quite possible that the egg plans in effect in the destination provinces to which the respondents wish to export their eggs operate to exclude any new producers from obtaining a quota. Under those circumstances, the practical discriminatory effect of the national egg marketing scheme against the respondents would be nil. Indeed, a finding of discrimination under s. 6 based on legal effect on Northwest Territories producers might place them, practically speaking, in a privileged position relative to new producers in the destination provinces, rather than a disadvantaged position. While new producers in the destination provinces would be practically — though not legally — excluded from obtaining an egg quota, the respondents allege that the Northwest Territories producers in this case would be entitled to such a quota, based purely on a finding that the legal effect of the current plan disadvantages them. Rather than disadvantage based on province of residence, this would amount to a practical advantage based purely on residence. Indeed, such a situation also amounts to a legal advantage to the extent that new producers in the destination provinces have no legal entitlement to such a quota, only a legal entitlement to apply on an equal basis with other new producers; by contrast, these Northwest Territories producers, by virtue of their position as the sole producers in the jurisdiction, are claiming a legal entitlement to a quota under s. 6 of the *Charter*. These are possibilities, not ascertained facts; but the failure of the respondents to establish that there is a practical disadvantage relative to new producers in any single destination province, or in the destination provinces as a whole, dramatically weakens their argument that the deleterious effects based on resi-

droit d'obtenir un quota pour leurs œufs, ils n'ont pas démontré qu'ils subissent en pratique, comparativement aux producteurs qui résident dans la ou les provinces de destination et qui eux non plus ne possèdent pas de quota, un préjudice assez grave pour que l'objet principal de la législation doive être décrit comme établissant, à l'égard des producteurs des Territoires du Nord-Ouest, une distinction fondée sur leur lieu de résidence. Il est fort possible que les plans de commercialisation des œufs en vigueur dans les provinces de destination où les intimés souhaitent exporter leurs œufs aient pour effet d'empêcher tout nouveau producteur d'obtenir un quota. Dans ce cas, le régime national de commercialisation des œufs n'aurait, en pratique, aucun effet discriminatoire sur les intimés. En fait, conclure, en vertu de l'art. 6, à l'existence d'une distinction fondée sur l'effet juridique sur les producteurs des Territoires du Nord-Ouest pourrait, en pratique, les favoriser par rapport aux nouveaux producteurs des provinces de destination, plutôt que les défavoriser. Tandis que les nouveaux producteurs des provinces de destination seraient en pratique — quoique non en droit — empêchés d'obtenir un quota pour leurs œufs, les intimés allèguent que les producteurs des Territoires du Nord-Ouest en l'espèce auraient droit à un tel quota sur la seule foi d'une conclusion que l'effet juridique du plan actuel les défavorise. Loin de constituer un désavantage fondé sur la province de résidence, cela équivaudrait à un avantage pratique fondé sur le seul lieu de résidence. En fait, une telle situation équivaut également à un avantage sur le plan juridique dans la mesure où les nouveaux producteurs des provinces de destination n'ont pas droit à un tel quota, mais ont seulement le droit d'en faire la demande, au même titre que tout autre nouveau producteur; par contre, ces producteurs des Territoires du Nord-Ouest, du fait qu'ils sont les seuls producteurs de ce ressort, font valoir qu'ils ont droit à ce quota en vertu de l'art. 6 de la *Charte*. Ce sont là des possibilités et non pas des faits établis; cependant, l'omission des intimés de prouver qu'ils sont défavorisés en pratique comparativement aux nouveaux producteurs de l'une ou l'autre des provinces de destination ou de l'ensemble de ces provinces affaiblit considérablement leur argument selon lequel les effets nocifs

dence of this legislative scheme have come to outweigh its valid purpose.

101 This lacuna in the evidence seriously undermines the significance of the finding in the Court of Appeal, *supra*, at p. 231, that "the present regime, vis-à-vis the person who produces in the Northwest Territories, does not regulate, it prohibits". The relevance of a finding of prohibition is simply that the effects of a legislative scheme may be so grossly disproportionate as to displace the valid objectives of the legislation as its primary matter. However, if new producers in other provinces are also practically prohibited from marketing eggs interprovincially, then a finding of prohibition loses its sting.

102 In conclusion, we have found that the general purposes of the national egg marketing scheme are valid, and that the use of historical production patterns as a means of allocating quotas furthers those purposes. The exclusion of the Northwest Territories from a national interprovincial marketing quota is simply an application of that valid principle. The respondents have failed to establish that the actual effects of the scheme as they relate to province of residence displace the valid legislative purposes discussed as the dominant feature of the scheme. Under these circumstances, we find no violation of the right of mobility contained in ss. 6(2)(*b*) and 6(3)(*a*). In particular, the discrimination in this case cannot be said to be "primarily on the basis of . . . present . . . residence".

103 In view of the above conclusions, we find it unnecessary to consider the subsidiary issue of whether Northwest Territories producers could be given an overbase quota under s. 4(1) of Part II of the Schedule of the *CEMA Proclamation*.

de ce régime législatif qui résultent du lieu de résidence en sont venus à supplanter son objet valide.

Cette lacune de la preuve mine sérieusement l'importance de la conclusion de la Cour d'appel, à la p. 231, selon laquelle [TRADUCTION] «le régime actuel, en ce qui concerne le producteur des Territoires du Nord-Ouest, ne réglemente pas, il interdit». La conclusion qu'il y a interdiction est seulement pertinente en ce sens que les effets d'un régime législatif peuvent être exagérément disproportionnés au point de supplanter les objectifs valides qui en sont la matière principale. Cependant, s'il est également interdit, en pratique, aux nouveaux producteurs d'autres provinces de commercialiser leurs œufs sur le marché interprovincial, la conclusion à l'existence d'une interdiction n'a plus d'impact.

Pour terminer, nous avons conclu que les objets généraux du régime national de commercialisation des œufs sont valides et que l'utilisation des antécédents de production en tant que moyen d'attribuer des quotas en favorise la réalisation. L'exclusion des Territoires du Nord-Ouest d'un système national d'attribution de quotas de commercialisation sur le marché interprovincial n'est qu'une application de ce principe valide. Les intimés n'ont pas établi que les effets concrets du régime, dans la mesure où ils sont liés à la province de résidence, supplantent ses objectifs valides décrits comme étant sa caractéristique principale. Dans ces circonstances, nous concluons à l'absence de violation de la liberté de circulation et d'établissement garantie aux al. 6(2)*b*) et 6(3)*a*). En particulier, on ne peut pas dire que la distinction en cause dans la présente affaire est «fondée principalement sur [le lieu] de résidence [. . .] actue[l]».

Vu les conclusions susmentionnées, nous jugeons inutile d'examiner la question subsidiaire de savoir si un quota supplémentaire pourrait être attribué aux producteurs des Territoires du Nord-Ouest en vertu du par. 4(1) de la partie II de l'annexe de la *Proclamation visant l'OCCO*.

(2) Freedom of Association

Hunt J.A. in the Court of Appeal found that there had been a violation of the freedom of association contained in s. 2(*d*) of the *Charter* on two distinct grounds. By one train of reasoning, she found that since the respondents' mobility rights protected their interprovincial marketing of eggs; their freedom of association in this case was simply ancillary to that constitutionally protected activity. Given the findings above, this reasoning is no longer valid. The other basis for finding a breach of s. 2(*d*) was that the activity of trading in eggs is intrinsic to the very act of association. Hunt J.A. rejected the applicability of previous jurisprudence which had distinguished between the goals of an association, and the associational activity itself. Such an approach would render the freedom to associate meaningless in this case "because . . . it is the association itself that is the activity" (p. 225). Since it is impossible to "market eggs by oneself" (p. 224), considering the legality of the activity if performed alone is an inappropriate litmus test for determining whether this associational activity is comprehended by s. 2(*d*). If it is necessary to associate with others to do something, then the right in s. 2(*d*) reaches beyond protecting the act of associating to protect the very activity for which the association is formed, an activity which is described as "foundational" to the association. The problem with this argument is that in this case it is not so much the activity that is foundational to the association as it is the association that is foundational to the activity. It is the activity that the respondents seek to cloak with the protection of s. 2(*d*); any association with others is merely a means to an end.

The fact that the association is but a means to an end is not immediately fatal to the respondents' case, because associations normally are a means to an end. As McIntyre J. noted in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 ("*Alberta Reference*"), the right protected by s. 2(*d*) derives from the fact that "the

(2) La liberté d'association

Le juge Hunt de la Cour d'appel a conclu que la liberté d'association garantie à l'al. 2*d*) de la *Charte* avait été violée de deux façons distinctes. Dans un premier temps, elle a décidé qu'étant donné que la liberté de circulation et d'établissement des intimés protégeait leur droit de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial, leur liberté d'association en l'espèce était simplement subordonnée à cette activité protégée par la Constitution. Vu les conclusions tirées plus haut, ce raisonnement n'est plus valable. L'autre motif de conclure à l'existence d'une violation de l'al. 2*d*) était que l'activité du commerce des œufs est indissociable du fait même de s'associer. Le juge Hunt a conclu à l'inapplicabilité de la jurisprudence qui avait établi une distinction entre les buts d'une association et l'activité associative même. Un tel point de vue ferait perdre son sens à la liberté de s'associer en l'espèce [TRADUCTION] «parce que . . . c'est l'association même qui constitue l'activité» (p. 225). Vu qu'il est impossible de [TRADUCTION] «se livrer seul à la commercialisation des œufs» (p. 224), l'examen de la légalité de l'activité exercée par une personne seule n'est pas un test décisif approprié pour déterminer si cette activité associative est visée par l'al. 2*d*). S'il est nécessaire de s'associer avec autrui pour faire quelque chose, alors le droit garanti à l'al. 2*d*) va au-delà de la protection de l'acte d'association et protège également l'activité même pour laquelle l'association est formée et qui est décrite comme étant «à la base» de l'association en cause. Le problème que pose cet argument, c'est qu'en l'espèce ce n'est pas tant l'activité qui est à la base de l'association, que l'association qui est à la base de l'activité. C'est sur l'activité que les intimés cherchent à attirer la protection de l'al. 2*d*); toute association avec autrui n'est qu'un moyen d'atteindre un but. 104

Le fait que l'association ne soit qu'un moyen d'atteindre un but ne porte pas aussitôt un coup fatal aux prétentions des intimés, parce que les associations constituent normalement un moyen d'atteindre un but. Comme l'a fait observer le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 105

attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others" (p. 395). However, underlying the cases on s. 2(*d*) is the proposition that freedom of association protects only the associational aspect of activities, not the activity itself. If the activity is to be protected by the Constitution, that protection must be found elsewhere than in s. 2(*d*).

106 When considering the scope of freedom of association, McIntyre J. examined six possible approaches. The first comes from *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538 (P.C.). Under this approach, freedom of association is freedom to associate with others for common-interest objects which can range from religious to economic. But these objects are themselves not protected: "freedom to associate confers neither right nor licence for a course of conduct or for the commission of acts which in the view of Parliament are inimical to the peace, order and good government of the country" (p. 399). The second approach to freedom of association guarantees the freedom to exercise constitutional rights collectively. Thus where the objects of the association are themselves constitutionally protected, freedom of association protects the right to pursue the objects of association which have constitutional protection. Under the third approach, individuals have the freedom to associate to do what they may lawfully do alone, but, conversely, the act of associating does not create a right to do what is unlawful if done alone. The fourth approach goes still further to protect "collective activities which may be said to be fundamental to our culture and traditions and which by common assent are deserving of protection" (p. 401). The fifth approach holds that s. 2(*d*) extends constitutional protection to all activities that are essential to the lawful goals of an association. The sixth approach goes even further: it holds that s. 2(*d*) protects all acts done in association, subject only to limitation under s. 1. This was the approach of Bayda C.J.S. in *Re Retail, Wholesale & Department Store Union and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609

313 (*«Renvoi relatif à l'Alberta»*), le droit garanti par l'al. 2*d*) découle du fait que «pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui» (p. 395). Il ressort cependant de la jurisprudence relative à l'al. 2*d*) que la liberté d'association ne protège que l'aspect collectif de l'activité, non pas l'activité elle-même. Si l'activité doit être protégée par la Constitution, cette protection doit se trouver ailleurs qu'à l'al. 2*d*).

En analysant la portée de la liberté d'association, le juge McIntyre a examiné six conceptions possibles. Selon la première conception qui provient de l'arrêt *Collymore c. Attorney-General*, [1970] A.C. 538 (C.P.), la liberté d'association est la liberté de s'associer à autrui pour réaliser des objectifs communs, qui peuvent aller d'objectifs religieux à des objectifs économiques. Mais ces objectifs ne sont pas eux-mêmes protégés: [TRADUCTION] «la liberté d'association ne confère ni le droit ni l'autorisation d'avoir un comportement ou d'accomplir des actes qui de l'avis du Parlement sont défavorables à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du pays» (p. 399). Selon la deuxième conception, la liberté d'association garantit la liberté d'exercer collectivement des droits constitutionnels. Ainsi, lorsque les objectifs de l'association sont eux-mêmes protégés par la Constitution, la liberté d'association protège aussi le droit de poursuivre les objectifs de l'association qui jouissent de la protection constitutionnelle. Suivant la troisième conception, les gens ont la liberté de s'associer pour accomplir ce qu'ils peuvent licitement accomplir seuls mais, à l'inverse, le fait de s'associer ne donne pas le droit d'accomplir ce qu'il est illicite d'accomplir seul. La quatrième conception va encore plus loin et protège les «activités collectives qu'on pourrait qualifier de fondamentales dans notre culture et selon nos traditions et qui, d'un commun accord, méritent protection» (p. 401). La cinquième conception veut que l'al. 2*d*) accorde la protection constitutionnelle à toutes les activités essentielles à la réalisation des objectifs licites d'une association. La sixième conception va plus loin encore: elle veut que l'al. 2*d*) protège tous les actes accomplis collectivement, sous

(Sask. C.A.): "Where an act by definition is incapable of individual performance, he is free to perform the act in association provided the mental component of the act is not to inflict harm" (p. 620). The resemblance of this passage to the *ratio* expressed by Hunt J.A. is striking. McIntyre J. rejected the fourth, fifth and sixth approaches.

réserve seulement des limites prévues à l'article premier. C'est celle que le juge en chef Bayda a adoptée dans *Re Retail, Wholesale & Department Store Union and Government of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (C.A. Sask.): [TRADUCTION] «Lorsque, par définition, un acte n'est pas susceptible d'être accompli par une seule personne, celle-ci est libre de s'associer pour l'accomplir, pourvu que l'acte n'ait pas pour but de causer un préjudice» (p. 620). La ressemblance entre ce passage et le raisonnement exprimé par le juge Hunt est frappante. Le juge McIntyre a rejeté les quatrième, cinquième et sixième conceptions.

In rejecting the fourth approach, McIntyre J. noted at p. 406 that

> [t]he purpose of freedom of association is to ensure that various goals may be pursued in common as well as individually. Freedom of association is not concerned with the particular activities or goals themselves; it is concerned with how activities or goals may be pursued.

107 En rejetant la quatrième conception, le juge McIntyre souligne, à la p. 406, que

> [l]a liberté d'association a pour objet d'assurer que diverses fins puissent être poursuivies en commun aussi bien qu'individuellement. La liberté d'association n'a rien à voir avec les activités ou fins elles-mêmes; elle concerne la manière dont ces activités ou ces fins peuvent être poursuivies.

McIntyre J. found that the fifth approach rejected the individual nature of the right (p. 404). Earlier, he had found that the right belonged to individuals, not the associations they form. The fifth approach, however, would

> accord an independent constitutional status to the aims, purposes, and activities of the association, and thereby confer greater constitutional rights upon members of the association than upon non-members. It would extend *Charter* protection to all the activities of an association which are essential to its lawful objects or goals, but, it would not extend an equivalent right to individuals. The *Charter* does not give, nor was it ever intended to give, constitutional protection to all the acts of an individual which are essential to his or her personal goals or objectives.

108 Le juge McIntyre a conclu que la cinquième conception rejette la nature individuelle du droit en cause (p. 404). Auparavant, il avait jugé que ce droit appartenait aux individus, non pas aux associations qu'ils forment. Cependant, cette cinquième conception reviendrait

> à attribuer un statut constitutionnel indépendant aux fins, objectifs et activités de l'association et, par conséquent, conférer des droits constitutionnels plus grands aux membres de l'association qu'à ceux qui n'en sont pas membres. Ce serait étendre la protection de la *Charte* à toutes les activités d'une association essentielles à la réalisation de ses objectifs ou buts licites, mais cela ne conférerait pas un droit équivalent aux individus. La *Charte* ne confère pas, ni n'a été conçue pour conférer, une protection constitutionnelle à tous les actes de l'individu qui lui sont essentiels pour atteindre ses buts ou objectifs personnels.

He then cites an example from an article: suppose Parliament decided to ban guns. This would not infringe any individual right. But if a group of citizens formed a gun club, their freedom of association would be violated by the ban on guns.

Il donne ensuite un exemple tiré d'un article: à supposer que le Parlement décide d'interdire les armes à feu, pareille interdiction ne porterait atteinte à aucun droit individuel. Mais si des citoyens avaient formé un club de tir, leur liberté d'association serait violée par l'interdiction. Le juge McIntyre rejette la sixième conception pour

McIntyre J. rejected the sixth approach for the same reasons. His words are apposite (at p. 405):

> For obvious reasons, the *Charter* does not give constitutional protection to all activities performed by individuals. There is, for instance, no *Charter* protection for the ownership of property, for general commercial activity, or for a host of other lawful activities. And yet, if the sixth approach were adopted, these same activities would receive protection if they were performed by a group rather than by an individual. In my view, such a proposition cannot be accepted. There is simply no justification for according *Charter* protection to an activity merely because it is performed by more than one person.

109 Le Dain J., writing also for Beetz and La Forest JJ., explicitly rejected the very proposition enunciated by Hunt J.A. in the present case, namely, that unless freedom of association also protected the activities and objects of associations it would be empty and meaningless (at p. 391). He commented further that the question was

> whether [the] particular activity of an association in pursuit of its objects is to be constitutionally protected or left to be regulated by legislative policy. The rights for which constitutional protection sought — the modern rights to bargain collectively and to strike, involving correlative duties or obligations resting on an employer — are not fundamental rights or freedoms. They are the creation of legislation, involving a balance of competing interests in a field which has been recognized by the courts as requiring specialized expertise.

It cannot be said that freedom of contract and trade is a modern notion. Nevertheless, the regulation of trade, and in particular, trade in agricultural commodities, is an exercise that involves a balance of competing interests that requires specialized expertise. Yet the effect of the respondents' submissions would be to constitutionalize all commercial relationships under the rubric of freedom of association. There is no trade or profession that can be exercised entirely by oneself. Following the reasoning of the Court of Appeal, all forms of government regulation of the economy that affect the ability of individuals to trade would, at least *prima facie*, infringe s. 2(*d*) and require justification

les mêmes raisons. Ses propos sont pertinents (à la p. 405):

> Pour des raisons évidentes, la *Charte* ne confère pas de protection constitutionnelle à toutes les activités exercées par des individus. Par exemple, aucune protection n'est conférée par la *Charte* au droit de propriété, aux activités commerciales en général ni à une foule d'autres activités licites. Et pourtant, si l'on devait adopter la sixième conception, ces mêmes activités bénéficieraient d'une protection quand elles seraient exercées par un groupe plutôt que par un individu. À mon avis, cela ne saurait être accepté. Il n'y a tout simplement rien qui justifie d'accorder la protection de la *Charte* à une activité simplement parce qu'elle est exercée par plus d'une personne.

Le juge Le Dain, s'exprimant également au nom des juges Beetz et La Forest, a explicitement rejeté la proposition énoncée par le juge Hunt en l'espèce, à savoir que la liberté d'association serait vide de sens si elle ne protégeait pas aussi les activités et les objectifs des associations. Il a ajouté, à la p. 391, que la question était

> de savoir si une activité particulière qu'exerce une association en poursuivant ses objectifs, doit être protégée par la Constitution ou faire l'objet d'une réglementation par voie de politiques législatives. Les droits au sujet desquels on réclame la protection de la Constitution, savoir les droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève, qui comportent pour l'employeur des responsabilités et obligations corrélatives, ne sont pas des droits ou libertés fondamentaux. Ce sont des créations de la loi qui mettent en jeu un équilibre entre des intérêts opposés dans un domaine qui, les tribunaux l'ont reconnu, exige une compétence spéciale.

On ne peut dire que la liberté de contracter et de commercer est un concept moderne. N'empêche que la réglementation du commerce, en particulier du commerce des denrées agricoles, comporte une pondération d'intérêts opposés qui exige une compétence spéciale. Pourtant, les arguments des intimés auraient pour effet de constitutionnaliser tous les rapports commerciaux sous la rubrique de la liberté d'association. Il n'est pas un seul commerce ou profession qu'une personne peut exercer seule. Selon le raisonnement de la Cour d'appel, toute forme de réglementation gouvernementale de l'économie qui affecte l'aptitude des gens à commercer violerait, au moins à première vue, l'al. 2*d*)

under s. 1. As William Shores noted in a comment on the Court of Appeal's decision in the case at bar:

> An interpretation of the freedom of association that protects trade expands the role of the *Charter* in protecting commercial activity far beyond anything recognized by the courts to date. Such an interpretation will provide a sharp weapon for attack on a wide range of regulatory systems.

("Walking Onto an Unfamiliar Playing Field — Expanding the Freedom of Association to Cover Trade" (1996), 6 *Reid's Administrative Law* 1.)

In the *Alberta Reference*, Dickson C.J., with the concurrence of Wilson J., would have adopted a broader interpretation of freedom of association. But he stopped short of extending the right to cover all activities done in association. At p. 366, he noted that the freedom is

> not an unlimited constitutional licence for all group activity. The mere fact that an activity is capable of being carried out by several people together, as well as individually, does not mean that the activity acquires constitutional protection from legislative prohibition or regulation.

Dickson C.J. also discussed certain indicia of when the freedom to associate has been restricted. For instance, if the legislature permits individuals to engage in a certain activity but forbids it to associations, the legislation attacks the collective or associational aspect of the activity. By the same token, if the legislature forbids both individuals and associations alike from engaging in a certain activity, the likely conclusion is that this is a *bona fide* prohibition that does not target the associational aspect of the activity.

Although the various judgments in the *Alberta Reference* are not at one on the precise scope of freedom of association, they all agree that it remains essential to distinguish between the associational aspect of the activity and the activity itself. This essential distinction has been the basis

et devrait être justifiée au sens de l'article premier. Comme l'a noté William Shores dans un commentaire de l'arrêt rendu, en l'espèce, par la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] L'interprétation de la liberté d'association qui protège le commerce élargit le rôle de la *Charte* en protégeant l'activité commerciale bien au-delà de tout ce qui a été reconnu jusqu'à ce jour par les tribunaux. Pareille interprétation constituerait une arme puissante contre une vaste gamme de régimes de réglementation.

(«Walking Onto an Unfamiliar Playing Field — Expanding the Freedom of Association to Cover Trade» (1996), 6 *Reid's Administrative Law* 1.)

110 Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge en chef Dickson, avec l'appui du juge Wilson, aurait adopté une interprétation plus large de la liberté d'association. Cependant, il s'est abstenu d'élargir la portée de ce droit de manière à l'appliquer à toutes les activités exercées collectivement. Cette liberté, fait-il observer, à la p. 366, n'est

> pas [. . .] une autorisation constitutionnelle illimitée pour toute activité collective. Le simple fait qu'une activité puisse être exercée par plusieurs personnes ensemble, aussi bien qu'individuellement, ne signifie pas que cette activité se voit conférer une protection constitutionnelle contre toute interdiction ou réglementation législative.

Le juge en chef Dickson a aussi analysé certains signes qu'il y a restriction de la liberté d'association. Par exemple, si le législateur permet aux individus d'exercer une certaine activité qu'il interdit aux associations d'exercer, la mesure législative prise s'en prend à l'aspect collectif de l'activité. Dans le même ordre d'idées, si le législateur interdit à la fois aux individus et aux associations d'exercer une certaine activité, on peut vraisemblablement conclure qu'il s'agit là d'une interdiction de bonne foi qui ne vise pas l'aspect collectif de l'activité.

111 Bien que les différents motifs de jugement prononcés dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* ne s'accordent pas sur la portée exacte de la liberté d'association, ils précisent tous qu'il demeure essentiel de distinguer l'aspect collectif d'une activité de l'activité elle-même. On s'est fondé sur cette dis-

for subsequent cases. Thus, for instance, in *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, the Court found that the *Criminal Code* provision prohibiting communications in a public place for the purposes of prostitution did not offend s. 2(*d*) of the *Charter* because, although such an exchange contemplates an association of the parties, the target of the legislation was not the association *per se*, but the expressive conduct of communicating for the purposes of prostitution.

112 In *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, *supra*, Sopinka J. drew (at p. 402) four propositions from the *Alberta Reference*. They are:

> . . . first, that s. 2(*d*) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(*d*) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(*d*) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(*d*) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals.

L'Heureux-Dubé J. agreed that s. 2(*d*) was not meant to accord constitutional protection to any object of an association whose fulfilment is fundamental to the existence of the association. As she noted at p. 392, "It is always the case, or at least generally so, that the objects of an association are pivotal to its existence." We find that this case falls squarely within the second proposition defined by Sopinka J.

113 Moreover, the converse of the fourth proposition, which is that s. 2(*d*) does not create a right to do in association what is unlawful for an individual to do, also applies. Thus, whether it is said that the activity is foundational to the association or that the association is foundational to the activity, it comes to the same thing: what is being attempted is to bring under constitutional protection activities that are not constitutionally protected when done by individuals, simply by virtue of the fact that individuals have associated for the purpose of carrying on these activities.

tinction essentielle dans des affaires subséquentes. Ainsi, par exemple, dans *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, la Cour a conclu que la disposition du *Code criminel* qui interdit la communication en public à des fins de prostitution ne contrevenait pas à l'al. 2*d*) de la *Charte* parce que, même si un tel échange envisageait une association de parties, la mesure législative visait non pas l'association en soi, mais la communication expressive à des fins de prostitution.

Dans l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, précité, le juge Sopinka a dégagé (à la p. 402) les quatre propositions suivantes du *Renvoi relatif à l'Alberta*:

> . . . premièrement, l'al. 2*d*) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; deuxièmement, l'al. 2*d*) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association; troisièmement, l'al. 2*d*) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l'al. 2*d*) protège l'exercice collectif des droits légitimes des individus.

Le juge L'Heureux-Dubé a convenu que l'al. 2*d*) ne vise pas à accorder la protection constitutionnelle à un objectif quelconque d'une association dont la réalisation est essentielle à l'existence de l'association. Comme elle le fait observer, à la p. 392, «[l]es objectifs d'une association sont toujours, ou au moins généralement, au cœur de son existence.» Nous concluons que la présente affaire relève en tous points de la deuxième proposition du juge Sopinka.

En outre, l'inverse de la quatrième proposition, à savoir que l'al. 2*d*) ne crée pas le droit d'accomplir collectivement ce qu'il est interdit d'accomplir individuellement, s'applique également. Ainsi, peu importe que l'on affirme que l'activité est à la base de l'association ou que l'association est à la base de l'activité, cela revient au même: ce qu'on tente de faire, c'est d'étendre à des activités non protégées par la Constitution, si elles sont exercées par des individus, la protection constitutionnelle du seul fait que ces individus se sont associés pour les exercer.

VI. Conclusion

We would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Northwest Territories Court of Appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Do the *Canadian Egg Marketing Agency Proclamation*, C.R.C., c. 646, as amended, the *Canadian Egg Licensing Regulations, 1987*, SOR/87-242, as amended, ss. 3, 4(1), 7(1)(*d*), and 7(1)(*e*), and the *Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986*, SOR/86-8, as amended, ss. 4(1)(*a*), 5(2), 6 and 7(1), in whole or in part, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 2(*d*) and s. 6 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, can this infringement be justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

The reasons of McLachlin and Major JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

1. Introduction

I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my colleagues Iacobucci and Bastarache JJ. in this appeal. I agree that the respondents should be granted standing to argue the *Charter* issues in this appeal through an extension of the "*Big M Drug Mart* exception". However, I respectfully do not agree with my colleagues' disposition of the substantive issues of the appeal. In particular, I believe that there is a violation of s. 6(2)(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that this violation cannot be saved under either s. 6(3)(*a*) or s. 1. Given that I

VI. Conclusion

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante: 114

1. La *Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs*, C.R.C., ch. 646, et ses modifications, l'art. 3, le par. 4(1) et les al. 7(1)*d*) et 7(1)*e*) du *Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada*, DORS/87-242, et ses modifications, ainsi que l'al. 4(1)*a*), le par. 5(2), l'art. 6 et le par. 7(1) du *Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement*, et ses modifications, DORS/86-8, violent-ils, en totalité ou en partie, les droits et libertés garantis par l'al. 2*d*) et l'art. 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Dans l'affirmative, cette violation peut-elle être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

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

Version française des motifs des juges McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

1. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de jugement rédigés en l'espèce par mes collègues les juges Iacobucci et Bastarache. Je suis d'accord pour dire qu'il y a lieu d'accorder aux intimés la qualité pour débattre les questions relatives à la *Charte canadienne des droits et libertés*, par le biais d'une extension de l'«exception de l'arrêt *Big M Drug Mart*». En toute déférence, cependant, je ne souscris pas à la façon dont mes collègues tranchent les questions de fond soulevées dans le présent pourvoi. En particulier, je crois qu'il y a violation de l'al. 6(2)*b*) de la *Charte* et qu'une telle violation ne saurait être sauvegardée ni en vertu de l'al. 6(3)*a*) ni en vertu de l'article premier. Étant donné que je conclus que la mesure législative contestée est 115

find the impugned legislation is invalid under s. 6, I do not propose to deal with the s. 2(*d*) arguments.

116 This appeal requires the Court to define the ambit of the mobility rights guaranteed to Canadians by s. 6 of the *Charter*. At issue is whether the federal egg marketing scheme violates s. 6 of the *Charter* by prohibiting people who produce eggs in the Northwest Territories from engaging in the interprovincial and export trade of eggs: *Canadian Egg Marketing Agency Proclamation*, C.R.C., c. 646; *Canadian Egg Licensing Regulations, 1987*, SOR/87-242, ss. 3, 4(1), 7(1)(*d*) and 7(1)(*e*); *Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986*, SOR/86-8, ss. 4(1)(*a*), 5(2), 6 and 7(1). In my view, the egg marketing scheme violates s. 6 by excluding residents in the Yukon and the Northwest Territories from the interprovincial and export trade of eggs, a right enjoyed by residents in other provinces.

117 In broad compass, s. 6 of the *Charter* is designed to prevent provinces or the federal government from passing laws or adopting practices that impinge on the right of Canadian citizens and landed residents to pursue their living anywhere in Canada. Its aim, broadly put, is to prevent the provinces and the federal government from setting up barriers to earning a living based primarily upon provincial boundaries. Governments may impinge incidentally on the right to cross provincial borders in pursuit of some broader goal. But if regulation on the basis of provincial boundaries is the only or prime object or effect of a government law or practice, the law will fall under s. 6, subject to the equalization provision of s. 6(4). The egg marketing scheme at issue on this appeal sets up a barrier to pursuing a living producing eggs, on the basis of the boundary of the Northwest Territories. That barrier is not incidental to some larger purpose nor saved under any of the exceptions to the s. 6 right. It therefore violates s. 6. The violation is

invalide en vertu de l'art. 6, je ne compte pas traiter les arguments fondés sur l'al. 2*d*).

Le présent pourvoi exige de la Cour qu'elle définisse la portée de la liberté de circulation et d'établissement garantie aux Canadiens par l'art. 6 de la *Charte*. Il s'agit de savoir si le régime fédéral de commercialisation des œufs viole l'art. 6 de la *Charte* en interdisant aux producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest de faire le commerce interprovincial et international d'œufs: *Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs*, C.R.C., ch. 646; *Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada*, DORS/87-242, art. 3, par. 4(1) et al. 7(1)*d*) et 7(1)*e*); *Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement*, DORS/86-8, al. 4(1)*a*), par. 5(2), art. 6 et par. 7(1). À mon avis, le régime de commercialisation des œufs viole l'art. 6 en interdisant aux résidents du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest de faire le commerce interprovincial et international d'œufs, contrairement aux résidents des autres provinces qui, eux, jouissent de ce droit.

De façon générale, l'art. 6 de la *Charte* vise à empêcher les provinces ou le gouvernement fédéral d'adopter des lois ou des usages qui empiètent sur le droit des citoyens canadiens et des personnes ayant obtenu le droit d'établissement de gagner leur vie n'importe où au Canada. Il a pour objectif général d'empêcher les provinces et le gouvernement fédéral de créer des obstacles, fondés principalement sur des frontières provinciales, à la capacité de gagner sa vie. Les gouvernements peuvent, dans la poursuite d'un objectif plus général, empiéter de manière accessoire sur le droit de circuler d'une province à l'autre. Cependant, si la réglementation fondée sur des frontières provinciales constitue l'unique ou le principal objet ou effet d'une loi ou d'un usage gouvernemental, la loi relèvera de l'art. 6, sous réserve de la disposition visant la promotion de l'égalité prévue au par. 6(4). Le régime de commercialisation des œufs en cause dans le présent pourvoi crée un obstacle, fondé sur les frontières des Territoires du Nord-Ouest, à la capacité de gagner sa vie en produisant des œufs. Cet obstacle ne découle pas

not justified under s. 1 of the *Charter*. It follows that the scheme must fall.

2. The Legislative Scheme and the Facts

In light of the detailed description by Iacobucci and Bastarache JJ., I need not set out the facts and history of the marketing scheme. Suffice it to note that the scheme, while set up by the Parliament of Canada in the exercise of its federal power, was designed and is controlled by provincial and egg marketing interests. When it was set up, no one was in the egg production business in the Northwest Territories or the Yukon; hence they were not included. That is no longer the case. For 16 years, the Northwest Territories have been negotiating for inclusion. Evidently it is not in the interests of the provincial producers and exporters who control the scheme to admit new competitors. While a Memorandum of Agreement has been reached that may result in the inclusion of the Northwest Territories in the scheme in the near future, as of yet the Northwest Territories have been unable to obtain entry into the scheme. Absent entry, no eggs can be exported from the Northwest Territories for interprovincial or international trade.

The legislative scheme thus creates an impasse which makes it effectively impossible for the respondents to carry on the business of egg production for interprovincial and export trade in the Northwest Territories, where they choose to live. The respondent Richardson's story illustrates the problem. He formerly carried on the egg production business in Alberta. He decided to move across the border to Hay River in the Northwest Territories and carry on his business there. Having established his operations, he found that he could not engage in interprovincial or export trade of eggs because the egg marketing scheme permits only producers in provinces belonging to the scheme to engage in interprovincial and export trade. The only way Richardson can carry on his

accessoirement de quelque objectif plus général et n'est pas non plus sauvegardé par l'une ou l'autre des exceptions au droit garanti à l'art. 6. Il viole donc l'art. 6. Cette violation n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Il s'ensuit que le régime doit tomber.

2. Le régime législatif et les faits

Vu la description détaillée qu'en font les juges Iacobucci et Bastarache, je n'ai pas à exposer les faits et l'historique du régime de commercialisation. Il suffit de souligner que le régime, bien qu'établi par le Parlement du Canada en vertu de sa compétence fédérale, a été conçu et est contrôlé par des représentants des provinces et du secteur de la commercialisation des œufs. Lorsque ce régime a été établi, les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon n'ont pas été inclus parce que la production commerciale d'œufs y était inexistante. Ce n'est plus le cas. Les Territoires du Nord-Ouest négocient depuis 16 ans afin d'y adhérer. De toute évidence, il n'est pas dans l'intérêt des producteurs et exportateurs des provinces, qui contrôlent le régime, d'accepter de nouveaux concurrents. Malgré la signature d'un protocole d'entente susceptible d'aboutir à leur adhésion au régime dans un proche avenir, les Territoires du Nord-Ouest ont jusqu'à maintenant été incapables d'y adhérer. Sans cette adhésion, les Territoires du Nord-Ouest ne peuvent pas exporter des œufs à des fins de commerce interprovincial ou international. 118

Le régime législatif crée donc une impasse qui empêche effectivement les intimés de produire des œufs dans les Territoires du Nord-Ouest, où ils ont établi leur résidence, dans le but d'en faire le commerce interprovincial et international. Le cas de l'intimé Richardson illustre bien le problème. Il se livrait auparavant à la production commerciale d'œufs en Alberta. Il a décidé de déménager de l'autre côté de la frontière à Hay River, dans les Territoires du Nord-Ouest, afin d'y exploiter son entreprise. Une fois installé, il a découvert qu'il ne pouvait pas faire le commerce interprovincial ou international d'œufs, parce que le régime de commercialisation des œufs n'autorise à le faire que des producteurs des provinces qui en font partie. La seule façon dont Richardson peut gagner sa vie 119

livelihood, without disadvantage, under the scheme is to move his production facilities back to Alberta or another province.

120 The respondent Pineview Products Ltd. has a different but similar story. It is co-owned by the aboriginal people of the Dene nation. Through egg production for interprovincial trade, they seek to provide a living for themselves. The legislative scheme, however, effectively forbids their effort. To pursue their business, they would be obliged to move their production facilities away from their ancestral lands to one of the provinces.

121 The effect of the legislative scheme is to exclude the Northwest Territories and the Yukon from a business carried out in every other part of Canada — the production of eggs for interprovincial and export trade. The issue is whether this violates the guarantee of s. 6(2)(*a*) and (*b*) of the *Charter* that every citizen or permanent resident of Canada has the right to "take up residence in any province" and to "pursue the gaining of a livelihood in any province", a term which by virtue of s. 30 of the *Charter* includes the Northwest Territories.

3. The Purpose of Section 6 of the *Charter*

122 Section 6 enshrines the right of Canadian citizens and permanent residents to pursue a living wherever in the country they choose without undue government interference. It has two purposes, one collective, one individual: (1) to promote economic union among the provinces; and (2) to ensure to all Canadians one of the fundamental incidents of citizenship: the right to travel throughout the country, to choose a place of residence anywhere within its borders, and to pursue a livelihood, all without regard to provincial boundaries. These purposes are related. The individual right of citizens and permanent residents of Canada to reside and pursue the gaining of a living in any province is the private correlative of the collective interest in a unified economy.

sans être désavantagé par le régime consiste à ramener son entreprise en Alberta ou à l'établir dans une autre province.

Le cas de l'intimée Pineview Products Ltd. est différent mais similaire. Il s'agit d'une entreprise dont les autochtones de la Nation dénée sont copropriétaires. Ils tentent de gagner leur vie en produisant des œufs destinés au commerce interprovincial. Cependant, le régime législatif leur interdit effectivement de le faire. Pour poursuivre leur entreprise, ils devraient la déplacer de leurs terres ancestrales pour l'établir dans l'une des provinces.

Le régime législatif a pour effet d'exclure les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon d'une activité exercée dans toutes les autres régions du Canada, soit la production d'œufs destinés au commerce interprovincial et international. Il s'agit de savoir si cela viole la garantie des al. 6(2)*a*) et *b*) de la *Charte*, selon laquelle tout citoyen canadien ou tout résident permanent du Canada a le droit d'«établir [sa] résidence dans toute province» et de «gagner [sa] vie dans toute province», un terme qui, en vertu de l'art. 30 de la *Charte*, désigne également les Territoires du Nord-Ouest.

3. L'objet de l'art. 6 de la *Charte*

L'article 6 consacre le droit des citoyens canadiens et des résidents permanents du Canada de gagner leur vie n'importe où au pays, sans ingérence indue de la part du gouvernement. Il a deux objets, l'un collectif et l'autre, individuel: (1) promouvoir l'union économique des provinces, et (2) garantir à chaque Canadien l'un des attributs fondamentaux de la citoyenneté: le droit de se déplacer dans tout le pays, de choisir son lieu de résidence n'importe où à l'intérieur de ses frontières et de gagner sa vie, sans égard aux frontières provinciales. Ces objectifs sont connexes. Le droit des citoyens canadiens et des résidents permanents du Canada de résider et de gagner leur vie dans toute province est le pendant, sur le plan individuel, de l'intérêt de la collectivité à ce que l'économie soit unifiée.

The goal of promoting economic union between the provinces is not a new one. From the time of Confederation, Canada's constitutional framers have sought to ensure that, despite its federal structure, Canada would have a national economy: *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pp. 608-9. The current constitutional structure represents a historical compromise between regional interests and the vision of economic union. In broad outline, s. 121 of the *Constitution Act, 1867* permits legislation which incidentally impinges on the flow of goods and services across provincial boundaries, but prohibits legislation that in "essence and purpose is related to a provincial boundary": *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, at p. 642, *per* Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1268, *per* Laskin C.J. interpreting s. 121. Section 6 of the *Charter* further pursues the aim of economic unity. As John B. Laskin wrote in "Mobility Rights under the *Charter*" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 89, at p. 93, "it was concern about the economic balkanization of Canada that was largely responsible for the inclusion in the Charter of provisions relating to interprovincial mobility".

123 L'objectif de promotion de l'union économique des provinces n'est pas nouveau. Depuis l'avènement de la Confédération, les rédacteurs de la Constitution canadienne ont voulu garantir que, malgré sa structure fédérale, le Canada possède une économie nationale: *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, aux pp. 608 et 609. La structure actuelle de la Constitution représente un compromis historique entre les intérêts régionaux et la vision d'une union économique. En gros, l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet d'adopter des mesures législatives qui touchent, de manière accessoire, à la circulation des biens et services d'une province à l'autre, mais il interdit celles [TRADUCTION] «reliée[s], en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales»: *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, à la p. 642, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, à la p. 1268, le juge en chef Laskin qui interprétait alors l'art. 121. L'article 6 de la *Charte* vise aussi à atteindre l'objectif d'unité économique. Comme l'a écrit John B. Laskin dans «Mobility Rights under the *Charter*» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 89, à la p. 93, [TRADUCTION] «c'est la crainte de la balkanisation économique du Canada qui explique, en grande partie, l'inclusion, dans la Charte, de dispositions traitant de la libre circulation d'une province à l'autre».

The second purpose of s. 6 is the obverse of the first, collective purpose: to accord to citizens and permanent residents the right to travel throughout the country, to choose a place of residence anywhere within its borders, and to pursue a livelihood, all without regard to provincial boundaries. "Inhering in citizenship is the right to reside wherever one wishes in the country and to pursue the gaining of a livelihood without regard for provincial boundaries": *Black*, *supra*, at p. 612, *per* La Forest J. Personal mobility is not just a function of citizenship, but a basic human right:

124 Le deuxième objet de l'art. 6 est la contrepartie de son premier objet qui est de nature collective: il s'agit de conférer aux citoyens et aux résidents permanents le droit de se déplacer dans tout le pays, de choisir leur lieu de résidence n'importe où à l'intérieur de ses frontières et de gagner leur vie, sans égard aux frontières provinciales. «La citoyenneté comporte le droit inhérent de résider n'importe où dans le pays et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales»: *Black*, précité, à la p. 612, le juge La Forest. La libre circulation des personnes est non seulement un attribut de la citoyenneté, mais encore un droit fondamental de la personne:

A human being possesses these rights simply because he is a human being. If the government were to dictate to individuals where they must live, we would regard that

[TRADUCTION] L'être humain possède ces droits simplement parce qu'il est un être humain. Si le gouvernement devait imposer aux gens l'endroit où ils doivent vivre,

as a serious intrusion into personal freedom. It would prevent those individuals from living in their communities of preference, which could isolate them from the habits, customs, and cultural ties which are essential to their identity.

(T. Lee and M. J. Trebilcock, "Economic Mobility and Constitutional Reform" (1987), 37 *U.T.L.J.* 268, at p. 301.)

125 The goal of protecting individual rights recasts the goal of economic union in the legal language of discrimination. It focuses on the individual's right not to be discriminated against in the pursuit of a livelihood. Like the other anti-discrimination guarantee in the *Charter*, s. 15, its purpose can be achieved only if it is interpreted generously and in a substantive rather than formal fashion. The essence of s. 6 is the right not to be discriminated against, i.e., the right to be treated equally to, or not be disadvantaged in relation to, others. As in any discrimination analysis, the key is determining who the appropriate comparators are — who are the "others" with whom the individual is entitled to be equal, in relation to whom the individual is entitled not to be disadvantaged? Artificial differences which place the individual in a class of her own must be avoided: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. The reality or "substance" of the individual's situation, as compared with others in relation to the purpose and goal of the anti-discrimination provision, must be seized.

126 These observations underline the central importance of s. 6 of the *Charter* in the Canadian constitutional scheme. A federation must of necessity maintain a balance between the right of all citizens to live and work in any part of the country, which in a very real sense belongs to all of them, and the right of governments to regulate trade, employment, business and professions within their boundaries. Legislation, provincial as well as federal, may impinge on the pursuit of a livelihood in any part of the country in a myriad of ways. Section 6

nous considérerions cela comme une grave violation de leur liberté. Cela les empêcherait de vivre dans les collectivités de leur choix, ce qui pourrait les isoler des habitudes, coutumes et liens culturels qui sont essentiels à leur identité.

(T. Lee et M. J. Trebilcock, «Economic Mobility and Constitutional Reform» (1987), 37 *U.T.L.J.* 268, à la p. 301.)

L'objectif de protection des droits individuels recourt au langage juridique de la discrimination pour reformuler l'objectif d'union économique. Il met l'accent sur le droit de l'individu de ne pas être victime de discrimination dans sa capacité de gagner sa vie. Comme pour l'autre disposition interdisant toute discrimination, l'art. 15 de la *Charte*, cet objectif ne peut être atteint que s'il reçoit une interprétation libérale axée sur le fond et non sur la forme. L'article 6 consacre essentiellement le droit de ne pas être victime de discrimination, c.-à-d. le droit d'être sur un pied d'égalité avec les autres ou de ne pas être désavantagé par rapport à ceux-ci. Comme pour toute analyse en matière de discrimination, la clé consiste à déterminer quels sont les éléments de comparaison appropriés — qui sont les «autres», ceux avec lesquels l'individu a le droit d'être sur un pied d'égalité, par rapport auxquels il a le droit de ne pas être désavantagé. Les différences artificielles qui rangent l'individu dans une catégorie à part doivent être évitées: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Il faut comprendre quelle est, en réalité ou au «fond», la situation de l'intéressé par rapport à celle d'autres personnes au regard de l'objectif visé par la disposition interdisant la discrimination.

Ces observations font ressortir l'importance fondamentale de l'art. 6 de la *Charte* dans le régime constitutionnel canadien. Toute fédération doit nécessairement maintenir un équilibre entre le droit de tous les citoyens de vivre et travailler n'importe où au pays, un droit qui leur appartient véritablement, et le droit des gouvernements de réglementer le commerce, l'emploi, les entreprises et les professions sur leur territoire. Les lois, tant provinciales que fédérales, peuvent empiéter d'innombrables façons sur le droit des gens de gagner

sets the constitutional boundaries within which it may do so.

Prior to the *Charter*, legislation that imposed trade restrictions primarily on the basis of provincial boundaries was suspect: *Murphy v. Canadian Pacific Railway*, *supra*; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*. Section 6, broadly put, adopts a similar criterion for the new right to pursue a living in any part of the country. Legislation or practices may impinge on the right to work in any part of the country where this is a necessary incident of some larger legislative objective. They may not, however, have this as their sole or primary purpose or effect.

4. The Structure of Section 6 of the *Charter*: How it Works

The structure of s. 6 reflects the tension between the goals of enhancing economic union and mobility across the country, and the constitutional reality that governments, legislating within their heads of power, may adopt measures that have an incidental balkanizing effect. This tension is expressed and accommodated through the common drafting device of setting out the right in broad, general terms in the first part of the section, and following it by a series of limitations and exceptions. It would be wrong to focus exclusively on either aspect of the section. The broad statement of rights must be read together with the limitations to seize the intent of the framers of the *Charter*: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 379.

Section 6(2)(*b*) proclaims the right to pursue a living in any part of the country in broad, untrammelled terms: "Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right . . . to pursue the gaining of a livelihood in any province". These words sweep into the net of s. 6 any law or practice which in purpose or effect creates a distinction

leur vie n'importe où au pays. L'article 6 établit les limites constitutionnelles en la matière.

127 Avant la *Charte*, les lois qui imposaient des restrictions commerciales principalement fondées sur les frontières provinciales étaient suspectes: *Murphy c. Canadian Pacific Railway*, précité; *Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité. D'une manière générale, l'art. 6 adopte un critère similaire quant au nouveau droit de gagner sa vie n'importe où au pays. Les lois ou les usages peuvent empiéter sur le droit de travailler n'importe où au pays, lorsque cela découle nécessairement d'un objectif législatif plus général. Cependant, cela ne doit pas être leur unique ou principal objet ou effet.

4. La structure de l'art. 6 de la *Charte*: la façon dont il s'applique

128 La structure de l'art. 6 reflète la tension qui existe entre les objectifs de promotion de l'union économique et de libre circulation dans tout le pays, et la réalité constitutionnelle que les gouvernements, en légiférant dans les limites de leur compétence respective, peuvent prendre des mesures ayant un effet accessoire de balkanisation. Cette tension est exprimée et prise en compte au moyen de la technique courante de rédaction qui consiste à énoncer le droit en termes généraux dans la première partie de l'article et à faire suivre cet énoncé d'une série de restrictions et d'exceptions. Il serait erroné de se concentrer exclusivement sur l'un ou l'autre aspect de l'article. Pour comprendre l'intention des rédacteurs de la *Charte*, il faut interpréter l'énoncé général des droits conjointement avec les restrictions: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 379.

129 L'alinéa 6(2)*b*) proclame, de manière générale et non restrictive, le droit de gagner sa vie n'importe où au pays: «Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit [. . .] de gagner leur vie dans toute province». Ces mots font relever de l'art. 6 toute loi ou tout usage ayant pour objet ou pour effet d'établir une distinction fondée sur la pro-

based on province of residence which impairs a person's pursuit of a particular livelihood.

130 This, however, is only the first stage of the analysis. The right to pursue the gaining of a livelihood is not an absolute right, but a limited one. It must accommodate the right of governments to legislate under their proper heads of power even where this has the incidental effect of impeding the pursuit of a livelihood on the basis of residence — the right, for example of provincial governments to legislate standards for the entry to and practice of professions and occupations. To this end, s. 6(3)(*a*) provides that s. 6(2)(*b*) rights "are subject to . . . any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence". This saves laws of general application which may incidentally discriminate on the basis of past or present residence, but do not have this discrimination as their "primary" purpose or effect. Most provincial certification, licensing and health-benefit laws caught by the broad scope of s. 6(2)(*b*) are readily saved at the second stage of s. 6(3)(*a*): P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 1053. Federal regulatory schemes also will be saved under s. 6(3)(*a*) in most cases.

131 Even this may not be the end of the story. Laws which fall within s. 6(2)(*b*) and are not saved by s. 6(3)(*a*) may still be saved by s. 6(4). This section protects any law that "has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada". In other words, laws may primarily discriminate on the basis of residence if the discrimination is aimed at improving employment in a low-employment province.

vince de résidence, qui nuit à la capacité d'une personne de gagner sa vie d'une manière particulière.

Cependant, ce n'est que la première étape de l'analyse. Le droit de gagner sa vie n'est pas un droit absolu, mais un droit limité. Il doit composer avec le droit des gouvernements de légiférer dans les limites de leur compétence respective, même si cela a pour effet accessoire d'empêcher quelqu'un de gagner sa vie en raison de son lieu de résidence — le droit, par exemple, des gouvernements provinciaux de fixer des normes régissant l'accès à des professions et à des métiers, de même que leur exercice. À cette fin, l'al. 6(3)*a*) prévoit que les droits garantis à l'al. 6(2)*b*) «sont subordonnés [. . .] aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, [si elles] n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle». Cela permet de sauvegarder les lois d'application générale qui peuvent établir, de manière accessoire, une distinction fondée sur le lieu de résidence antérieur ou actuel, mais qui n'ont pas pour objet ou pour effet «principal» d'établir une telle distinction. La plupart des lois provinciales en matière d'accréditation, de délivrance de permis et de prestations de maladie qui relèvent de la portée générale de l'al. 6(2)*b*) sont facilement sauvegardées à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'al. 6(3)*a*): P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4e éd. 1997), à la p. 1053. Les régimes de réglementation fédérale seront également, dans la plupart des cas, sauvegardés par l'al. 6(3)*a*).

Mais il y a plus. Les lois qui relèvent de l'al. 6(2)*b*) et qui ne sont pas sauvegardées par l'al. 6(3)*a*) peuvent encore être sauvegardées par le par. 6(4). Cette disposition protège toute loi «destiné[e] à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale». Autrement dit, des lois peuvent essentiellement établir une distinction fondée sur le lieu de résidence si une telle distinction vise à favoriser la création d'emplois dans une province à faible taux d'emploi.

Finally, a law which is not saved under the limitations of s. 6 may be upheld under s. 1 of the *Charter* if the government shows that the infringement of rights is demonstrably justified in a free and democratic society.

Enfin, la loi qui n'est pas sauvegardée par les restrictions de l'art. 6 peut être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*, si le gouvernement établit que la justification de l'atteinte à des droits peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. 132

5. The Requirements of Section 6(2)(*b*)

5. Les exigences de l'al. 6(2)*b*)

The broad wording of s. 6(2)(*b*) catches all laws or government practices that in purpose or effect impede the pursuit of a livelihood in any part of Canada on the basis of province of residence. A host of provincial laws governing standards for employment, professions and businesses as well as federal laws regulating trade and commerce, fall within its preliminary ambit.

Le libellé général de l'al. 6(2)*b*) vise toutes les lois et tous les usages gouvernementaux qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher quelqu'un de gagner sa vie n'importe où au Canada, en raison de sa province de résidence. Toute une gamme de lois provinciales fixant des normes applicables aux métiers, professions et entreprises, de même que les lois fédérales en matière d'échanges et de commerce, relèvent de son champ d'application général. 133

Judicial interpretation has confirmed the broad ambit of s. 6(2). First, as with all *Charter* rights, the court decides whether a law or government practice impinges on the right not only by the words used, but by its effect: *Black*, *supra*. It follows that any law or government practice that has either the object or the effect of creating a distinction based on residence which impairs the right to pursue a living in any part of the country is caught by s. 6(2)(*b*).

L'interprétation judiciaire a confirmé la portée générale du par. 6(2). Premièrement, comme pour tous les droits garantis par la *Charte*, la cour détermine si une loi ou un usage du gouvernement empiète sur le droit visé non seulement en raison de son libellé, mais aussi de son effet: *Black*, précité. Il s'ensuit que relève de l'al. 6(2)*b*) toute loi ou tout usage du gouvernement ayant soit pour objet soit pour effet d'établir une distinction fondée sur le lieu de résidence, qui porte atteinte au droit de gagner sa vie n'importe où au pays. 134

Second, the courts have taken a broad view of what constitutes interference with "the right to pursue the gaining of a livelihood in any province". They have held that it is not necessary that a person be precluded from pursuing the gaining of a livelihood to attract s. 6. All that is required is that the person be placed at a disadvantage in the pursuit of his or her livelihood: *Black*, *supra*, at p. 618.

Deuxièmement, les tribunaux ont donné une interprétation large à ce qui constitue une atteinte au «droit de gagner [sa] vie dans toute province». Ils ont conclu qu'il n'était pas nécessaire qu'une personne soit empêchée de gagner sa vie pour que l'art. 6 s'applique. Il suffit que la personne soit défavorisée dans l'exercice de sa profession ou de son métier: *Black*, précité, à la p. 618. 135

Third, the courts have broadly defined "livelihood" as livelihood of choice: *Black*, at p. 618. This encompasses every sort of profession, employment and business. It includes "the right to be self-employed as well as to be employed by others, the right to be an entrepreneur as well as to be an employee", and it may protect the right to

Troisièmement, les tribunaux ont défini largement «le droit de gagner sa vie» comme étant celui de gagner sa vie selon la profession ou le métier de son choix: *Black*, à la p. 618. Cela comprend tous les métiers, professions et entreprises imaginables. Ce droit inclut [TRADUCTION] «le droit de travailler à son propre compte de même que pour autrui, le 136

invest and do business in any part of Canada: D. A. Schmeiser and K. J. Young, "Mobility Rights in Canada" (1983), 13 *Man. L.J.* 616, at pp. 635-36. The term "pursue the gaining of a livelihood" suggests the right to earn a living in the part of the country that one chooses free from government discrimination on the basis of province of residence and more; it is broad enough to include the right to contribute to one's community through work, a contribution which in turn may enhance the individual's self-respect and respect in the eyes of others in the community.

droit d'être un entrepreneur aussi bien qu'un employé», et il peut inclure le droit d'investir et de faire des affaires n'importe où au Canada: D. A. Schmeiser et K. J. Young, «Mobility Rights in Canada» (1983), 13 *Man. L.J.* 616, aux pp. 635 et 636. L'expression «gagner [sa] vie» laisse entendre le droit de gagner sa vie n'importe où au pays, sans être victime, de la part du gouvernement, de discrimination fondée sur la province de résidence et d'autres considérations; elle est assez générale pour englober le droit de contribuer au bien-être de sa collectivité par son travail, une contribution qui, en retour, peut accroître l'estime de soi de l'intéressé et le respect dont il jouit auprès des autres membres de la collectivité.

137 The one limit which the courts have suggested is that s. 6(2)(*b*) does not mean that the state must provide a free-standing right to pursue the livelihood he or she may desire in every province and territory of Canada. No one has a right to claim that the government must provide him or her with a means to pursue his or her living in the province of choice. Section 6 is aimed not at the positive provision of a living, but at the removal of unwarranted barriers to pursuing a living on the basis of provincial boundaries. This Court rejected the claim of a non-citizen lawyer to practise law in Ontario in *Skapinker*, *supra*, at pp. 382-83, because the claim was presented as a claim for a free-standing right to practise law in Ontario, not a claim that it is harder to pursue a living in one province or territory than another. It is in this broad sense that this Court in *Black*, *per* La Forest J., conceived the heading "*Mobility Rights*": "The heading seems to me to be a good general description of the provisions of s. 6, and an interpretation that permits a person to pursue his living throughout Canada does not seem to me to be a meaning that is out of sympathy with mobility" (p. 621).

La seule restriction que les tribunaux ont proposée est que l'al. 6(2)*b*) ne signifie pas que l'État doit conférer à chaque personne un droit distinct de gagner sa vie comme elle l'entend dans chaque province et territoire du Canada. Personne n'a le droit de prétendre que le gouvernement est tenu de lui fournir les moyens de gagner sa vie dans la province de son choix. L'article 6 ne vise pas à garantir un gagne-pain à chacun, mais plutôt à éliminer les obstacles injustifiés à la capacité de gagner sa vie qui sont fondés sur des frontières provinciales. Notre Cour a rejeté l'action qu'un avocat qui n'avait pas la citoyenneté canadienne avait intentée en vue d'obtenir la permission de pratiquer le droit en Ontario, pour le motif que cette action reposait sur la revendication d'un droit distinct de pratiquer le droit en Ontario et non pas sur la prétention qu'il était plus difficile qu'ailleurs de gagner sa vie dans une province ou un territoire en particulier: *Skapinker*, précité, aux pp. 382 et 383. C'est ce sens large que notre Cour, par l'intermédiaire du juge La Forest, a donné à la rubrique «*Liberté de circulation et d'établissement*» dans l'arrêt *Black*: «La rubrique me semble donner une bonne description générale des dispositions de l'art. 6 et une interprétation qui permet à une personne de gagner sa vie partout au Canada ne me paraît pas constituer un sens incompatible avec la liberté de circulation et d'établissement» (p. 621).

138 In summary, the wording of s. 6(2)(*b*) and the cases indicate that the first step of the s. 6 analysis

En résumé, il ressort du libellé de l'al. 6(2)*b*) et de la jurisprudence qu'il est satisfait à la première

is satisfied if the law or government practice at issue has the object or effect of impeding the pursuit of a livelihood anywhere in Canada on the basis of province of residence. The exclusion of the Northwest Territories from the egg marketing scheme has this effect. It would therefore seem that the first stage of the s. 6 analysis is satisfied. First, however, it is necessary to consider factors that might augur against this conclusion.

(a) *The Mobility Argument*

The first is the suggestion that the mobility right protected by s. 6(2)(*b*) is confined to two situations: (1) where the law or practice at issue disadvantages a person because he or she has moved into the province from another province; or (2) where it disadvantages a person because he or she has not moved but wishes to engage in an activity in another province. I note initially that this limitation would not necessarily exclude the claims in the case at bar. A case might be made that the respondent Richardson falls into the first category because he moved to the Northwest Territories in order to pursue his livelihood as an egg producer and he thus meets the suggested mobility criteria. A case might also be made that the respondents fall into the second category because the egg marketing scheme prevents them from carrying on an aspect of their business, the marketing of eggs, in provinces or territories in which they do not reside.

More fundamentally, however, it is not apparent why s. 6(2)(*b*) must be confined to the two situations outlined by Estey J. in *Skapinker* or what is gained by forcing the analysis over this judge-made hurdle. The broad words of s. 6(2)(*b*) target any disadvantage in pursuing a living in any part of the country based on province of residence. If the framers of the *Charter* had wanted s. 6(2)(*b*) to apply only to two categories of cases, it seems to me they would have said so. They did not. This leads me to conclude that we should not artificially narrow s. 6(2)(*b*). I see no reason why s. 6(2)(*b*) should not catch, as its words suggest, any law or practice that has the object or effect of making it

étape de l'analyse de l'art. 6 si la loi ou l'usage gouvernemental en cause a pour objet ou pour effet d'empêcher quelqu'un de gagner sa vie n'importe où au Canada, en raison de sa province de résidence. L'exclusion des Territoires du Nord-Ouest du régime de commercialisation des œufs a cet effet. Il semblerait donc qu'il soit satisfait à la première étape de l'analyse de l'art. 6. Toutefois, il faut d'abord examiner les facteurs susceptibles de militer contre cette conclusion.

a) *L'argument de la libre circulation*

139 D'abord, il y a la proposition que la libre circulation garantie par l'al. 6(2)*b*) se limite à deux situations: lorsque la loi ou l'usage en cause désavantage une personne (1) parce qu'elle a déménagé dans la province après avoir quitté une autre province, ou (2) parce qu'elle n'a pas déménagé, mais souhaite exercer une activité dans une autre province. Je souligne, au départ, que cette restriction n'exclurait pas nécessairement les revendications présentées en l'espèce. On pourrait soutenir que l'intimé Richardson tombe dans la première catégorie parce qu'il a déménagé dans les Territoires du Nord-Ouest pour y gagner sa vie en produisant des œufs, et qu'il satisfait ainsi aux critères proposés en matière de libre circulation. On pourrait peut-être également prétendre que les intimés tombent dans la deuxième catégorie parce que le régime de commercialisation des œufs les empêche d'exploiter une partie de leur entreprise, soit la commercialisation des œufs, dans les provinces ou territoires où ils ne résident pas.

140 Ce qui est plus fondamental, cependant, c'est qu'on ne voit pas pourquoi l'application de l'al. 6(2)*b*) doit se limiter aux deux cas relevés par le juge Estey dans *Skapinker* ou quel avantage il y a à forcer l'analyse au-delà de cet obstacle jurisprudentiel. Le libellé général de l'al. 6(2)*b*) vise tout désavantage, fondé sur la province de résidence, relativement à la capacité de gagner sa vie n'importe où au pays. Si les rédacteurs de la *Charte* avaient voulu que l'al. 6(2)*b*) s'applique seulement à deux catégories de cas, il me semble qu'ils l'auraient dit. Ils ne l'ont pas fait. Cela m'amène à conclure que nous ne devrions pas restreindre artificiellement la portée de l'al. 6(2)*b*). Je ne vois pas

more difficult to pursue a living in one province or territory than another.

141 Nor does the jurisprudence require that s. 6(2)(*b*) be confined to the two categories suggested by Estey J. in *Skapinker*. While *Skapinker* speaks of these as illustrating when s. 6 may apply, it does not rule out other applications. La Forest J., speaking for the majority in *Black*, *supra*, at p. 620, rejected such an exclusionary approach, stating that "a purposive approach to the *Charter* dictates a more comprehensive approach to mobility" than the narrow view of *Skapinker* some argued for. The better interpretation, one not "out of sympathy with mobility", is one "that permits a person to pursue his living throughout Canada" (p. 621).

142 In my view, the "mobility element" is fulfilled if the law in question is found to restrict the ability of citizens and permanent residents of Canada to gain a particular livelihood in one province or territory as compared to another. The necessary mobility element was not found in *Skapinker*, as noted, because the plaintiff simply argued that his right to pursue his livelihood was being infringed *per se*. By contrast, the necessary mobility element was present in *Black*, not just because the individual Ontario lawyers might travel to Alberta once a year, but also because they were disadvantaged in comparison to lawyers in Alberta.

143 To state that disadvantage in pursuing a living based on provincial boundaries affects mobility is to state the obvious. Any law or government practice that makes it more difficult to gain a particular livelihood in a particular province has the potential to negatively affect mobility. If people suffer a disadvantage in gaining a livelihood in a particular

pourquoi l'al. 6(2)*b*) ne s'appliquerait pas, comme son libellé le laisse entendre, à toute loi ou à tout usage qui a pour objet ou pour effet de faire en sorte qu'il soit plus difficile de gagner sa vie dans une province ou un territoire que dans une autre province ou un autre territoire.

La jurisprudence n'exige pas non plus que l'al. 6(2)*b*) soit restreint aux deux catégories proposées par le juge Estey dans *Skapinker*. Bien que l'arrêt *Skapinker* les décrive comme des exemples de cas où l'art. 6 peut s'appliquer, il n'écarte aucune autre application de cet article. Le juge La Forest, au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Black*, précité, à la p. 620, a rejeté une telle interprétation restrictive en disant qu'«une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet visé nous oblige à aborder de manière plus globale la liberté de circulation», au lieu de l'approche restrictive de l'arrêt *Skapinker* que d'aucuns préconisent. La meilleure interprétation, qui n'est pas «incompatible avec la liberté de circulation et d'établissement», est celle «qui permet à une personne de gagner sa vie partout au Canada» (p. 621).

À mon avis, il est satisfait à l'«élément de libre circulation» lorsqu'il est déterminé que la loi en cause restreint la capacité de citoyens et résidents permanents du Canada de gagner leur vie d'une certaine manière dans une province ou un territoire par rapport à une autre province ou à un autre territoire. Comme nous l'avons souligné, la présence de l'élément de libre circulation nécessaire n'a pas été constatée dans *Skapinker* parce que le demandeur avait simplement fait valoir qu'il y avait atteinte à son droit même de gagner sa vie. Par contre, cet élément était présent dans *Black*, non seulement parce que les avocats ontariens étaient susceptibles de se rendre en Alberta une fois par année, mais également parce qu'ils étaient désavantagés par rapport aux avocats albertains.

Il est évident qu'un désavantage dans la capacité de gagner sa vie, fondé sur des frontières provinciales, nuit à la libre circulation. Toute loi ou tout usage gouvernemental qui fait qu'il est plus difficile de gagner sa vie dans une province donnée est susceptible d'avoir un effet négatif sur la libre circulation. Si des personnes sont désavantagées dans

province, they are less likely to move there or travel there for work. Laws or government practices that have this effect necessarily hamper interprovincial mobility. Mobility is impaired, even if the disadvantage is not triggered until the person attempts to move to or work in the "other" province. Knowledge of the potential disadvantage may restrict mobility by precluding the decision to move to or attempt to find work in that province. In the case at bar, Richardson suffers a disadvantage in the pursuit of his livelihood because he moved his residence and his production facilities to the Northwest Territories. This disadvantage is likely to deter others from moving their residence or their production facilities to the Territories.

leur capacité de gagner leur vie dans une province donnée, il est moins probable qu'elles y déménageront ou s'y rendront pour travailler. Les lois et usages gouvernementaux qui ont cet effet entravent forcément la libre circulation interprovinciale. Il y a atteinte à la libre circulation même si la personne n'est désavantagée que lorsqu'elle tente de déménager dans l'«autre» province ou d'y travailler. La connaissance du désavantage potentiel peut restreindre la libre circulation en empêchant une décision de déménager dans cette province ou de tenter d'y trouver du travail. En l'espèce, Richardson subit un désavantage dans sa capacité de gagner sa vie du fait qu'il a transféré sa résidence et ses installations de production dans les Territoires du Nord-Ouest. Ce désavantage dissuadera probablement d'autres personnes d'y transférer leur résidence ou leurs installations de production.

Mobility is also impaired if a person is required to move residence or work to another province or territory in order to escape a disadvantage in the pursuit of their livelihood. In the case at bar, members of the Dene nation suffer the disadvantage of not being able to engage in interprovincial or export trade of their eggs because they choose to reside where they have since time immemorial, in the Northwest Territories. In order to escape the disadvantage, they must move their residence or their production facilities to one of the provinces. They are thereby deprived of their right to pursue their livelihood in any province.

144 Il y a également atteinte à la libre circulation lorsque la personne doit transférer sa résidence ou aller travailler dans une autre province afin d'éviter de subir un désavantage dans sa capacité de gagner sa vie. En l'espèce, les membres de la Nation dénée sont désavantagés par le fait qu'ils ne peuvent se livrer au commerce interprovincial ou international de leurs œufs parce qu'ils ont choisi de résider là où ils se trouvent, de temps immémorial, dans les Territoires du Nord-Ouest. Pour éviter d'être désavantagés, ils doivent transférer leur résidence ou leurs installations de production dans une province. Ils sont ainsi privés de leur droit de gagner leur vie dans toute province.

To put it in the context of the cases, the discrimination suffered by Mr. Richardson and members of the Dene nation is akin to that suffered by Mr. Black before them. Each suffers disadvantage in the pursuit of their chosen livelihood because they live in one province or territory as opposed to another. The mobility rights of each are thereby affected.

145 Pour situer l'affaire dans le contexte jurisprudentiel, la discrimination dont M. Richardson et les membres de la Nation dénée sont victimes s'apparente à celle dont M. Black a souffert avant eux. Chacun d'eux est désavantagé dans la façon dont il a choisi de gagner sa vie parce qu'il vit dans une province ou un territoire donné plutôt qu'ailleurs. Ainsi, il y a atteinte à la liberté de circulation et d'établissement de chacun d'eux.

This broad reading of mobility in s. 6(2)(*b*) accords with the purposes of s. 6 — to promote economic union and the right to live and work in whatever part of the country one chooses, free

146 Cette interprétation large de la libre circulation garantie à l'al. 6(2)*b*) s'accorde avec les objets de l'art. 6, qui sont de promouvoir l'union économique et le droit de vivre et de travailler n'importe

from governmental impediments based on provincial boundaries. It also reflects the drafting structure of s. 6 — a broad preliminary definition of the right followed by limitations and exceptions. And it poses no danger of inappropriately curtailing legitimate regulatory legislation or practices; these are saved by the limiting provisions like s. 6(3)(*a*), which protects all laws or practices that set up barriers to pursuing a living on the basis of provincial boundaries except those that have this as their primary object or effect.

où au pays sans se heurter à des obstacles gouvernementaux fondés sur des frontières provinciales. Elle reflète également la structure rédactionnelle de l'art. 6, qui consiste en une définition préliminaire générale du droit visé, suivie de restrictions et d'exceptions. En outre, elle ne risque pas de restreindre indûment des textes législatifs ou des usages légitimes en matière de réglementation; ceux-ci sont sauvegardés par les restrictions apportées par l'al. 6(3)*a*) notamment, qui protège toute loi ou tout usage qui crée des obstacles, fondés sur des frontières provinciales, à la capacité de gagner sa vie, à l'exception des lois ou usages qui ont pour objet ou pour effet principal de créer de tels obstacles.

147 I conclude that the heading "*Mobility Rights*" does not constrain the language of s. 6(2)(*b*) to any particular set of situations. The broad language of s. 6(2)(*b*), read purposively, applies to any law or government practice that disadvantages a person in the pursuit of a living in any province of Canada on the basis of his or her province of residence.

Je conclus que la rubrique «*Liberté de circulation et d'établissement*» ne limite pas l'application de l'al. 6(2)*b*) à une catégorie particulière de situations. Le texte général de l'al. 6(2)*b*), interprété en fonction de l'objet visé, s'applique à toute loi ou à tout usage gouvernemental qui désavantage une personne dans sa capacité de gagner sa vie dans n'importe quelle province canadienne, en raison de sa province de résidence.

(b) *The Argument that the Distinction Is not Based on Residence*

b) *L'argument voulant que la distinction ne soit pas fondée sur le lieu de résidence*

148 This brings me to the main argument advanced by the appellant under s. 6(2)(*b*), the argument that the egg marketing scheme does not make a distinction based on residence.

Cela m'amène à examiner l'argument principal de l'appelant, fondé sur l'al. 6(2)*b*), à savoir que le régime de commercialisation des œufs n'établit aucune distinction fondée sur le lieu de résidence.

149 Legislation or government practices which are neutral on their face may be caught by s. 6(2)(*b*) because their effect is to impose a disadvantage on the basis of residence in a particular province or territory. Such laws or practices are said to be "surrogates" for express distinctions based on residence. The appellant argues that the scheme does not expressly make a distinction based on residence and that forbidding the export of eggs from the Northwest Territories is not a "surrogate" for a distinction based on residence. While the prohibition imposes a disadvantage, it does not do so on the basis of a person's province of residence.

Les textes législatifs ou usages gouvernementaux qui sont neutres à première vue peuvent relever de l'al. 6(2)*b*), s'ils ont pour effet de créer un désavantage fondé sur le fait de résider dans une province ou un territoire en particulier. On dit que ces lois ou usages sont des «substituts» de distinctions expresses fondées sur le lieu de résidence. L'appelant prétend que le régime n'établit pas expressément de distinction fondée sur le lieu de résidence et que le fait d'empêcher l'exportation d'œufs des Territoires du Nord-Ouest n'est pas un «substitut» de distinction fondée sur le lieu de résidence. Bien que l'interdiction crée un désavantage, elle ne le fait pas en fonction de la province de résidence d'une personne.

This argument possesses several variants. The first is that the egg marketing scheme does not disadvantage residents of the Northwest Territories in the pursuit of the livelihood of egg production on the basis of residence because the scheme targets eggs, not people. The scheme permits producers to produce eggs for domestic consumption. It forbids only the export of eggs. The *Charter* protects people, not goods. Therefore, the appellant argues, s. 6(2)(*b*) is not engaged. I respectfully disagree.

Cet argument comporte plusieurs variantes. Selon la première, le régime de commercialisation des œufs ne désavantage pas les résidents des Territoires du Nord-Ouest, en raison de leur lieu de résidence, dans leur capacité de gagner leur vie en produisant des œufs, parce qu'il vise les œufs et non les personnes. Le régime permet aux producteurs de produire des œufs destinés à la consommation intérieure. Il n'interdit que l'exportation d'œufs. La *Charte* protège les personnes et non pas les biens. Par conséquent, selon l'appelant, l'al. 6(2)*b*) ne s'applique pas. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. 150

If a law has the effect of impinging on the ability of people to pursue a livelihood, it is not exempted from s. 6(2)(*b*) merely because the mechanism by which the impingement is effected concerns the passage of goods and services across provincial boundaries. While s. 6(2)(*b*) focuses on free passage of people, not goods or services, interfering with the passage of goods or services may have the effect of interfering with the pursuit of a livelihood, where the movement of goods or services is integral to the livelihood in question: see Lee and Trebilcock, *supra*, at p. 290. If s. 6(2)(*b*) did not protect the right to transfer goods and services across boundaries where this is integral to the way an individual earns his or her livelihood, all livelihoods that involve cross-border transactions would fall outside its scope. There is nothing in s. 6(2)(*b*) to suggest such a limited construction. To impose it runs counter not only to the broad general wording of the section, but to the purposes that underlie s. 6(2)(*b*) of promoting the economic unity of Canada and the right of the individual to gain a livelihood anywhere in the country.

Si une loi a pour effet d'empiéter sur la capacité des gens de gagner leur vie, elle n'est pas exemptée de l'application de l'al. 6(2)*b*) du seul fait que le mode d'empiétement concerne la circulation de biens et services d'une province à l'autre. Quoique l'al. 6(2)*b*) soit axé sur la libre circulation des gens et non pas sur celle des biens ou services, entraver la circulation de biens ou de services peut avoir pour effet de nuire à la capacité de gagner sa vie lorsque la circulation de biens ou de services fait partie intégrante du gagne-pain en cause: voir Lee et Trebilcock, *loc. cit.*, à la p. 290. Si l'alinéa 6(2)*b*) ne protégeait pas le droit d'une personne de faire traverser des frontières à des biens et à des services lorsque cela fait partie intégrante de son gagne-pain, toutes les activités impliquant des opérations transfrontalières échapperaient à cet alinéa. Rien dans l'al. 6(2)*b*) ne laisse entrevoir une interprétation aussi restrictive. Imposer une telle interprétation va à l'encontre non seulement du texte général de l'article, mais également de l'objectif de l'al. 6(2)*b*), qui est de promouvoir l'unité économique du Canada et de garantir le droit des gens de gagner leur vie n'importe où au pays. 151

The error in the argument that the scheme targets eggs, not people, is that it stops consideration of the effects of the scheme artificially at the product exported. It consequently begs the real question: what effect does the exclusion of the passage of eggs have on the ability of egg producers to pursue a livelihood in the Northwest Territories? For example, there can be little doubt after *Black* that a law forbidding an Ontario lawyer to charge a

L'argument voulant que le régime vise les œufs et non pas les gens est erroné en ce sens qu'il limite artificiellement l'examen des effets du régime au seul produit exporté. Il élude donc la véritable question: quel effet l'interdiction de vendre des œufs à l'extérieur des Territoires du Nord-Ouest a-t-elle sur la capacité des producteurs d'œufs d'y gagner leur vie? Par exemple, on ne saurait guère douter, à la suite de l'arrêt *Black*, 152

fee in Alberta for work done in Ontario would be caught by s. 6(2)(*b*). Such a law would have the effect of disadvantaging the Ontario lawyer as compared with the Alberta lawyer on the basis of province of residence. Similarly, an egg producer in the Northwest Territories who is prohibited from engaging in the interprovincial or export trade of his or her eggs will be disadvantaged as compared to the egg producer in Alberta who is not so prohibited. If restrictions on non-residents selling legal services in Alberta imposed a disadvantage under s. 6(2)(*b*), as this Court held in *Black*, so must restrictions on non-residents selling eggs in Alberta impose a disadvantage. In the case at bar, anyone wishing to pursue a livelihood by producing eggs in the Northwest Territories is disadvantaged by not being able to sell the eggs outside the Territories. The "eggs not people" argument ignores the reality of this disadvantage.

qu'une loi interdisant à un avocat ontarien d'envoyer un compte d'honoraires en Alberta pour du travail effectué en Ontario relèverait de l'al. 6(2)*b*). Une telle loi aurait pour effet de désavantager l'avocat ontarien par rapport à l'avocat albertain, en raison de sa province de résidence. De même, un producteur d'œufs des Territoires du Nord-Ouest à qui l'on interdit de faire le commerce interprovincial ou international de ses œufs sera désavantagé par rapport au producteur d'œufs de l'Alberta qui, lui, n'est pas frappé d'une telle interdiction. Si des restrictions imposées à des non-résidents de l'Alberta qui y vendent des services juridiques créaient un désavantage au sens de l'al. 6(2)*b*), comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Black*, il doit en être de même des restrictions imposées à des non-résidents qui vendent des œufs en Alberta. En l'espèce, quiconque souhaite gagner sa vie en produisant des œufs dans les Territoires du Nord-Ouest est désavantagé du fait qu'il n'est pas en mesure de les vendre à l'extérieur des Territoires. L'argument voulant que le régime vise «les œufs et non pas les personnes» ne tient pas compte de l'existence de ce désavantage.

153 The second variant of the argument that the scheme does not discriminate against people in the Northwest Territories on the basis of residence, is that the scheme targets the residence of hens, not of people. Its effect is not to prevent people from living and working where they wish; it simply requires them to relocate their hens. Therefore, the appellant argues, s. 6(2)(*b*) is not engaged. The respondents should move their chickens across the border to Alberta. Then they would suffer no discrimination. With respect, I cannot agree.

Selon la deuxième variante de l'argument voulant que le régime n'établisse pas de distinction fondée sur la résidence à l'égard des gens des Territoires du Nord-Ouest, le régime vise le lieu de résidence des poules et non celui des gens. Il n'a pas pour effet d'empêcher des personnes de vivre et travailler à l'endroit de leur choix; il exige simplement d'eux qu'ils déménagent leurs poules. Par conséquent, selon l'appelant, l'al. 6(2)*b*) ne s'applique pas. Les intimés devraient transférer leurs poules de l'autre côté de la frontière, en Alberta. Ainsi, ils ne seraient pas victimes de discrimination. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

154 Like the first variant, the second ignores the real effect of the scheme on egg producers who are residents of the Northwest Territories. The respondents, like many agricultural producers, choose to have their production facilities near their residence. This allows them to participate personally in production. Moving production to Alberta, as the appellant suggests they should do, would prevent them from personally participating in produc-

Comme la première, la deuxième variante ne tient pas compte de l'effet véritable du régime sur les producteurs d'œufs qui résident dans les Territoires du Nord-Ouest. Les intimés, comme bien des producteurs agricoles, ont choisi d'avoir leurs installations de production près de leur résidence. Cela leur permet de participer personnellement à la production. En transférant la production en Alberta, comme le propose l'appelant, ils ne pour-

tion. This would put them at a competitive disadvantage with egg producers in Alberta and the other provinces, who can place their production facilities near their place of residence. It would also deprive them of collateral benefits of earning a livelihood in one's place of residence — the benefits of contributing to one's economic community and the self-respect and respect of others this promotes.

raient pas participer personnellement à la production. Il en résulterait pour eux un désavantage sur le plan concurrentiel par rapport aux producteurs d'œufs de l'Alberta et des autres provinces, qui peuvent situer leurs installations de production près de leur lieu de résidence. Cela les priverait aussi des avantages rattachés au fait de gagner leur vie à leur lieu de résidence — à savoir les avantages tirés de la contribution à l'économie de sa collectivité, ainsi que l'estime de soi et le respect de la part d'autrui que cela favorise.

Whatever choice they make, the respondents would find themselves penalized by the scheme because of where they currently reside. If they move their production to a province while continuing to reside in the Northwest Territories, they are put at a competitive and personal disadvantage in the earning of their livelihood. If they move their residence across the border to escape this disadvantage, they lose their right to reside in the place of their choice. Either way, they suffer discriminatory effects because of their current residence in the Territories.

155 Quel que soit leur choix, les intimés seraient pénalisés par le régime en raison de leur lieu de résidence actuel. S'ils transfèrent leur production dans une province tout en continuant de résider dans les Territoires du Nord-Ouest, ils subissent un désavantage, sur le plan concurrentiel et personnel, dans leur capacité de gagner leur vie. S'ils transfèrent leur résidence de l'autre côté de la frontière pour éviter un tel désavantage, ils perdent le droit de résider à l'endroit de leur choix. D'une manière ou d'une autre, ils subissent des effets discriminatoires du fait qu'ils résident actuellement dans les Territoires.

The reality of the respondents' situation reveals the formal vacuity of the "let them move their chickens" argument. To view the problem in terms of the mobility of chickens and eggs is to overlook the practical effect of the law on the individuals whose livelihood is at stake and to adopt a formalistic rather than substantive approach to the discrimination that s. 6 seeks to target. This Court should reject a formalistic approach to the mobility rights guaranteed by s. 6, just as it has for the equality right guaranteed by s. 15 of the *Charter*. The admonition that they should move their chickens to Alberta is apt to offer as much comfort to the people of the Dene nation as Marie-Antoinette's advice to eat cake afforded the peasants of 18th century France.

156 La situation des intimés fait ressortir la vacuité formelle de l'argument selon lequel «ils n'ont qu'à déménager leurs poules». Aborder le problème sous l'angle de la libre circulation des poules et des œufs revient à faire abstraction de l'effet pratique de la loi sur les personnes dont le gagne-pain est en jeu et à interpréter sur le plan de la forme et non du fond la discrimination visée par l'art. 6. Notre Cour devrait rejeter une interprétation formaliste de la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'art. 6, tout comme elle l'a fait en ce qui concerne les droits à l'égalité consacrés par l'art. 15 de la *Charte*. Le conseil donné aux membres de la Nation dénée de déménager leurs poules en Alberta est aussi réconfortant pour eux que le conseil de manger de la brioche que Marie-Antoinette donnait aux paysans français du XVIIIe siècle.

The third variant of the argument is that the egg marketing scheme discriminates on the basis of historical production patterns and not on the basis of residence. Iacobucci and Bastarache JJ. adopt

157 La troisième variante de l'argument est que le régime de commercialisation des œufs établit une distinction fondée sur les antécédents de production et non sur le lieu de résidence. Les juges

this argument, relying on *Archibald v. Canada*, [1997] 3 F.C. 335 (T.D.); *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency*, [1985] 1 F.C. 280 (T.D.), and *MacKinnon v. Canada (Fisheries and Oceans)*, [1987] 1 F.C. 490 (T.D.). The decision in *Archibald* was based on reasoning that has been rejected by this Court and hence provides little help in determining the case at bar. The *Groupe des éleveurs* case and the *MacKinnon* case, with respect, are distinguishable on the ground that the legislation at issue did not prohibit all producers from participating in the regulated industry. In *Groupe des éleveurs, supra*, some chicken producers in Ontario were allocated quotas while others were not. In *MacKinnon, supra*, the Fisheries' Sector Management Plan made allowance for fishers who had historically fished across sector lines. In contrast to the case at bar, neither of these cases prohibited all producers in a province from participation in a scheme regulated by the federal government. Since not all of the producers of a particular province were excluded, it could not be said that the federal government discriminated against the residents of a particular province on the basis of their province of present or previous residence. By contrast, in the case at bar, all producers of eggs in the Northwest Territories are prohibited from marketing their eggs outside of the Territories.

158 For these reasons, I cannot accept the argument that the disadvantage imposed on egg producers in the Northwest Territories does not discriminate on the basis of residence.

(c) *The Argument of Equal Treatment*

159 The appellant also argues that a given law or practice does not discriminate if it treats all people within a province equally. I cannot agree. The key to any discrimination analysis, as I noted earlier, is determining who the appropriate comparators are — the "others" with whom the individual is enti-

Iacobucci et Bastarache retiennent cet argument en se fondant sur les décisions *Archibald c. Canada*, [1997] 3 C.F. 335 (1re inst.), *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets*, [1985] 1 C.F. 280 (1re inst.), et *MacKinnon c. Canada (Pêches et Océans)*, [1987] 1 C.F. 490 (1re inst.). La décision *Archibald* était fondée sur un raisonnement que notre Cour a rejeté, et elle a donc peu d'utilité en l'espèce. En toute déférence, j'estime qu'une distinction peut être faite d'avec les affaires *Groupe des éleveurs* et *MacKinnon* du fait que la mesure législative qui y était en cause n'interdisait pas à tous les producteurs de participer au secteur réglementé. Dans l'affaire *Groupe des éleveurs*, précitée, certains producteurs ontariens de poulets avaient obtenu des quotas, alors que d'autres n'en possédaient aucun. Dans l'affaire *MacKinnon*, précitée, le Plan de gestion sectorielle du ministère des Pêches prenait en considération la situation des pêcheurs qui avaient l'habitude de franchir les limites des secteurs pour pêcher. Contrairement à la présente affaire, ni l'une ni l'autre de ces affaires n'interdisait à tous les producteurs d'une province de participer à un régime réglementé par le gouvernement fédéral. Vu que les producteurs d'une province donnée n'étaient pas tous exclus, on ne pouvait pas dire que le gouvernement fédéral établissait, à l'égard des résidents d'une province en particulier, une distinction fondée sur leur province de résidence antérieure ou actuelle. Par contre, en l'espèce, il est interdit à tous les producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest de commercialiser leurs œufs à l'extérieur des Territoires.

Pour ces motifs, je ne puis retenir l'argument voulant que le désavantage imposé aux producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest n'établit pas de distinction fondée sur leur lieu de résidence.

c) *L'argument du traitement égal*

L'appelant soutient aussi qu'un texte législatif ou un usage donné n'est pas discriminatoire s'il traite sur un pied d'égalité toutes les personnes d'une province. Je ne saurais être d'accord. La clé de toute analyse en matière de discrimination, comme je l'ai déjà mentionné, consiste à détermi-

tled to be equal, in relation to whom the individual is entitled not to be disadvantaged. Given the different scope of provincial and federal legislation, different comparator groups must be used when assessing whether discrimination may result.

ner quels sont les éléments de comparaison appropriés — les «autres» avec qui l'individu a le droit d'être sur un pied d'égalité, par rapport auxquels il a le droit de ne pas être désavantagé. Vu que la portée de la législation provinciale diffère de celle de la législation fédérale, différents groupes de référence doivent être utilisés pour déterminer s'il peut résulter de la discrimination.

Since each province can legislate only within its own territory, it follows that discrimination by a province on the basis of province of present or previous residence will treat residents of different provinces differently within the province. Discrimination by provinces must necessarily always be concerned with intra-province discrimination, since the province or territory's legislation is of no effect beyond its borders. The comparators for determining whether a province or territory has discriminated under s. 6(2)(*b*) are necessarily people residing in or pursuing a livelihood within the province. It follows that provincial laws or government practices that treat all people within a province the same do not violate s. 6. *Black*, *supra*, was concerned with provincial legislation that discriminated within a province on the basis of residence outside the province. The issue was whether the Alberta legislation discriminated against Mr. Black on the basis of residence as compared to other people practising law within the province. Had the legislation treated all lawyers practising in the province the same, no violation of s. 6 could have been found.

160 Étant donné que chaque province ne peut légiférer que sur son propre territoire, il s'ensuit que si elle pratique la discrimination fondée sur la province de résidence antérieure ou actuelle, les résidents d'autres provinces seront traités différemment sur son territoire. Les mesures discriminatoires adoptées par une province ou un territoire ne peuvent donc s'appliquer que sur son propre territoire, puisque ses lois n'ont aucun effet au-delà de ses frontières. Les éléments de comparaison qui permettent de déterminer si une province ou un territoire a fait preuve de discrimination au sens de l'al. 6(2)*b*) sont nécessairement les personnes qui résident ou gagnent leur vie dans la province. Il s'ensuit que les lois ou usages gouvernementaux d'une province qui traitent de la même façon toutes les personnes qui s'y trouvent ne violent pas l'art. 6. Dans l'arrêt *Black*, précité, il était question d'une mesure législative provinciale discriminatoire à l'égard des gens qui ne résidaient pas dans la province. Il s'agissait de savoir si la mesure législative albertaine établissait contre M. Black, une distinction fondée sur son lieu de résidence par rapport aux autres personnes qui pratiquaient le droit dans la province. Si cette mesure législative avait traité de la même façon tous les avocats qui exercent leur profession dans la province, aucune violation de l'art. 6 n'aurait pu être constatée.

By contrast, where federal legislation or practices are at stake, the appropriate comparators are people throughout Canada. Like the provinces, the federal government can discriminate by treating people within a given province or territory differently. But unlike the provinces, it can also discriminate by treating people in one province or territory differently than people in another province. It is no answer to either type of federal discrimina-

161 Par contre, lorsque des lois ou usages fédéraux sont en jeu, la comparaison se fait entre les gens à travers le Canada. À l'instar des provinces, le gouvernement fédéral peut faire preuve de discrimination en traitant différemment des personnes se trouvant dans une province ou un territoire en particulier. Cependant, contrairement aux provinces, il peut aussi faire preuve de discrimination en traitant les gens d'une province ou d'un territoire diffé-

tion to say that the law or practice treats all people within a given province equally. Provided a province treats all people within the province equally, it does not discriminate. Provided the federal government treats all people within the country equally, it does not discriminate.

162 This means that the legislation or practices of one province are not invalid by reason of the fact that they are more restrictive than those of other provinces or territories. While caught by s. 6(2)(*b*), such laws may be saved by s. 6(3)(*a*) so long as they do not discriminate between residents and non-residents of the province. The resultant differences between standards in different provinces are the proper consequences of our constitutional division of powers.

163 The same principles play out differently where federal legislation or practices are at issue, however. Federal laws which create impediments to mobility will not be immunized from review under s. 6(2)(*b*) merely because they do not discriminate between residents and non-residents of a particular province. It must also be demonstrated that they do not discriminate between residents of the province or territory in question and residents of other provinces and territories in Canada.

164 It follows that the proper comparators for determining whether the impugned federal legislation in the case at bar discriminates on the basis of present or previous residence are people in the rest of Canada, not just people in the Northwest Territories. The fact that both residents and non-residents of the Northwest Territories are equally discriminated against in the Territories is immaterial, once it is determined that the federal government has created a scheme that has the purpose or effect of discriminating against egg producers who are residents of the Northwest Territories compared to

remment de ceux d'une autre province. Ni l'une ni l'autre forme de discrimination de la part du gouvernement fédéral ne saurait être justifiée par l'argument que la loi ou l'usage en question traite sur un pied d'égalité tous les gens d'une province donnée. Pourvu qu'une province traite sur un pied d'égalité tous les gens qui s'y trouvent, elle ne fait pas preuve de discrimination. Pourvu que le gouvernement fédéral traite sur un pied d'égalité tous les gens qui se trouvent au Canada, il ne fait pas preuve de discrimination.

Cela signifie que les lois ou usages d'une province ne sont pas invalides du fait qu'ils sont plus restrictifs que ceux d'autres provinces ou territoires. Bien qu'elles relèvent de l'al. 6(2)*b*), pareilles lois peuvent être sauvegardées par l'al. 6(3)*a*), dans la mesure où elles n'établissent pas de distinction entre les résidents et les non-résidents de la province. Les différences qui résultent entre les normes en vigueur dans diverses provinces sont les conséquences logiques du partage des compétences dans notre régime constitutionnel.

Toutefois, les mêmes principes s'appliquent différemment lorsque des textes législatifs ou usages fédéraux sont en cause. Les lois fédérales qui créent des obstacles à la libre circulation n'échappent par au contrôle fondé sur l'al. 6(2)*b*) du seul fait qu'elles n'établissent pas de distinction entre les résidents et les non-résidents d'une province donnée. Il faut également démontrer qu'elles n'établissent pas de distinction entre les résidents de la province ou du territoire en cause et ceux d'une autre province ou d'un autre territoire du Canada.

Il s'ensuit que les éléments de comparaison qu'il convient d'utiliser pour déterminer si la mesure législative fédérale contestée en l'espèce établit une distinction fondée sur la province de résidence antérieure ou actuelle sont les gens du reste du Canada et non seulement ceux des Territoires du Nord-Ouest. Le fait que les résidents et non-résidents des Territoires du Nord-Ouest y font l'objet de la même distinction est sans importance, une fois qu'il est déterminé que le gouvernement fédéral a institué un régime qui a pour objet ou pour effet d'établir, à l'égard des producteurs d'œufs

egg producers who are residents in the 10 provinces.

For these reasons, I cannot agree that it is an answer to the respondents' claim that the egg marketing scheme treats all people within the Northwest Territories the same. To avoid discrimination, the egg marketing scheme, as federal legislation, must treat all people within Canada the same. It does not.

(d) *Conclusion on Section 6(2)(b)*

I conclude that the respondents' case falls within the preliminary ambit of s. 6(2)(*b*) of the *Charter*. The federal *Proclamation* at issue and the egg marketing scheme it sanctions confer on producers in the provinces fortunate enough to be members the right to market eggs outside their province of production. The same scheme denies that right to producers in two territories, the Yukon and the Northwest Territories. This constitutes a distinction based on residence that disadvantages egg producers in these territories in comparison to egg producers in the 10 provinces. This is sufficient to attract s. 6(2)(*b*) and move the analysis to its second stage.

6. The Second-stage Saving Provision: Section 6(3)(*a*)

Many laws, including a host of provincial laws governing standards for employment, professions and businesses as well as federal laws regulating interprovincial trade and commerce, are initially caught by s. 6(2)(*b*). This alone does not establish violation of the mobility rights guaranteed by s. 6. Sections 6(3) and 6(4) cut down the broad *prima facie* right conferred by s. 6(2)(*b*).

Section 6(3)(*a*) states that a law which infringes s. 6(2) is saved if it is a "law of general application" "in force in a province", provided that it does

qui résident dans les Territoires du Nord-Ouest, une distinction par rapport à ceux qui résident dans l'une ou l'autre des 10 provinces.

Pour ces motifs, je ne puis convenir qu'il soit 165
possible de répondre à l'action des intimés que le régime de commercialisation des œufs traite de la même façon tous les gens des Territoires du Nord-Ouest. Pour ne pas être discriminatoire, le régime de commercialisation des œufs, en tant que mesure législative fédérale, doit traiter de la même façon toutes les personnes qui se trouvent au Canada. Ce n'est pas le cas.

d) *Conclusion sur l'al. 6(2)b)*

Je conclus que le cas des intimés relève du 166
champ d'application général de l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*. La *Proclamation* fédérale en cause et le régime de commercialisation des œufs qu'elle sanctionne confèrent aux producteurs des provinces qui ont la chance d'y participer le droit de commercialiser des œufs à l'extérieur de la province où ils ont été produits. Le même régime refuse ce droit aux producteurs du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest. Cela constitue une distinction fondée sur le lieu de résidence qui désavantage les producteurs d'œufs de ces territoires par rapport à ceux des 10 provinces. Cela suffit pour que l'al. 6(2)*b*) s'applique et que l'on puisse passer à la deuxième étape de l'analyse.

6. La disposition de sauvegarde de la deuxième étape: l'al. 6(3)*a*)

Maintes lois, dont toute une gamme de lois pro- 167
vinciales fixant des normes applicables aux métiers, professions et entreprises, de même que des lois fédérales régissant les échanges et le commerce, relèvent, au départ, de l'al. 6(2)*b*). Ce seul fait n'établit pas l'existence d'une atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'art. 6. Les paragraphes 6(3) et (4) restreignent le droit *prima facie* général que confère l'al. 6(2)*b*).

L'alinéa 6(3)*a*) prévoit qu'une loi qui contre- 168
vient au par. 6(2) est sauvegardée s'il s'agit d'une «loi d'application générale» «en vigueur dans une

not "discriminate" "primarily" on the "basis of province of present or previous residence". In my opinion, s. 6(3)(*a*) cannot save the legislation at issue in this case.

169 As indicated earlier, s. 6(3)(*a*) is aimed at "saving" all laws initially caught by s. 6(2)(*b*), unless they discriminate "primarily" on the basis of residence. A law will not be saved by s. 6(3)(*a*) in two instances. First, a law cannot be saved by s. 6(3)(*a*) if its primary purpose is to discriminate on the basis of residence: *Black*. In other words, s. 6(3)(*a*) cannot save any provision that discriminates on its face on the basis of province of residence. This type of direct discrimination clearly discriminates primarily on the basis of residence. In *Black*, the majority of this Court found that the first impugned rule of the Law Society of Alberta, rule 154, which prohibited members from entering partnerships with non-residents, was not saved by s. 6(3)(*a*) because it made direct reference to province of residence. As was the case in *Black*, any reasons the government may have for this type of direct discrimination may be used to attempt to justify the violation of mobility rights under s. 1.

170 Second, a law cannot be saved if its primary effect is to discriminate on the province of residence. In *Black*, La Forest J. found that, despite the fact that it did not discriminate on its face, the second impugned rule of the Law Society of Alberta could not be justified under s. 6(3)(*a*) because "[i]t is not the members of local firms but rather those that want to develop and maintain interprovincial connections who will be most severely affected by Rule 75B" (p. 626). In other words, the rule could not be saved because it disproportionately (or primarily) affected non-residents.

province donnée», à condition qu'elle n'établisse pas de «distinction» «fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle». À mon avis, l'al. 6(3)*a*) ne saurait sauvegarder la mesure législative en cause dans la présente affaire.

Comme nous l'avons vu, l'al. 6(3)*a*) vise à «sauvegarder» toutes les lois qui relèvent, au départ, de l'al. 6(2)*b*), à moins qu'elles n'établissent une distinction fondée «principalement» sur le lieu de résidence. Une loi ne sera pas sauvegardée par l'al. 6(3)*a*) dans deux cas. Premièrement, une loi ne peut être sauvegardée par l'al. 6(3)*a*) si elle a pour objet principal d'établir une distinction fondée sur le lieu de résidence: *Black*. Autrement dit, l'al. 6(3)*a*) ne peut sauvegarder une disposition qui, à première vue, établit une distinction fondée sur la province de résidence. Il est clair que ce type de discrimination directe se fonde principalement sur le lieu de résidence. Dans l'arrêt *Black*, notre Cour a conclu à la majorité que le premier règlement contesté du Barreau de l'Alberta, savoir le règlement 154, qui interdisait aux membres de s'associer avec des non-résidents, n'était pas sauvegardé par l'al. 6(3)*a*) parce qu'il mentionnait directement la province de résidence. Comme c'était le cas dans *Black*, toute raison qui peut pousser le gouvernement à pratiquer ce type de discrimination directe peut être invoquée pour tenter de justifier l'atteinte à la liberté de circulation et d'établissement en vertu de l'article premier.

Deuxièmement, une loi ne peut être sauvegardée si elle a pour effet principal d'établir une distinction fondée sur la province de résidence. Dans l'arrêt *Black*, le juge La Forest a conclu que, même s'il n'était pas discriminatoire à première vue, le deuxième règlement contesté du Barreau de l'Alberta ne pouvait être justifié en vertu de l'al. 6(3)*a*), parce que «[c]e ne sont pas les membres des cabinets locaux qui seront les plus durement touchés par le règlement 75B mais ceux qui veulent établir et maintenir des liens interprovinciaux» (p. 626). En d'autres termes, ce règlement ne pouvait être sauvegardé parce qu'il touchait de façon disproportionnée (ou principalement) des non-résidents.

In my view, it is not sufficient to demonstrate simply that provincial legislation disproportionately affects non-residents of a province as compared to residents or that federal legislation disproportionately affects residents of one province as compared to residents of other provinces in order to preclude that law from being saved under s. 6(3)(*a*). In addition, it must be demonstrated that the adverse effects are not incidental to some higher purpose. This ensures that the analysis under s. 6(3)(*a*) provides a sufficient recognition of the legitimate exercise of the regulatory authority of provincial and federal governments. Provinces and the federal government are permitted to impose disadvantages on the basis of provincial boundaries so long as this effect is incidental to another purpose within their proper legislative sphere. They are not permitted, however, to create interprovincial barriers which are not incidental to such a higher purpose. The primary/incidental distinction in s. 6(3)(*a*) mirrors the jurisprudence under s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, which bars trade laws aimed primarily at impeding the flow of goods on the basis of provincial boundaries: *Murphy v. Canadian Pacific Railway*, *supra*; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*.

171 À mon avis, il ne suffit pas de démontrer simplement qu'une mesure législative provinciale touche de façon disproportionnée les non-résidents d'une province par rapport aux résidents de celle-ci, ou encore qu'une mesure législative fédérale touche de façon disproportionnée les résidents d'une province par rapport aux résidents des autres provinces, pour l'empêcher d'être sauvegardée par l'al. 6(3)*a*). Il faut démontrer encore que les effets préjudiciables ne découlent pas de manière accessoire de la poursuite d'un objectif supérieur. Cela permet d'assurer que l'analyse fondée sur l'al. 6(3)*a*) reconnaît de façon suffisante l'exercice légitime du pouvoir de réglementation des gouvernements fédéral et provinciaux. On permet aux provinces et au gouvernement fédéral de créer des désavantages fondés sur des frontières provinciales, pourvu qu'un tel effet découle accessoirement d'un autre objectif relevant de leur domaine de compétence législative légitime. Cependant, il ne leur est pas permis d'ériger des barrières interprovinciales qui ne soient pas une conséquence accessoire de cet objectif supérieur. La distinction de l'al. 6(3)*a*) entre principal et accessoire reflète la jurisprudence relative à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui interdit les lois commerciales qui visent principalement à entraver la circulation de biens en raison de frontières provinciales: *Murphy c. Canadian Pacific Railway* et *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précités.

In *Black*, the Law Society of Alberta argued that the discrimination imposed by the second rule was necessary in order to protect against potential conflicts of interest among lawyers. La Forest J. rejected this argument, finding that, like the first rule considered, "Rule 75B was aimed at prohibiting residents and non-resident members from associating for the practice of law" (p. 626 (emphasis added)). La Forest J. thus implicitly found that the discrimination on the basis of residence was not incidental to the attempt to prevent conflicts of interest. He went on to find that the second rule could not be saved by s. 6(3)(*a*) because of its disproportionate effects on non-resident lawyers.

172 Dans l'arrêt *Black*, le Barreau de l'Alberta soutenait que la distinction établie par le deuxième règlement était nécessaire pour prévenir les conflits d'intérêts potentiels parmi les avocats. Le juge La Forest a rejeté cet argument en concluant que, tout comme le premier règlement examiné, «le règlement 75B avait pour but d'interdire aux membres résidants et aux membres non résidants de s'associer pour pratiquer le droit» (p. 626 (je souligne)). Il a donc conclu implicitement que la distinction fondée sur le lieu de résidence ne découlait pas de manière accessoire de la tentative de prévenir des conflits d'intérêts. Il a ensuite statué que le deuxième règlement ne pouvait pas être sauvegardé par l'al. 6(3)*a*) en raison de ses effets disproportionnés sur les avocats non résidants.

173 Section 6(3)(*a*) does not save laws or government practices which discriminate "primarily" on the basis of residence. For this reason, it cannot save the exclusion at issue. As noted above, the exclusion of the Northwest Territories from the federal egg marketing scheme disproportionately affects residents of the Northwest Territories and is not incidental to a larger purpose. The exclusion exists by historical accident. There is no higher purpose to which it serves as a necessary adjunct. Indeed, it undercuts the purpose of the scheme, to create a stable national supply scheme for eggs. It is a senseless and counter-productive impediment to the right of the respondents to pursue their chosen livelihood, egg production, in the province or territory of their choice, the Northwest Territories.

L'alinéa 6(3)*a*) ne sauvegarde pas les lois ou les usages gouvernementaux qui établissent une distinction fondée «principalement» sur le lieu de résidence. Pour cette raison, il ne peut sauvegarder l'exclusion en cause. Comme nous l'avons vu, l'exclusion des Territoires du Nord-Ouest du régime fédéral de commercialisation des œufs a un effet disproportionné sur les gens qui y résident et ne découle pas accessoirement d'un objectif plus général. Elle est le fruit d'un accident historique. Il n'y a aucun objectif supérieur dont elle est un effet accessoire nécessaire. En fait, elle mine l'objet du régime qui est d'assurer un approvisionnement national stable en œufs. Cela constitue une atteinte absurde et fâcheuse au droit des intimés de gagner leur vie comme ils ont choisi de le faire, soit la production d'œufs, dans la province ou le territoire de leur choix, soit les Territoires du Nord-Ouest.

174 Iacobucci and Bastarache JJ. argue that the respondents' claim must fail because they failed to demonstrate that they are practically disadvantaged in comparison with "new" producers in other provinces. I cannot agree. The federal *Proclamation* and *Regulations* at issue in the case at bar absolutely prohibit new producers in the Northwest Territories from participating in the interprovincial or export trade of eggs by prohibiting the allocation of federal quota to the Territories. By contrast, the federal *Proclamation* and *Regulations* provide for the allocation of quota to the provinces and thus in no way prohibit new producers in the provinces from participating in the interprovincial or export trade of eggs.

Les juges Iacobucci et Bastarache soutiennent que l'action des intimés doit échouer parce qu'ils n'ont pas démontré qu'en pratique ils sont désavantagés par rapport aux «nouveaux» producteurs des autres provinces. Je ne puis être d'accord. La *Proclamation* et les *Règlements* fédéraux en cause dans la présente affaire interdisent absolument aux nouveaux producteurs des Territoires du Nord-Ouest de commercialiser leurs œufs sur le marché interprovincial ou international, en prohibant l'attribution de tout quota fédéral aux Territoires. Par contre, la *Proclamation* et les *Règlements* fédéraux prévoient l'attribution de quotas aux provinces et n'empêchent donc aucunement les nouveaux producteurs des provinces de commercialiser leurs œufs sur le marché interprovincial ou international.

175 Arguably, new producers in the provinces may be practically restricted from obtaining quota due to the allocation of quota within the province by the provincial regulatory board. However, this practical restriction is not the result of the *Proclamation* itself or of the specific federal *Regulations* at issue in the case at bar, rather it is the result of specific determinations made by the provincial regulatory boards. While these provincial regulatory boards have a limited amount of quota to allocate, they are free to allocate that quota to new

On pourrait soutenir qu'il peut être impossible, en pratique, aux nouveaux producteurs des provinces d'obtenir un quota en raison du système d'attribution des quotas dans la province par l'office de réglementation provincial. Cependant, cette impossibilité pratique ne résulte pas de la *Proclamation* elle-même ni des *Règlements* fédéraux en cause dans la présente affaire; elle découle plutôt des décisions particulières prises par les offices de réglementation provinciaux. Bien que les offices de réglementation provinciaux aient un nombre

producers should they so choose, particularly in years of high egg consumption where there is an allocation of overbase quota by the Canadian Egg Marketing Agency. Such an overbase quota allocation was made in 1997. I would also add that there appears to be nothing stopping new producers in provinces such as Alberta from buying quota on the open market — a fact alluded to by counsel for the appellant in oral argument. In either case, the important fact is that these practical avenues for obtaining quota which are available to new producers in the provinces are denied to new producers in the Northwest Territories because the Territories are prohibited from holding federal quota. The inescapable conclusion is that, in comparison to new producers in the provinces, producers in the Northwest Territories are discriminated against primarily on the basis of their province of residence.

I conclude that the discrimination established under s. 6(2)(*b*) is not saved under s. 6(3)(*a*) because the egg marketing scheme discriminates against egg producers in the Northwest Territories primarily on the basis of residence. I therefore find it unnecessary to consider whether the law is a law of "general application in force in a province" and whether s. 6(3)(*a*) applies to federal legislation. It is not suggested that it falls under s. 6(4). The analysis thus moves to s. 1 of the *Charter*.

7. Section 1 of the *Charter*

The question is whether the violation of s. 6 of the *Charter* represented by the exclusion of the Northwest Territories from the egg marketing scheme is saved under s. 1 of the *Charter* as a reasonable measure demonstrably justified in a free and democratic society.

The first issue is whether the objective of the infringing aspects of the legislative scheme constitutes a pressing and substantial state objective: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney Gen-*

limité de quotas à attribuer, ils peuvent décider de les attribuer à de nouveaux producteurs, en particulier pendant les années de grande consommation d'œufs où l'Office canadien de commercialisation des œufs consent un quota supplémentaire. Un tel quota supplémentaire a été attribué en 1997. J'ajouterais également que rien ne paraît empêcher les nouveaux producteurs de provinces comme l'Alberta d'acheter des quotas sur le marché libre — un fait auquel les avocats de l'appelant ont fait allusion dans leur plaidoirie. Dans l'un ou l'autre cas, l'important est que ces moyens pratiques d'obtenir des quotas dont disposent les nouveaux producteurs des provinces sont refusés aux nouveaux producteurs des Territoires du Nord-Ouest, étant donné que les Territoires ne peuvent pas détenir un quota fédéral. La conclusion inévitable est que, comparativement aux nouveaux producteurs des provinces, les producteurs des Territoires du Nord-Ouest sont victimes de discrimination fondée principalement sur leur province de résidence.

176 Je conclus que la distinction établie en vertu de l'al. 6(2)*b*) n'est pas sauvegardée par l'al. 6(3)*a*), parce que le régime de commercialisation des œufs établit, à l'égard des producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest, une distinction fondée principalement sur leur lieu de résidence. Je juge donc inutile d'examiner si la loi en cause est une loi «d'application générale en vigueur dans une province donnée» et si l'al. 6(3)*a*) s'applique aux lois fédérales. On ne laisse pas entendre que le régime relève du par. 6(4). L'analyse passe donc à l'article premier de la *Charte*.

7. L'article premier de la *Charte*

177 Il s'agit de savoir si la violation de l'art. 6 de la *Charte*, qui résulte de l'exclusion des Territoires du Nord-Ouest du régime de commercialisation des œufs, est sauvegardée par l'article premier de la *Charte* en tant que mesure raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

178 Il faut d'abord se demander si l'objectif des aspects attentatoires du régime législatif est un objectif urgent et réel de l'État: *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3

eral), [1995] 3 S.C.R. 199. It does not. The limitation, as noted, is the result of historical accident, not design. It controverts the very objective of the scheme — to create a stable, national supply management system for eggs. It follows that the legislation fails the first branch of the *Oakes* test. Section 1 of the *Charter* cannot save the egg marketing scheme.

8. Conclusion

179 I conclude that the exclusion of producers in the Northwest Territories from the interprovincial and export trade of eggs under the *Proclamation* and *Regulations* violates the rights guaranteed to the respondents by s. 6(2)(*b*) of the *Charter*. This violation is not saved under s. 6(3)(*a*) or under s. 1 of the *Charter*.

180 I would answer the first constitutional question "yes" and the second "no". I would dismiss the appeal but suspend the declaration of inconsistency with the *Charter* for six months from the date of these reasons to permit negotiations to proceed for inclusion of the Northwest Territories and the Yukon.

Appeal allowed with costs, MCLACHLIN *and* MAJOR JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Solicitors for the respondents: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Commissioner of the Northwest Territories: The Attorney General of the Northwest Territories, Yellowknife.

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

R.C.S. 199. Il ne l'est pas. La restriction, comme il a été souligné, est le fruit d'un accident historique; elle n'a pas été établie à dessein. Elle mine l'objectif même du régime — qui est d'établir un système national stable de gestion de l'approvisionnement en œufs. Il s'ensuit que la mesure législative ne satisfait pas au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*. L'article premier de la *Charte* ne saurait sauvegarder le régime de commercialisation des œufs.

8. Conclusion

Je conclus que l'exclusion des producteurs des Territoires du Nord-Ouest du commerce interprovincial et international des œufs aux termes de la *Proclamation* et des *Règlements* viole les droits garantis aux intimés par l'al. 6(2)*b*) de la *Charte*. Cette violation n'est sauvegardée ni en vertu de l'al. 6(3)*a*), ni en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Je répondrais à la première question constitutionnelle par l'affirmative et à la deuxième, par la négative. Je rejetterais le pourvoi, mais suspendrais la déclaration d'incompatibilité avec la *Charte* pour une période de six mois à partir de la date des présents motifs, afin de permettre la tenue de négociations visant l'inclusion des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MCLACHLIN *et* MAJOR *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Procureurs des intimés: McLennan Ross, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le commissaire des Territoires du Nord-Ouest: Le procureur général des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

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

Solicitors for the interveners the Council of Canadians and the Sierra Legal Defence Fund Society: Gregory J. McDade and David R. Boyd, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Alberta Barley Commission: Dale Gibson Associates, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

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

Procureurs des intervenants le Conseil des Canadiens et Sierra Legal Defence Fund Society: Gregory J. McDade et David R. Boyd, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Barley Commission: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Mary Lawlor *Appellant*

v.

M. J. Oppenheim, C.A., Attorney in fact in Canada for Lloyd's Non-Marine Underwriters *Respondent*

and

Craig Royal *Respondent*

INDEXED AS: LAWLOR *v.* ROYAL

File No.: 26212.

1998: November 13.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Insurance — Automobile insurance — Validity of insurance policy — Whether policy tranferred or cancelled.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1997), 153 Nfld. & P.E.I.R. 36, 475 A.P.R. 36, [1997] I.L.R. ¶1-3487, [1997] N.J. No. 189 (QL), reversing a judgment of Wells J. (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 1, 453 A.P.R. 1, [1997] I.L.R. ¶1-3403, [1996] N.J. No. 236 (QL), holding that an automobile insurance policy was valid. Appeal allowed.

Neil Finkelstein, Matthew P. Gottlieb and *Glen L. C. Noel*, for the appellant.

Philip J. Buckingham and *Dennis N. Clarke*, for the respondent Oppenheim.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 IACOBUCCI J. — We are all of the view to allow this appeal substantially for the reasons of the trial judge, Wells J., and for the reasons of the dissenting judge in the Newfoundland Court of Appeal, Mahoney J.A. The Lloyd's insurance policy was

Mary Lawlor *Appelante*

c.

M. J. Oppenheim, c.a., fondé de pouvoir au Canada pour Lloyd's Non-Marine Underwriters *Intimé*

et

Craig Royal *Intimé*

RÉPERTORIÉ: LAWLOR *c.* ROYAL

N° du greffe: 26212.

1998: 13 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Assurance — Assurance automobile — Validité d'une police d'assurance — La police a-t-elle été cédée ou annulée?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1997), 153 Nfld. & P.E.I.R. 36, 475 A.P.R. 36, [1997] I.L.R. ¶1-3487, [1997] N.J. No. 189 (QL), qui a infirmé un jugement du juge Wells (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 1, 453 A.P.R. 1, [1997] I.L.R. ¶1-3403, [1996] N.J. No. 236 (QL), qui avait conclu à la validité d'une police d'assurance automobile. Pourvoi accueilli.

Neil Finkelstein, Matthew P. Gottlieb et *Glen L. C. Noel*, pour l'appelante.

Philip J. Buckingham et *Dennis N. Clarke*, pour l'intimé Oppenheim.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi essentiellement pour les raisons exposées par le juge Wells de première instance, et pour celles du juge Mahoney, dissident en Cour d'appel de

valid and binding in law and was not transferred or cancelled. Furthermore, there was no novation to release Lloyd's from the obligations under its policy issued to Royal.

Accordingly, the appeal is allowed with costs here and in the Court of Appeal, the judgment of the Court of Appeal is set aside, and the decision of the trial judge is restored.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Davies, Ward & Beck, Toronto; Patterson, Palmer, Hunt, Murphy, St. John's.

Solicitors for the respondent Oppenheim: McInnes Cooper & Robertson, St. John's.

Terre-Neuve. La police d'assurance Lloyd's était valide et était exécutoire en droit et elle n'a été ni cédée ni annulée. En outre, il n'y a eu aucune novation ayant pour effet de libérer Lloyd's des obligations qui lui incombaient en vertu de la police qu'elle avait établie pour Royal.

En conséquence, le pourvoi est accueilli avec dépens dans notre Cour et en Cour d'appel, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et la décision du juge de première instance est rétablie. 2

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Davies, Ward & Beck, Toronto; Patterson, Palmer, Hunt, Murphy, St. John's.

Procureurs de l'intimé Oppenheim: McInnes Cooper & Robertson, St. John's.

Jeffrey Rose *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* ROSE

File No.: 25448.

1998: February 25; 1998: November 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to fair trial — Right to full answer and defence — Defence required to address jury first if witness called and examined — Crown making implications not addressed by defence in address to jury — Trial judge not addressing issue in charge to jury — Whether provisions requiring order of address to jury contrary to Charter rights to fair trial and to make full answer and defence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3), (4).

Courts — Criminal procedure — Order of addresses to jury — Defence required to address jury first if defence called and examined witnesses — Crown making implications not addressed by defence in address to jury — Constitutional rights to fair trial and to make full answer and defence — Inherent jurisdiction of trial judge — Right of reply.

Subsection 651(3) of the *Criminal Code* requires counsel for the accused to make his or her closing address to the jury first if witnesses are called and

Jeffrey Rose *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* ROSE

N° du greffe: 25448.

1998: 25 février; 1998: 26 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — La défense doit s'adresser au jury en premier si elle a produit et interrogé des témoins — Le ministère public a fait des inférences que la défense n'avait pas abordées dans son exposé au jury — Le juge du procès ne s'est pas prononcé sur ce point dans ses directives au jury — Les dispositions qui prescrivent l'ordre dans lequel les exposés doivent être présentés au jury violent-elles les droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière garantis par la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3), (4).

Tribunaux — Procédure criminelle — Ordre de présentation des exposés au jury — La défense doit s'adresser au jury en premier si elle a produit et interrogé des témoins — Le ministère public a fait des inférences que la défense n'avait pas abordées dans son exposé au jury — Droits constitutionnels à un procès équitable et à une défense pleine et entière — Compétence inhérente du juge du procès — Droit de réplique.

Le paragraphe 651(3) du *Code criminel* dispose que l'avocat de l'accusé doit présenter son exposé final au jury en premier si des témoins ont été produits et inter-

examined by the defence. Subsection 651(4) compels this same order of address where two or more accused are tried jointly and any one of them calls and examines witnesses. The principal issue raised in this appeal is whether these provisions contravene either s. 7 (the right to make full answer and defence) or s. 11(*d*) (fair trial) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. The inherent jurisdiction of the trial judge and the right of reply are also implicated.

The accused was convicted of second degree murder. Prior to the closing arguments, counsel for the accused unsuccessfully sought a ruling pursuant to the *Charter* permitting him to address the jury last or to reply to the Crown's closing address. Counsel for the accused addressed the jury first as he had led evidence. The Crown then addressed the jury and twice asked them to draw negative inferences with regard to the accused's credibility based on a particular part of the defence expert witness' evidence. Defence counsel had not made reference to this evidence in his closing address. Following the judge's charge to the jury, defence counsel requested that the trial judge review the evidence on this issue with the jury but he refused to do so.

The accused unsuccessfully appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal. On appeal to this Court, the first and third constitutional questions queried whether s. 651(3) or 651(4) of the *Code* infringe or deny the right of an accused person to a trial in accordance with the principles of fundamental justice and/or the right of an accused person to make full answer and defence (s. 7 of the *Charter*), or to a fair trial at which the accused is presumed innocent (s. 11(*d*)), and if an infringement were found, the second and fourth queried whether the infringement was a reasonable limit which was demonstrably justified under s. 1.

Held (Lamer C.J. and McLachlin, Major and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The first and third constitutional questions should be answered in the negative; the second and fourth needed not be answered.

Per Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.: While the claim made in this case was articulated under both s. 7 and s. 11(*d*) of the *Charter*, a finding that one provision of the *Charter* has been infringed by the

rogés par la défense. Le paragraphe 651(4) impose le même ordre de présentation lorsque deux accusés ou plus sont jugés conjointement et que l'un d'entre eux produit et interroge des témoins. La question principale que soulève le présent pourvoi est de savoir si ces dispositions contreviennent soit à l'art. 7 (le droit à une défense pleine et entière), soit à l'al. 11*d*) (le droit à un procès équitable) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La compétence inhérente du juge du procès et le droit de réplique sont aussi concernés.

L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Avant la présentation des exposés finals, l'avocat de l'accusé, qui a invoqué la *Charte*, a sollicité en vain une ordonnance l'autorisant à s'adresser au jury en dernier ou à répondre à l'exposé final du ministère public. L'avocat de l'accusé a présenté son exposé au jury en premier étant donné qu'il avait présenté une preuve. Le ministère public s'est ensuite adressé au jury et, par deux fois, lui a demandé de tirer des conclusions défavorables quant à la crédibilité de l'accusé en se fondant sur une partie précise du témoignage de l'expert de la défense. L'avocat de la défense n'avait pas fait référence à cette partie du témoignage dans son exposé final. Après les directives du juge au jury, l'avocat de la défense a demandé au juge du procès de réexaminer la preuve sur ce point à l'intention du jury, mais le juge a refusé.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de l'accusé. Dans le présent pourvoi, les première et troisième questions constitutionnelles demandent si les par. 651(3) et 651(4) du *Code* enfreignent ou nient le droit d'un accusé à un procès tenu en conformité avec les principes de justice fondamentale ou le droit d'un accusé à une défense pleine et entière (art. 7 de la *Charte*), ou son droit à un procès équitable où il est présumé innocent (art. 11*d*)) et, dans l'affirmative, les deuxième et quatrième questions demandent si l'atteinte portée constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges McLachlin, Major et Binnie sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. Les première et troisième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative; les deuxième et quatrième questions ne nécessitent aucune réponse.

Les juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache: Bien que l'appelant invoque tant l'art. 7 que l'al. 11*d*) de la *Charte*, la conclusion que l'une de ces dispositions de la *Charte* a été violée par les dispositions législatives

impugned legislative provisions will entail a finding that the other provision has been infringed as well.

The right to make full answer and defence is one of the principles of fundamental justice protected under s. 7 of the *Charter*. This right does not imply an entitlement to those rules and procedures most likely to result in a finding of innocence. Rather, it entitles the accused to rules and procedures which are fair in the manner in which they enable the accused to defend against and answer the Crown's case.

It is useful to distinguish between two discrete aspects of the right to make full answer and defence. One is the right of the accused to have before him or her the full "case to meet" before answering the Crown's case by adducing defence evidence. A second and broader aspect which encompasses the first is the right of an accused person to defend him- or herself against all of the state's efforts to achieve a conviction. The Crown is not entitled to engage in activities aimed at convicting an accused unless that accused is permitted to defend against those state acts. However, it is not always the case that defending against the Crown's efforts to convict will necessarily imply answering words already spoken or deeds already engaged in by the Crown.

The order of jury addresses does not significantly affect the knowledge that the accused will have, at the time of the defence address, regarding the Crown's theory of the case and interpretation of the evidence. The accused who addresses the jury first may not know in precise detail the manner in which the Crown will articulate to the jury the reasons why it should find the accused guilty. However, the Crown will already have articulated its preliminary theory of the case at the opening of the trial, and will have made fairly clear any refinements or re-directions in this theory through the questions asked of witnesses and through the nature of the non-testimonial evidence adduced. The Crown will not be interpreting any evidence in its jury address of which the defence will not be aware. The defence will also know, as the result of events during the trial, the likely manner in which the Crown will present the evidence to the jury. Moreover, the Crown's ability to take the defence by surprise is severely curtailed by the restrictions placed on the scope of the Crown's closing address to the jury.

contestées entraînera la conclusion que l'autre disposition a aussi été violée.

Le droit à une défense pleine et entière est l'un des principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Il ne signifie pas un droit à l'application des règles et des procédures les plus favorables à un acquittement. Il s'agit plutôt du droit pour l'accusé aux règles et aux procédures qui sont équitables en ce qu'elles lui permettent de répondre aux arguments du ministère public et de se défendre.

Il est utile de distinguer entre deux aspects distincts du droit à une défense pleine et entière. L'un de ces aspects est le droit de l'accusé de connaître la totalité de la «preuve à réfuter» avant de répondre aux arguments du ministère public en présentant sa preuve en défense. Le second aspect du droit à une défense pleine et entière, plus large que le premier et qui l'inclut, est le droit de l'accusé de se défendre contre tous les moyens déployés par l'État pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas le droit d'agir en vue de faire déclarer l'accusé coupable à moins que ce dernier soit autorisé à se défendre contre les moyens qu'il fait valoir. Cependant, se défendre contre les moyens déployés par le ministère public pour obtenir une déclaration de culpabilité ne veut pas nécessairement dire répondre à des paroles déjà prononcées ou à des actions déjà menées par le ministère public.

L'ordre de présentation des exposés au jury n'a pas de répercussions importantes sur la connaissance qu'a l'accusé, au moment où il présente son exposé, de la thèse du ministère public et de son interprétation de la preuve. L'accusé qui s'adresse au jury en premier ne saura peut-être pas de façon précise de quelle manière le ministère public va présenter au jury les raisons pour lesquelles il devrait déclarer l'accusé coupable. Cependant, le ministère public aura déjà exposé de façon préliminaire sa thèse à l'ouverture du procès et l'accusé aura pu se faire une idée assez claire des précisions ou des nouvelles orientations apportées à cette thèse, grâce aux questions posées aux témoins et à la nature de la preuve non testimoniale déposée. Aucun élément de preuve interprété par le ministère public dans son exposé au jury ne sera inconnu de la défense. La défense saura aussi, en raison des événements survenus au cours du procès, de quelle façon le ministère public présentera vraisemblablement sa preuve au jury. De plus, la possibilité que le ministère public prenne la défense au dépourvu est grandement réduite en raison des limites imposées à l'envergure de l'exposé final que le ministère public présente au jury.

The enterprise of defending oneself against a criminal charge does not intrinsically imply a temporal order of speaking, with the accused "answering" the Crown's jury address with a jury address in reply. What is being answered in the accused's jury address is the evidence and the Crown's theory of the case. The accused's jury address is his or her opportunity to answer the Crown evidence and theory of the case with argument and persuasion. The social science evidence and the observations of experienced appellate court judges support a finding that the right to address the jury last is not a fundamental advantage. It is not unfair to require an accused to engage one of two equally advantageous jury address procedures. The impugned provisions of the *Code* therefore do not infringe the accused's right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*.

In this case, it was open to defence counsel to address an ambiguity in his expert witness' testimony in his closing address to the jury, to re-examine the witness in order to clarify his testimony, or to ask that the accused be recalled to testify whether he was aware of the condition described by the expert witness. The fact that the Crown adverted to this condition and the defence did not reveals not an unfairness in the jury address procedure but merely a tactical choice by each party as to what to emphasize.

The impugned sections of the *Code* do not infringe the accused's right to procedural fairness under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* on the basis that they unfairly require the accused to choose between two constitutionally protected rights, namely, the right to testify and to call and examine witnesses in one's defence, and the right to make full answer and defence to the Crown's jury address. The accused's inability to address the jury last is not a violation of the right to make full answer and defence. As such, no unfair choice between two constitutionally protected rights arises.

Sections 651(3) and (4) do not infringe upon the accused's right to that presumption of innocence. A properly instructed jury would not presume guilt on the part of the accused from the fact that he or she addresses the jury first following the presentation of the evidence. The trial judge must instruct a jury in clear terms that it is the prosecution which bears the burden of proving the

Se défendre contre une accusation criminelle n'implique pas intrinsèquement que l'on prenne la parole dans un ordre temporel donné, c'est-à-dire que l'accusé «réponde» à l'exposé du ministère public par un contre-exposé. Ce à quoi l'accusé répond dans l'exposé au jury, c'est à la preuve et à la thèse du ministère public. L'exposé au jury constitue l'occasion pour l'accusé de répondre à la preuve et à la thèse du ministère public en usant d'arguments et de persuasion. Les études des sciences sociales et les observations faites par des juges d'expérience siégeant en appel permettent de conclure que le droit de s'adresser au jury en dernier n'est pas un avantage fondamental. Il n'est pas inéquitable d'exiger que l'accusé présente son exposé au jury en conformité avec l'une ou l'autre des deux méthodes prévues, l'une et l'autre étant également avantageuses. Les dispositions contestées du *Code* ne portent donc pas atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière protégé par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*.

En l'espèce, il était loisible à l'avocat de la défense, dans son exposé final au jury, de dissiper une ambiguïté du témoignage de son témoin expert, de réinterroger le témoin afin de clarifier son témoignage ou de demander que l'accusé soit rappelé pour témoigner quant à la question de savoir s'il avait remarqué le phénomène décrit par l'expert. Le fait que le ministère public y ait fait allusion, alors que l'accusé ne l'avait pas fait, ne révèle pas le manque d'équité de la procédure suivie pour présenter les exposés au jury, mais simplement un choix tactique effectué par chaque partie quant aux éléments sur lesquels il fallait insister.

Les dispositions contestées du *Code* ne portent pas atteinte au droit de l'accusé à l'équité procédurale garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* pour le motif qu'elles exigent injustement que l'accusé choisisse entre deux droits protégés par la Constitution, c'est-à-dire, le droit de produire et d'interroger des témoins pour sa propre défense, et le droit de présenter une défense pleine et entière pour réfuter l'exposé du ministère public au jury. Le fait que l'accusé ne puisse s'adresser au jury en dernier ne constitue pas une violation du droit de présenter une défense pleine et entière. Il n'y a donc pas de choix injuste à faire entre deux droits protégés par la Constitution.

Les paragraphes 651(3) et (4) ne portent pas atteinte au droit de l'accusé d'être présumé innocent. Un jury ayant reçu des directives appropriées ne présumerait pas que l'accusé est coupable parce qu'il s'adresse à lui en premier, après la présentation de la preuve. Le juge du procès doit expliquer au jury, au moyen de directives claires, que c'est la poursuite qui a le fardeau de prouver

accused's guilt beyond a reasonable doubt and a failure to do so will justify a new trial. Moreover, the entire trial itself proceeds on the same basis.

The principles outlined with respect to s. 651(3) mandate a finding that the s. 651(4) is similarly constitutional. Even though, in the case of multiple accused, one or more accused may be forced to address the jury before the Crown does so even when he or she did not call and examine witnesses, the fact that the accused did not have the choice to address the jury before the Crown is of no consequence as the order of address does not infringe the *Charter* rights of an accused.

There are two approaches available to a trial judge to remedy unfairness resulting from an improper closing address. First, if a trial judge is of the opinion that an irregularity in counsel's address has jeopardized the fairness of the trial, then, in most situations, it may be rectified by a specific correcting reference to it in the charge to the jury. This should suffice in most cases. Second, if the trial judge is of the opinion that curative instructions alone will not suffice to remedy the damage, then in those relatively rare situations, the prejudiced party may be granted a limited opportunity to reply.

It is the duty of the trial judge to present the case for the defence as fully and fairly as the case for the Crown. If there is unfairness in the Crown's address, a complaint can be brought to the attention of the trial judge who should correct any mistake by Crown counsel in overstepping the bounds of propriety, resulting in an unfair trial. Here, it would have been preferable if the trial judge had directed the jury to consider the qualifying testimony of the defence witness. However, in light of the evidence presented in this case and taking into account the entire charge to the jury no miscarriage of justice resulted from his failure to do so.

The obligation of a trial judge to ensure that an accused's right to a fair trial is preserved has been enshrined in s. 11(*d*) of the *Charter*. However, the inherent jurisdiction of superior court judges to remedy procedural unfairness during the trial has always existed at common law. It cannot be circumvented by narrow or confining statutory language and can only be removed

la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable et le défaut de donner ces directives justifiera la tenue d'un nouveau procès. Au surplus, le déroulement de tout le procès repose sur ce principe.

Les principes énoncés relativement au par. 651(3) commandent de conclure que le par. 651(4) est constitutionnel pour des raisons similaires. Même si, dans le cas où il y a plus d'un accusé, l'un ou plusieurs d'entre eux peuvent être forcés de s'adresser au jury avant le ministère public, même s'ils n'ont pas eux-mêmes produit et interrogé de témoins, le fait que l'accusé ait été obligé de s'adresser au jury avant le ministère public est sans conséquence, étant donné que l'ordre de présentation des exposés ne porte pas atteinte aux droits d'un accusé garantis par la *Charte*.

Le juge du procès dispose de deux moyens pour remédier au manque d'équité résultant d'un exposé final incorrect. Premièrement, si le juge du procès est d'avis qu'une irrégularité de l'exposé des avocats a compromis le caractère équitable du procès, dans la plupart des cas, il peut y remédier en apportant une correction dans ses directives au jury. Cela devrait suffire dans la plupart des cas. Deuxièmement, dans les cas relativement rares où le juge du procès estime que des directives correctrices seules ne suffiront pas à réparer le préjudice, il peut accorder à la partie lésée un droit de réplique limité.

Le juge du procès a l'obligation de présenter les arguments de la défense d'une manière aussi complète et juste que ceux du ministère public. Si l'exposé du ministère public est injuste, la défense peut porter plainte au juge du procès, qui doit corriger les erreurs que le substitut du procureur général a commises en dépassant les bornes et qui sont susceptibles de conduire à un procès inéquitable. En l'espèce, il aurait été préférable que le juge du procès demande au jury de prendre en considération la précision apportée dans le témoignage du témoin de la défense. Cependant, à la lumière de la preuve présentée en l'espèce et compte tenu de l'ensemble des directives du juge au jury, aucune erreur judiciaire n'a été commise en raison de cette omission.

L'obligation du juge du procès de veiller au respect du droit de l'accusé à un procès équitable a été constitutionnalisée à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Cependant, la compétence inhérente des juges des cours supérieures de remédier à un manque d'équité procédurale au cours du procès a toujours existé en common law. Cette compétence inhérente ne peut être battue en brèche au moyen

by clear and precise statutory language. Such language is not found in s. 651.

Where the Crown is entitled to address the jury last pursuant to s. 651, the trial judge may exercise the court's residual discretion and grant defence counsel an opportunity to reply in those limited circumstances where the accused's ability to make a full answer and defence and his or her right to a fair trial have been prejudiced. Such prejudice may arise where the substantive legal theory of liability which the Crown has added or substituted in its closing has so dramatically changed that the accused could not reasonably have been expected to answer such an argument. It may also be appropriate to grant a reply where the accused is actually misled by the Crown as to the theory intended to be advanced. It is only in the clearest cases of unfairness that the trial judge should grant an opportunity to reply as an exercise of inherent jurisdiction. The reply must be confined to those issues improperly dealt with by Crown counsel and cannot be used simply to restate the original position of the defence or to advance new arguments or theories.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons of Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. were substantially agreed with. Sections 651(3) and (4) of the *Code* do not violate the *Charter*. Though there are compelling reasons for Parliament to decide to change the order in which closing addresses are given, the current model does not implicate the fundamental constitutional interest protected by ss. 7 and 11(*d*).

The appellant did not show that delivering the last address to the jury gives the Crown an inherent advantage over the defence. In addition, the right to full answer and defence does not require that the defendant be entitled to respond to what is put forward in the Crown's closing address to the jury. The ability to answer what is said by the Crown in its address is not fundamental to the ability to defend oneself effectively against a criminal charge which must be proven, on the facts, beyond a reasonable doubt. The comments of Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. on the duty of a trial judge to remedy unfairness caused by an improper jury address were agreed with, as well as their conclusion that no miscarriage of justice arose from the trial judge's failure to do so in this case.

d'un texte législatif étroit ou restrictif et ne peut être abolie que par un texte législatif clair et précis. L'article 651 ne constitue pas ce texte clair et précis.

Lorsque le ministère public a le droit de s'adresser au jury en dernier conformément à l'art. 651, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel et accorder à la défense un droit de réplique dans les cas limités où il y a atteinte à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et à son droit à un procès équitable. Un tel préjudice peut survenir lorsque le ministère public a tellement modifié la thèse relative à la responsabilité qu'il avançait initialement, en ajoutant des éléments ou en remplaçant des éléments, que l'on ne peut plus raisonnablement continuer de supposer que l'accusé peut répondre à une telle argumentation. Il peut aussi être approprié d'accorder un droit de réplique lorsque l'accusé est induit en erreur par le ministère public quant à la thèse qu'il entend avancer. Ce n'est que dans les cas de manquement manifeste à l'équité que le juge du procès devrait accorder un droit de réplique en vertu de sa compétence inhérente. La réplique doit porter uniquement sur les questions dont le ministère public a traité de façon incorrecte. La défense ne peut s'en servir pour réaffirmer simplement sa position initiale ni pour faire valoir de nouveaux arguments ou de nouvelles thèses.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs des juges Cory, Iacobucci et Bastarache sont acceptés pour l'essentiel. Les paragraphes 651(3) et (4) du *Code* ne contreviennent pas à la *Charte*. Bien qu'il existe des raisons sérieuses qui justifieraient le Parlement de décider de modifier l'ordre de présentation des exposés au jury, le modèle actuel ne fait pas intervenir les droits constitutionnels fondamentaux protégés par l'art. 7 et l'al. 11*d*).

L'appelant n'a pas établi qu'en s'adressant au jury en dernier, le ministère public bénéficie d'un avantage inhérent sur la défense. De plus, le droit à une défense pleine et entière ne requiert pas que le défendeur ait le droit de répondre à ce qu'avance le ministère public dans son exposé au jury. La possibilité de répondre à ce qu'avance le ministère public dans son exposé n'est pas indispensable pour qu'un accusé puisse se défendre efficacement contre une accusation criminelle qui doit être prouvée, dans les faits, hors de tout doute raisonnable. Il y a accord avec les remarques des juges Cory, Iacobucci et Bastarache sur l'obligation qu'a le juge du procès de remédier à l'injustice attribuable à un exposé incorrect, de même qu'avec leur conclusion que l'omission du juge du procès en l'espèce n'a pas entraîné d'erreur judiciaire.

A right by defence counsel to reply to the Crown's address cannot be granted under the trial judge's inherent jurisdiction. Parliament can exclude the inherent jurisdiction with clear and precise statutory language. The French and English texts of ss. 651(3) and (4) of the *Code* make it clear that Parliament has not left open the possibility that the judge may grant a right of reply under the inherent jurisdiction. Though it may be appropriate in certain cases to make an order under s. 24(1) of the *Charter* granting a reply, this issue need not be determined in this case.

Per Lamer C.J. and McLachlin, Major and Binnie JJ. (dissenting): An accused has a constitutional right to answer whatever is put against him or her by the Crown, whether in evidence or in argument. He or she cannot fairly be expected to answer a closing address that has not yet been made. Here, the accused's right to answer what was said to his prejudice by the Crown in its closing address was denied by s. 651 of the *Code* because of the prior decision of the defence to call witnesses. The right to call evidence and the right to answer the Crown's attack are both fundamental rights and an accused cannot constitutionally be required to choose between them. The imposition of such an election by s. 651 and the consequent denial of the right to make full answer and defence violated both s. 7 and s. 11 of the *Charter*.

In the realities of a courtroom it is often as vital for a party to address the "spin" as it is to address the underlying "fact". While counsel ought to avoid submissions that are not supported by the evidence, most trials turn on disputes about what inferences are in fact supported by the evidence. The accused may be prejudiced where the Crown, having heard the accused's address to the jury, has the ability to use the right of final address to reorient its argument, build its case on the "gaps" in the address of the accused without fear of the likelihood of reply, and develop a new spin on a piece of evidence whose significance had not been anticipated or addressed by the accused. The Crown's closing address adds to the jeopardy of the accused and thereby itself attracts the right to full answer and defence. Although the Crown suffers corresponding disadvantages when it is obliged to give the first address, as between the Crown and the defence, the inadequacies of the "two-speech" approach must be allowed to fall on the Crown.

Le droit de répondre à l'exposé du ministère public ne peut pas être accordé à l'avocat de la défense dans le cadre de l'exercice de la compétence inhérente du juge du procès. Le législateur fédéral peut exclure l'exercice de la compétence inhérente en employant des termes clairs et précis en ce sens. Compte tenu des versions française et anglaise des par. 651(3) et (4) du *Code*, il est clair que le législateur fédéral a écarté la possibilité que le juge puisse accorder un droit de réplique dans le cadre de l'exercice de sa compétence inhérente. Bien qu'il puisse être approprié dans certains cas de rendre une ordonnance fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* pour accorder un droit de réplique, il n'est pas nécessaire ici de statuer sur ce point.

Le juge en chef Lamer et les juges McLachlin, Major et Binnie (dissidents): L'accusé a le droit constitutionnel de répondre à tout ce qui est allégué contre lui par le ministère public, que ce soit sous forme de preuve ou d'argumentation. En toute équité, on ne peut s'attendre à ce que l'accusé puisse répondre à un exposé final qui n'a pas encore été présenté. En l'espèce, le droit de l'accusé de répondre aux allégations préjudiciables faites contre lui par le ministère public dans son exposé final lui a été refusé par l'application de l'art. 651 du *Code*, en raison de la décision qu'avait prise la défense plus tôt dans le procès de présenter des témoins. Le droit de présenter des témoins et celui de répondre à l'attaque du ministère public sont tous les deux des droits fondamentaux et l'accusé ne peut pas être constitutionnellement forcé de choisir entre les deux. Ce choix imposé par l'art. 651 et la négation qui s'en suit du droit à une défense pleine et entière violent à la fois l'art. 7 et l'art. 11 de la *Charte*.

Dans la réalité de la salle d'audience, il est souvent tout aussi vital pour une partie de savoir faire face à «l'image» créée par les faits qu'aux «faits» eux-mêmes. Bien que les avocats doivent éviter de faire des observations qui ne s'appuient pas sur la preuve, la plupart des procès portent sur la question de savoir quelles inférences sont étayées par la preuve. L'accusé peut subir un préjudice lorsque le ministère public, après avoir entendu l'exposé de l'accusé au jury, a la possibilité d'utiliser son droit de s'adresser au jury en dernier pour réorienter son argumentation, faire fond sur les «lacunes» de l'exposé de l'accusé sans crainte de possibilité de réplique, et présenter sous un nouvel éclairage favorable un élément de preuve dont l'accusé n'avait pas prévu l'importance ou dont il n'a pas parlé. L'exposé final du ministère public ajoute au péril auquel est exposé l'accusé et, par conséquent, fait intervenir le droit à une défense pleine et entière. Bien que le ministère public subisse les mêmes désavantages lorsqu'il

The Crown, unlike the accused, does not enjoy s. 7 *Charter* rights.

There is a lack of logic in a system that places the ultimate onus of proof of guilt squarely on the Crown, yet requires an accused to answer the Crown's arguments before they are made. The accused should not be compelled to address what he or she believes to be the prosecution theory, and then be relegated (and even then only in "exceptional cases") to a reply at the discretion of the trial judge, or to a corrective instruction, where Crown submissions to the jury are misleading or unsupported by the evidence.

The "corrective instruction" alternative suffers from the weakness that the jury would get the "correction" filtered through the eyes of the judge — not straight from the camp of the accused. If the concept of full answer and defence is to operate effectively in an adversarial system, the "answer" belongs to the adversary, not to the judge.

Defence counsel here did not make a "strategic decision" to ignore the evidence. His problem was not the particular evidence as such, but the specific way in which that evidence was used (or misused) by the Crown after defence counsel had finished his address to the jury. The debate about the tactical advantages of addressing the jury first or last cannot determine the scope of the right to answer, if an accused wishes to do so, the totality of what is put against him or her. Finally, while the decision whether or not to call defence witnesses may be based on a broad mix of strategic considerations, there is no justification for including amongst such considerations the threat of forfeiture of the right to address the jury last. The fact an accused elects to call witnesses should be independent of his or her right subsequently to answer whatever the Crown seeks to use to the accused's prejudice in closing argument before the jury.

Section 651 is not compatible with the s. 7 rights of an accused person to make full answer and defence. There are structural problems inherent in s. 651 which cannot be brushed aside with the response that s. 7 does not require the fairest of all possible procedures. The accused was required as a condition of calling defence

doit présenter son exposé en premier, entre le ministère public et la défense, il faut accepter que ce soit le ministère public qui ait à subir les conséquences des lacunes du modèle à «deux discours». Le ministère public, au contraire de l'accusé, ne bénéficie pas des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

Il y a manquement à la logique lorsqu'un système qui fait carrément porter au ministère public le fardeau de la preuve de la culpabilité exige pourtant de l'accusé qu'il réponde aux arguments du ministère public avant qu'ils n'aient été présentés. L'accusé ne devrait pas avoir à répondre à ce qu'il croit être les thèses de la poursuite pour ensuite ne plus avoir droit (et encore, dans des «cas exceptionnels seulement») qu'à une réplique, si le juge du procès le veut bien, ou à une directive correctrice, lorsque les arguments présentés par le ministère public au jury sont trompeurs ou ne sont pas appuyés sur la preuve.

L'autre solution, soit la «directive correctrice», a l'inconvénient que la «correction» ne parviendrait au jury que filtrée par le juge — et non directement du camp de l'accusé. Pour que le concept de défense pleine et entière prenne véritablement son sens dans un système accusatoire, il faut que la «réponse» appartienne à l'accusé, et non au juge.

L'omission par l'avocat de la défense de traiter de la preuve en l'espèce ne relevait pas d'un «choix stratégique». Ce n'est pas la preuve comme telle qui lui posait un problème, mais la façon particulière dont un élément de preuve a été utilisé (ou mal utilisé) par le ministère public après que l'avocat de la défense eut terminé son exposé au jury. Le débat sur les avantages tactiques de s'adresser au jury en premier ou en dernier ne peut déterminer l'étendue du droit de l'accusé de répondre, s'il le désire, à l'ensemble de ce qu'on lui reproche. Finalement, bien que la décision de présenter ou non des témoins en défense puisse être fondée sur un vaste amalgame de considérations stratégiques, il n'y a aucune raison d'y inclure la possibilité de perdre le droit de s'adresser au jury en dernier. Le fait qu'un accusé choisisse de présenter des témoins devrait être indépendant de son droit de répondre subséquemment à tout ce que le ministère public cherche à utiliser à son désavantage dans l'exposé final qu'il présente au jury.

L'article 651 n'est pas compatible avec le droit garanti par l'art. 7 à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Il y a des problèmes structurels inhérents à l'art. 651 qui ne peuvent être écartés par la réponse que l'art. 7 n'exige pas la plus équitable de toutes les procédures possibles. L'accusé a été obligé de

evidence to forfeit his right to answer the Crown's argument. The breach of s. 7 precipitated a breach of s. 11(*d*) fair trial rights. If in the operation of an otherwise constitutional procedure a *Charter* violation occurs that vitiates a particular trial, a s. 24(1) remedy is available. Where, as here, the unfairness flows from an antecedent s. 7 *Charter* violation that attaches to the statutory scheme of s. 651 itself, the appropriate remedy is found in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, not s. 24(1) of the *Charter*. Accordingly, the remedy must be directed to s. 651 itself. The reasoning in relation to s. 651(3) is applicable *mutatis mutandis* to s. 651(4).

The Crown conceded that there was no s. 1 justification for this violation. There is no redeeming merit to justify the requirement that the accused purchase the right to answer the Crown's closing argument at the expense of giving up his or her right to call evidence.

Cases Cited

By Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.

Referred to: *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, leave to appeal denied, [1987] 1 S.C.R. xv; *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *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; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *Gray v. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597; *Raysor v. State*, 272 So.2d 867 (1973); *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *Pisani v. The Queen*, [1971] S.C.R. 738; *R. v. Munroe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 431, aff'd [1995] 4 S.C.R. 53; *R. v. Neverson* (1991), 69 C.C.C. (3d) 80, aff'd [1992] 1 S.C.R. 1014; *R. v. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312; *R. v. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88; *R. v. F.G.*, [1994] M.J. No. 732; *R. v. Strebakowski* (1997), 93 B.C.A.C. 139; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458; *R. v. Pouliot*, [1993] 1 S.C.R. 456, rev'g (1992), 47 Q.A.C. 1;

renoncer à son droit de répondre à l'argumentation du ministère public pour faire entendre des témoignages pour sa défense. La violation de l'art. 7 a entraîné la violation de son droit à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*). Si l'application d'une procédure par ailleurs constitutionnelle donne lieu à une violation de la *Charte* qui vicie un procès donné, on peut avoir recours au par. 24(1). Lorsque, comme en l'espèce, le manquement à l'équité découle d'une violation antérieure de l'art. 7 qui tient à l'esprit de l'art. 651 même, la réparation appropriée se trouve au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non au par. 24(1) de la *Charte*. Par conséquent, la réparation doit viser l'art. 651 lui-même. Le raisonnement se rapportant au par. 651(3) est applicable *mutatis mutandis* au par. 651(4).

Le ministère public a admis qu'il n'y avait pour cette violation aucune justification en vertu de l'article premier. Aucun motif ne saurait justifier l'exigence que l'accusé paie de l'abandon de son droit de citer des témoins le droit de répondre à l'exposé final du ministère public.

Jurisprudence

Citée par les juges Cory, Iacobucci et Bastarache

Arrêts mentionnés: *R. c. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xv; *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *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; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *Gray c. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597; *Raysor c. State*, 272 So.2d 867 (1973); *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *Pisani c. La Reine*, [1971] R.C.S. 738; *R. c. Munroe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 431, conf. par [1995] 4 R.C.S. 53; *R. c. Neverson* (1991), 69 C.C.C. (3d) 80, conf. par [1992] 1 R.C.S. 1014; *R. c. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312; *R. c. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88; *R. c. F.G.*, [1994] M.J. nº 732; *R. c. Strebakowski* (1997), 93 B.C.A.C. 139; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458; *R. c. Pouliot*, [1993] 1 R.C.S. 456,

R. v. Osborn, [1969] 1 O.R. 152; *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. Nenadic* (1997), 88 B.C.A.C. 81; *Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475; *R. v. Keating* (1973), 11 C.C.C. (2d) 133; *Pisani v. The Queen*, [1971] S.C.R. 738.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Tzimopoulos (1986), 29 C.C.C. (3d) 304; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Daly* (1992), 57 O.A.C. 70; *R. v. Gardner*, [1899] 1 Q.B. 150; *R. v. Coppen* (1920), 33 C.C.C. 264; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Martin* (1905), 9 C.C.C. 371; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Bailey v. State*, 440 A.2d 997 (1982).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(*d*), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Crimes Act, as amended, 1966 (Australia).
Crimes Act 1961, as amended by *Crimes Amendment Act 1966*, 1966 (N.Z.) No. 98.
Crimes Act 1976, 1976 (Victoria), No. 8870, s. 417.
Crimes Legislation Amendment (Procedure) Act 1997 (New South Wales), Schedule 1.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3), (4).
Criminal Code Act 1899, 1899 (Queensland), No. 9, as amended, s. 619.
Criminal Law Amendment Act, 1968-69, S.C. 1968-69, c. 38, s. 52.
Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975 (South Australia), s. 288.
Criminal Procedure (Right of Reply) Act 1964, 1964 (U.K.), c. 34.
U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 29.1.

inf. (1992), 47 Q.A.C. 1; *R. c. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152; *Selvey c. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. Nenadic* (1997), 88 B.C.A.C. 81; *Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475; *R. c. Keating* (1973), 11 C.C.C. (2d) 133; *Pisani c. La Reine*, [1971] R.C.S. 738.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Tzimopoulos (1986), 29 C.C.C. (3d) 304; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Daly* (1992), 57 O.A.C. 70; *R. c. Gardner*, [1899] 1 Q.B. 150; *R. c. Coppen* (1920), 33 C.C.C. 264; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Martin* (1905), 9 C.C.C. 371; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Bailey c. State*, 440 A.2d 997 (1982).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11*d*), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3), (4).
Crimes Act, et modifications, 1966 (Australie).
Crimes Act 1961, modifiée par *Crimes Amendment Act 1966*, 1966 (N.-Z.), nº 98.
Crimes Act 1976, 1976 (Victoria), nº 8870, art. 417.
Crimes Legislation Amendment (Procedure) Act 1997 (Nouvelle-Galles du Sud), annexe 1.
Criminal Code Act 1899, 1899 (Queensland), nº 9, et modifications, art. 619.
Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975 (Australie-Méridionale), art. 288.
Criminal Procedure (Right of Reply) Act 1964, 1964 (R.-U.), ch. 34.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 52.
U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*, règle 29.1.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Report on the Jury.* Ottawa: Law Reform Commission, 1982.

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Lana, Robert E. "Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications" (1961), 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573.

Lawson, Robert G. "The Law of Primacy in the Criminal Courtroom" (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121.

Ontario. The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (Kaufman Report), vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Saks, Michael J., and Reid Hastie. *Social Psychology in Court.* New York: Van Nostrand Reinhold Co., 1978.

Schultz, D. P. "Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework" (1963), 13 *Psychol. Rec.* 129.

Shakespeare, William. *Julius Cæsar.* The Arden Edition of the Works of William Shakespeare. Ed. by T. S. Dorsch. London: Arden Shakespeare Paperbacks, 1955.

Sopinka, John. "The Many Faces of Advocacy", [1990] *Advocates Soc. J.* 3.

Sopinka, John, Sidney Lederman and Alan Bryant. *The Law of Evidence in Canada.* Toronto: Butterworths, 1992.

Tanford, J. Alexander. *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics.* Charlottesville, Va.: The Michie Co., 1983.

Tanford, J. Alexander. "An Introduction to Trial Law" (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623.

Tanford, J. Alexander. "Closing Argument Procedure" (1986), 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47.

White, Robert B. *The Art of Trial.* Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Fourth Report, "Order of Closing Speeches". Cmnd. 2148. London: H.M. Stationery Office, 1963.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 28 O.R. (3d) 602, 134 D.L.R. (4th) 628, 90 O.A.C. 193, 106 C.C.C. (3d) 402, 47 C.R. (4th) 323, 35 C.R.R. (2d) 229, [1996] O.J. No. 1554 (QL), dismissing an appeal from conviction by Granger J. sitting with jury. Appeal dismissed, Lamer C.J. and McLachlin, Major and Binnie JJ. dissenting. The first and third constitutional questions should be answered in the nega-

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur le jury.* Ottawa: Commission de réforme du droit, 1982.

Jacob, I. H. «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Lana, Robert E. «Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications» (1961), 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573.

Lawson, Robert G. «The Law of Primacy in the Criminal Courtroom» (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121.

Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *La Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin: Rapport* (Rapport Kaufman), vol. 1. Toronto: Ministère du Procureur général, 1998.

Saks, Michael J., and Reid Hastie. *Social Psychology in Court.* New York: Van Nostrand Reinhold Co., 1978.

Schultz, D. P. «Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework» (1963), 13 *Psychol. Rec.* 129.

Shakespeare, William. *Jules César.* Œuvres de William Shakespeare. Traduit par F.-V. Hugo. Paris. Édition de Cluny, 1938.

Sopinka, John. «The Many Faces of Advocacy», [1990] *Advocates Soc. J.* 3.

Sopinka, John, Sidney Lederman and Alan Bryant. *The Law of Evidence in Canada.* Toronto: Butterworths, 1992.

Tanford, J. Alexander. *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics.* Charlottesville, Va.: The Michie Co., 1983.

Tanford, J. Alexander. «An Introduction to Trial Law» (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623.

Tanford, J. Alexander. «Closing Argument Procedure» (1986), 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47.

White, Robert B. *The Art of Trial.* Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Fourth Report, «Order of Closing Speeches». Cmnd. 2148. London: H.M. Stationery Office, 1963.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 28 O.R. (3d) 602, 134 D.L.R. (4th) 628, 90 O.A.C. 193, 106 C.C.C. (3d) 402, 47 C.R. (4th) 323, 35 C.R.R. (2d) 229, [1996] O.J. nº 1554 (QL), qui a rejeté un appel formé contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Granger siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges McLachlin, Major et Binnie sont dissidents. Les première et troisième

tive; it was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.

Keith E. Wright and *Ralph B. Steinberg*, for the appellant.

Michael Bernstein, for the respondent.

Donna Valgardson and *Nancy L. Irving*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Alexander Budlovsky, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submission only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The reasons of Lamer C.J. and McLachlin, Major and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) —

I. Introduction

In this case, on a charge of second degree murder, Crown counsel addressed members of the jury last, and asked them to draw damaging inferences from the failure of the appellant to deal in his testimony with the presence or absence of blue colouration *post mortem* in the face of his alleged victim. The appellant, who claimed to be taken by surprise by this aspect of the closing address, asked to respond to the Crown's attack. The trial judge declined to give him that opportunity. The accused was convicted. My colleagues, Justices Cory, Iacobucci and Bastarache, at para. 109, state that:

> The enterprise of defending oneself against a criminal charge does not intrinsically imply a temporal order of speaking, with the accused "answering" the Crown's jury address with a jury address in reply.

questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.

Keith E. Wright et *Ralph B. Steinberg*, pour l'appelant.

Michael Bernstein, pour l'intimée.

Donna Valgardson et *Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Alexander Budlovsky, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges McLachlin, Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) —

I. Introduction

Dans la présente affaire portant sur une accusation de meurtre au deuxième degré, le substitut du procureur général s'est adressé au jury en dernier et lui a demandé de tirer des conclusions préjudiciables du fait que l'appelant n'a pas parlé dans son témoignage de la présence ni de l'absence d'une coloration bleue *post mortem* du visage de sa présumée victime. L'appelant, qui affirme avoir été pris au dépourvu par cet aspect de l'exposé final, a demandé l'autorisation de répondre à l'attaque du ministère public. Le juge du procès a rejeté la demande. L'accusé a été déclaré coupable. Mes collègues, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, affirment ce qui suit au par. 109:

> Se défendre contre une accusation criminelle n'implique pas intrinsèquement que l'on prenne la parole dans un ordre temporel donné, c'est-à-dire que l'accusé «réponde» à l'exposé du ministère public par un contre-exposé.

2 In my view, an accused does have a constitutional right to answer whatever is put against him by the Crown, whether in evidence or in argument. He cannot fairly be expected to answer a closing address that has not yet been made. The appellant's right to answer what was said to his prejudice by the Crown in its closing address was denied in this case by s. 651 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, because of the prior decision of the defence to call witnesses for the defence. The right to call evidence and the right to answer the Crown's attack are both fundamental rights and an accused cannot constitutionally be required to choose between them. In my view, the imposition of such an election by s. 651 and the consequent denial of the right to make full answer and defence violated both s. 7 and s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

II. Facts

3 The facts are analysed in the reasons of my colleagues and I will not repeat them here, except where it is desirable to do so for purposes of emphasis.

4 The accused was charged with the murder of his mother. He testified that he happened upon her unconscious body in the family home. The prosecution's position at trial was that the son had strangled the mother. There was a considerable body of evidence in support of the Crown's theory. The appellant, however, denied killing his mother and testified that she had taken her own life by hanging herself. The defence pointed to her history of depression and suicide attempts. The appellant testified that when he innocently discovered her unconscious body in the home he panicked and disposed of it to make it look as if she had disappeared. He was afraid that in light of the known tensions between him and his mother he would be falsely blamed for her death, he said.

5 Evidence was called that the mother suffered suicidal tendencies. Her employer, neighbour and former companion Peter Martin, who was unre-

À mon avis, l'accusé a bel et bien le droit constitutionnel de répondre à tout ce qui est allégué contre lui par le ministère public, que ce soit sous forme de preuve ou d'argumentation. En toute équité, on ne peut s'attendre à ce que l'accusé puisse répondre à un exposé qui n'a pas encore été présenté. Le droit de l'appelant de répondre aux allégations préjudiciables faites contre lui par le ministère public dans son exposé final lui a été refusé en l'espèce par l'application de l'art. 651 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en raison de la décision qu'avait prise la défense plus tôt dans le procès de présenter des témoins. Le droit de faire entendre des témoins et celui de répondre à l'attaque du ministère public sont tous les deux des droits fondamentaux et l'accusé ne peut pas être constitutionnellement forcé de choisir entre les deux. À mon avis, ce choix imposé par l'art. 651 et la négation qui s'en suit du droit à une défense pleine et entière violent à la fois l'art. 7 et l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

II. Les faits

Mes collègues analysent les faits dans leurs motifs et je ne les rappellerai ici que lorsque j'estimerai souhaitable d'en souligner certains aspects.

L'appelant a été accusé du meurtre de sa mère. Il a témoigné avoir trouvé le corps de sa mère inerte dans la demeure familiale. Au procès, la poursuite a soutenu que le fils avait étranglé la mère. La thèse du ministère public s'appuie sur une preuve imposante. L'appelant a toutefois nié avoir tué sa mère et il a témoigné qu'elle s'était pendue. La défense a rappelé ses antécédents de dépression et ses tentatives de suicide antérieures. L'appelant a témoigné que, lorsqu'il a innocemment découvert le corps inerte de sa mère dans la maison, il a paniqué et s'en est débarrassé de manière à faire croire à une disparition. Il a dit craindre d'être blâmé à tort pour sa mort parce que les tensions entre lui et sa mère étaient notoires.

Un témoin est venu dire que la mère souffrait de tendances suicidaires. Son employeur, voisin et ancien compagnon, Peter Martin, qui n'a aucun

lated to the appellant, testified that the mother was generally an unhappy person who kept to herself a great deal, and who suffered from extreme depression from time to time. He was aware of three prior suicide attempts by her. In the early 1980s, Martin had found her asleep in her bedroom with an empty pill bottle nearby. She recovered, however, without hospitalization. In the mid-1980s, Martin was called to the Rose residence by the appellant. Martin found the mother to be mumbling incoherently, with an empty pill bottle nearby. She was hospitalized for about one week. In September, 1989, Martin went to visit the mother and found her in her bedroom, again mumbling incoherently and "quite a mess physically". She was admitted to hospital for about one week. She was very depressed and reclusive prior to making each of these three suicide attempts.

lien de parenté avec l'appelant, a témoigné que la mère était généralement une personne malheureuse qui avait tendance à s'isoler, et qui à l'occasion avait des moments de dépression extrême. Il a eu connaissance de trois tentatives de suicide. Au début des années 80, Martin l'avait trouvée endormie dans sa chambre avec une bouteille de pilules vide à côté d'elle. Elle s'était toutefois remise sans devoir être hospitalisée. Au milieu des années 80, Martin avait été appelé à la résidence des Rose par l'appelant. Martin avait trouvé la mère en train de marmonner de manière incohérente avec à ses côtés une bouteille de pilules vide. Elle avait été hospitalisée pendant une semaine environ. En septembre 1989, Martin avait rendu visite à la mère et l'avait trouvée dans son lit, encore une fois marmonnant de manière incohérente et dans un [TRADUCTION] «état physique abominable». Elle avait été admise à l'hôpital pendant environ une semaine. Elle était très déprimée et vivait en recluse dans la période qui a précédé chacune de ces trois tentatives de suicide.

Much of the expert testimony was consistent with both the theory of the Crown and the theory of the defence. Both sides called forensic pathologists. Both experts testified that the cause of death was soft asphyxiation. Both experts believed that this could have resulted from either strangulation with a soft ligature (the Crown theory) or soft hanging (the defence theory).

6 Une bonne partie du témoignage d'expert est compatible tant avec la thèse du ministère public qu'avec la thèse de la défense. Les deux parties ont cité un pathologiste qui a déposé une expertise médico-légale. Ces deux experts ont témoigné que la mort est due à l'asphyxie (soft asphyxiation). Tous deux croyaient que cela pouvait résulter soit d'une strangulation au lien, avec compression légère (la thèse du ministère public) soit d'une pendaison sans violence (la thèse de la défense).

Emergence of the "Blue-Face" Evidence

Témoignage relatif à la «coloration bleue du visage»

The defence's expert, Dr. Jaffe, was the last witness for the defence. Towards the conclusion of the Crown's cross-examination, Dr. Jaffe was asked about facial colouration, as follows:

7 La défense a fait entendre son expert, le Dr Jaffe, comme dernier témoin. Vers la fin de son contre-interrogatoire, le ministère public lui a posé des questions au sujet de la coloration du visage de la victime:

[TRADUCTION]

Q. A[mi]d the situations where there is a soft hanging, is it sometimes the case that the head and face, with the ligature still around the neck, becomes congested and blue . . . if I may use that?

A. Blue . . . .

Q. Dans les cas où il y a pendaison sans violence, arrive-t-il parfois que la tête et le visage, lorsque le lien est encore autour du cou, deviennent congestionnés et bleus. . . si l'on peut dire?

R. Bleus. . .

Q. And is that in some cases, in most cases or. . . .?

A. Well a ligature around the neck which constricts the veins produces a purple/blue face above the ligature, but if after death or shortly after death the ligature is removed, blood drains back from the head and neck. . . . as long as the blood is still flowing. . . . and by the time the pathologist sees the person there may be no blue face any more.

. . .

Q. But that blueness in the face would certainly be visible at the time one came upon this person with the ligature still around the neck, would that be generally the case?

A. Well certainly, a reasonably skilled observer would notice it, yes.

Q. Is this something that's localized or generally observable throughout the face?

A. It usually involves the entire head above the ligature. [Emphasis added.]

8 The Crown did not ask, and the defence did not pursue in re-examination, whether Dr. Jaffe's reference to a "reasonably skilled observer" could include the appellant. The Crown initiated the topic of facial colouration. There was no suggestion the appellant had any medical training or medical skills. Nobody asked the appellant at the time he gave his evidence whether in fact he had noticed a blue colouration. Dr. Jaffe's testimony ended the evidentiary phase of the trial.

The Jury Addresses

9 Counsel for the defence, despite having called evidence, applied to the trial judge to be allowed to address the jury last. This request was denied, and predictably so in light of the prior Ontario Court of Appeal ruling in *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304. In accordance with s. 651(3) of the *Code*, counsel for the defence then addressed the jury, anticipating what he expected to be the Crown's arguments. He failed to anticipate or in

Q. Cela arrive-t-il dans certains cas, dans la plupart des cas ou. . .?

R. Bien, sous l'effet de la pression exercée par le lien autour du cou, le visage prend une coloration pourpre-bleue au-dessus du lien, mais si après le décès ou peu de temps après le décès, le lien est retiré, le sang s'écoule de la tête et du cou. . . dans la mesure où le sang circule encore. . . et lorsque le pathologiste voit la personne, la coloration bleue du visage peut s'être estompée.

. . .

Q. Mais cette coloration bleue du visage serait certainement visible au moment où quelqu'un voit cette personne avec le lien toujours autour du cou, est-ce que cela serait généralement le cas?

R. Bien, certainement, un observateur raisonnablement averti la remarquerait, oui.

Q. S'agit-il de quelque chose de localisé ou de quelque chose qui peut en général être observé sur tout le visage?

R. Cela affecte habituellement toute la tête au-dessus du lien. [Je souligne.]

Le ministère public n'a pas demandé si la référence faite par le Dr Jaffe à un «observateur raisonnablement averti» pouvait s'appliquer à l'appelant, et la défense, en ne réinterrogeant pas le témoin, n'a pas soulevé la question. C'est le ministère public qui a abordé la question de la coloration du visage. L'on n'a pas donné à entendre que l'appelant avait une formation ou des connaissances médicales. Personne n'a demandé à l'appelant au moment de sa déposition s'il avait en fait remarqué une coloration bleue. Le témoignage du Dr Jaffe a mis fin à la phase du procès consacrée à la présentation de la preuve.

Les exposés au jury

L'avocat de la défense, même s'il a fait entendre des témoins, a demandé au juge du procès la permission de s'adresser au jury en dernier. Cette demande a été rejetée, comme on pouvait s'y attendre en raison de l'arrêt *R. c. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304, rendu antérieurement par la Cour d'appel de l'Ontario. En conformité avec le par. 651(3) du *Code*, l'avocat de la défense s'est alors adressé au jury en essayant de prévoir

any event he failed to deal with the "blue-face" evidence of Dr. Jaffe.

In the final closing address counsel for the Crown asked the jury to draw an adverse inference from the failure of the appellant to testify about whether the face of his deceased mother was blue when discovered. The Crown's innuendo was that there was no blue colouration and no suicide. *Ergo*, death should be attributed to strangulation by the appellant, and a verdict of guilty returned. The Crown's argument was in part as follows:

An interesting point though in Doctor Jaffe's evidence . . . [was that] in a soft hanging you'd expect that if the ligature's still around the neck to see a blue face. That's as I recall the evidence. You'll have to determine that yourself; and that would eventually disappear once the ligature was removed, but it wouldn't be immediate, and it would be less immediate if the body were in a horizontal position. The accused tells you that the mother's in a normal sitting position in a chair after the supposed hanging; a blue face is something surely that he would have noticed and told us about. He tells you nothing about that however, other than the cable around her neck and her sitting normally in the chair. Would he not have told you that if indeed that were present, as it should have been if it happened this way? And that's another point I submit to you that points to the fictional setting that the accused has created. [Emphasis added.]

Later, and more theatrically, Crown counsel used the "blue-face" evidence to pour scorn on the supposed play acting of the appellant. Crown counsel suggested to the jury that the appellant was of superior intelligence and had during the trial orchestrated truths and lies to his own advantage. Crown counsel likened the trial to a stage play in which the appellant not only had a starring role, but also was producer, director and stage manager. He suggested that the trial was a "new production" which had "opened last Friday" when the appellant testified. He argued that the appellant "rehearsed himself well but sometimes he blows his lines",

quels arguments le ministère public invoquerait. Il n'a pas su prévoir que le témoignage du Dr Jaffe relatif à la «coloration bleue du visage» serait invoqué ou, en tout cas, il a omis d'en parler.

Dans son exposé final, le substitut du procureur général a demandé au jury de tirer une conclusion défavorable du fait que l'appelant n'avait pas mentionné dans son témoignage si le visage de sa mère était bleu lorsqu'il l'a trouvée morte. Le ministère public insinuait ainsi qu'il n'y avait eu ni coloration bleue ni suicide. Par conséquent, le décès devait être attribué à une strangulation par l'appelant et un verdict de culpabilité devait être rendu. Le ministère public a notamment fait valoir ce qui suit: 10

[TRADUCTION] Pourtant, un point intéressant du témoignage du Dr Jaffe [. . .] [avait trait au fait que] dans le cas d'une pendaison sans violence, il faudrait s'attendre à une coloration bleue du visage si le lien est toujours autour du cou. C'est là son témoignage, si je me souviens bien. Vous devrez vous faire votre propre idée sur ce point; et cette coloration disparaît une fois que le lien est enlevé, mais pas immédiatement, et cela prend plus de temps lorsque le corps est à l'horizontale. L'accusé vous dit que sa mère était assise normalement dans une chaise après la prétendue pendaison; un visage bleu est certainement quelque chose qu'il aurait remarqué et dont il nous aurait parlé. Il ne parle pas de cela cependant, mais du câble autour de son cou et du fait qu'elle est assise normalement dans la chaise. Est-ce qu'il n'en aurait pas parlé si de fait il y avait eu cette coloration, comme cela aurait dû être le cas si cela s'était produit de cette façon? C'est un autre élément que je tiens pour révélateur de la mise en scène qu'il a faite. [Je souligne.]

Plus tard, d'une façon plus théâtrale, le substitut du procureur général s'est servi de la preuve concernant la «coloration bleue du visage» pour attirer le mépris sur le supposé jeu d'acteur de l'appelant. Le substitut du procureur général a laissé entendre au jury que l'appelant était un homme d'une intelligence supérieure et qu'il avait, au cours du procès, orchestré vérités et mensonges à son avantage. Le substitut du procureur général a comparé le procès à une pièce de théâtre dans laquelle l'appelant avait non seulement un premier rôle, mais était aussi le producteur, le metteur en scène et le régisseur. Il a donné à entendre que le procès était une 11

giving the example of the appellant's failure to mention the blue face.

12 The trial judge denied the appellant's application for leave to answer the Crown's "spin" on the blue-face evidence. Defence counsel's secondary position was that the jury ought to be instructed by the trial judge as to the totality of the evidence on the "blue-face" issue, in particular: the "reasonably skilled observer" limitation; the fact that the blood would drain from the head within minutes of the ligature's being loosened; and the fact that the issue was never put to the appellant in chief or in cross-examination. The trial judge noted the objection but ruled that defence counsel was not entitled to reply to the address of the Crown and stated that he did not intend to mention the "blue-face" evidence in his charge to the jury.

13 The jury returned a verdict of guilty on a charge of second degree murder. The trial judge sentenced the appellant to life in prison with no eligibility for parole for 12 years.

III. Analysis

14 The precise question in this appeal is whether the appellant had a constitutional right to answer the argument as well as the evidence put against him by the Crown and if so, whether that right could constitutionally be taken away from him because of his decision to call witnesses for the defence.

15 I shall first address this threshold question, then canvass the various rationalizations for the present procedure identified by my colleagues, then offer some observations about how these problems are

[TRADUCTION] «nouvelle production» qui avait [TRADUCTION] «pris l'affiche vendredi dernier» lorsque l'appelant avait témoigné. Il a soutenu que l'appelant [TRADUCTION] «avait bien répété son rôle, mais qu'il avait manqué quelques répliques», en en donnant pour exemple l'omission de parler de la coloration bleue du visage.

Le juge du procès a rejeté la demande de l'appelant qui voulait être autorisé à répondre à l'«image» créée par le ministère public au moyen de la preuve concernant la coloration bleue du visage. Subsidiairement, l'avocat de la défense demandait au juge du procès de donner au jury des directives relatives à l'ensemble de la preuve sur la question de la «coloration bleue du visage», et plus particulièrement sur les points suivants: la réserve relative à l'«observateur raisonnablement averti»; le fait que le sang s'écoulerait de la tête quelques minutes après le relâchement du lien; le fait que la question n'a jamais été posée à l'appelant lors de l'interrogatoire principal ni du contre-interrogatoire. Le juge du procès a noté l'opposition de l'avocat de la défense, mais il a statué que ce dernier n'avait pas le droit de répondre à l'exposé du ministère public et a affirmé son intention de ne pas mentionner la preuve concernant la «coloration bleue du visage» dans ses directives au jury.

Le jury a prononcé un verdict de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a condamné l'appelant à la prison à vie sans admissibilité à une libération conditionnelle avant 12 ans.

III. Analyse

Le présent pourvoi soulève la question précise de savoir si l'appelant avait le droit constitutionnel de répondre tant à l'argumentation qu'à la preuve déposée contre lui par le ministère public et, le cas échéant, si ce droit pouvait lui être enlevé en raison de sa décision de présenter des témoins pour sa défense.

J'examinerai d'abord cette question préliminaire et je passerai ensuite en revue les divers motifs justifiant la présente procédure qu'ont exposés mes collègues. Je ferai quelques observations sur la

handled in criminal trials in jurisdictions comparable to our own, and finally offer a negative opinion about the constitutionality of s. 651 of the *Code*.

façon dont ces problèmes sont réglés dans les procès criminels tenus dans d'autres ressorts comparables au nôtre et, finalement, j'exposerai mes conclusions négatives au sujet de la constitutionnalité de l'art. 651 du *Code*.

Does the Right of an Accused to Make Full Answer and Defence under s. 7 of the Charter Apply to the Crown's Closing Address as well as to the Crown's Evidence?

Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la Charte s'applique-t-il à l'exposé final de même qu'à la preuve du ministère public?

The appellant says that the procedure at trial deprived him of his liberty otherwise than in accordance with "the principles of fundamental justice" within the meaning of s. 7 of the *Charter*, and consequently that he was denied his s. 11(*d*) fair trial rights. It is common ground that s. 7 incorporates procedural fairness as an element of fundamental justice and in particular the right to make full answer and defence; see *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505.

16 L'appelant affirme que la procédure suivie au procès l'a privé de sa liberté en contravention des «principes de justice fondamentale», au sens de l'art. 7 de la *Charte*, et que, par conséquent, il s'est vu nier son droit à un procès équitable protégé par l'al. 11*d*). Il est bien établi que l'art. 7 vise l'équité procédurale à titre d'élément de la justice fondamentale et, en particulier, le droit à une défense pleine et entière; voir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505.

The appellant's position is straightforward. The result of a successful prosecution is to secure a conviction and put him in jail. The conduct of Crown counsel, within the limits of his or her professional and ethical responsibilities, is calculated to bring about that result from the opening of the trial until completion of the closing address. In this case Crown counsel, speaking last, drew from the expert's testimony an inference which the expert himself was not asked to make, and did not make — namely that the appellant was a reasonably skilled observer who would have noticed a blue colouration had his mother in fact committed suicide. The appellant simply says that whatever it is the Crown uses to secure a conviction is something that he ought to be allowed to answer, if he has an answer, irrespective of whether it is put before the jury as evidence or argument. I agree with him.

17 La position de l'appelant est simple. Si la poursuite a gain de cause, elle le fait déclarer coupable et envoyer en prison. La conduite du substitut du procureur général, dans les limites de ses responsabilités sur le plan professionnel et éthique, vise l'obtention de ce résultat, du début du procès jusqu'à la fin de son exposé final. En l'espèce, le substitut du procureur général, s'adressant au jury en dernier, a tiré du témoignage de l'expert une inférence qu'on n'a pas demandé à l'expert de faire et que cet expert n'a pas faite — soit que l'appelant était un observateur raisonnablement averti qui aurait remarqué la coloration bleue du visage de sa mère si celle-ci s'était effectivement suicidée. L'appelant affirme simplement que, peu importe ce que le ministère public utilise pour obtenir une déclaration de culpabilité, il devrait être autorisé à y répondre, s'il le peut, que cela fasse partie de la preuve ou de l'argumentation. Je suis d'accord avec lui.

While it would be comforting to think that in a criminal trial facts speak for themselves, the reality is that "facts" emerge from evidence that is given shape by sometimes skilful advocacy into a coherent and compelling prosecution. The successful prosecutor downplays or disclaims the craftsman-

18 Il serait réconfortant de penser que dans les procès criminels les faits parlent d'eux-mêmes, mais la vérité c'est que les «faits» ressortent de la preuve présentée, parfois à l'issue d'une plaidoirie habile, sous la forme d'une charge cohérente et convaincante. Le poursuivant qui obtient gain de

ship involved in shaping the story. Such modesty should be treated with scepticism. The rules of "prosecutorial" advocacy have not changed much since Shakespeare put a "just the facts" speech in the mouth of Mark Antony:

For I have neither wit, nor words, nor worth,
Action, nor utterance, nor the power of speech
To stir men's blood; I only speak right on.
I tell you that which you yourselves do know,
Show you sweet Cæsar's wounds, poor poor dumb mouths,
And bid them speak for me.

Julius Cæsar, Act III, Scene ii.

19 While few counsel would claim Shakespearean powers of persuasion, the fact remains that in an age burdened with "spin doctors" it should be unnecessary to belabour the point that the same underlying facts can be used to create very different impressions depending on the advocacy skills of counsel. In the realities of a courtroom it is often as vital for a party to address the "spin" as it is to address the underlying "fact". As was pointed out by the late Justice John Sopinka, in "The Many Faces of Advocacy", in [1990] *Advocates' Soc. J.*, 3, at p. 7:

Notwithstanding that your witnesses may have been reticent and forgetful, and your cross-examinations less than scintillating, the case can still be won in final argument.

20 The accused may be prejudiced where the Crown, having heard the accused's address to the jury, has the ability to use the right of final address to reorient its argument, build its case on the "gaps" in the address of the accused without fear of the likelihood of reply, and develop a new spin on a piece of evidence whose significance had not been anticipated or addressed by the accused. While my colleagues suggest that this does not imply a "temporal order of speaking" (at para.

cause minimise son talent ou laisse entendre qu'il n'est pour rien dans la façon dont se présente le récit. Une telle modestie doit être traitée avec scepticisme. L'art de plaider pour le poursuivant n'a pas beaucoup changé depuis que Shakespeare a mis dans la bouche de Marc Antoine un discours «s'en tenant aux faits»:

Car je n'ai ni l'esprit, ni le mot, ni le mérite, ni le geste, ni l'expression, ni la puissance de parole, pour agiter le sang des hommes. Je parle en toute simplicité: je vous dis ce que vous savez vous-mêmes; je vous montre les blessures de mon cher César, pauvres, pauvres bouches muettes, et je les charge de parler pour moi.

Jules César, Acte III, Scène ii.

Bien que peu d'avocats prétendent avoir la force de persuasion de Shakespeare, il n'en demeure pas moins qu'en cette époque où les «doreurs d'image» sont légion, il ne devrait pas être nécessaire d'insister sur le point que les faits sous-jacents peuvent être utilisés pour créer des impressions très différentes selon les talents de plaideur de l'avocat. Dans la réalité de la salle d'audience, il est souvent tout aussi vital pour une partie de savoir faire face à «l'image» créée par les faits qu'aux «faits» eux-mêmes. Comme l'a fait remarquer le regretté juge John Sopinka dans «The Many Faces of Advocacy», dans [1990] *Advocates' Soc. J.*, 3, à la p. 7:

[TRADUCTION] Même si vos témoins n'ont pas dit grand-chose et ont eu des trous de mémoire, même si vos contre-interrogatoires ont été moins que brillants, il est encore possible d'avoir gain de cause grâce à l'exposé final.

L'accusé peut subir un préjudice lorsque le ministère public, après avoir entendu l'exposé de l'accusé au jury, a la possibilité d'utiliser son droit de s'adresser au jury en dernier pour réorienter son argumentation, faire fond sur les «lacunes» de l'exposé de l'accusé sans crainte de possibilité de réplique, et présenter sous un nouvel éclairage favorable un élément de preuve dont l'accusé n'avait pas prévu l'importance ou dont il n'a pas parlé. Alors que mes collègues laissent entendre que cela n'implique pas «que l'on prenne la parole dans un ordre temporel donné» (au par. 109), il me

109), it seems to me implicit in the notion of an "answer" that what is to be answered comes first.

As this case demonstrates, Crown counsel's address is capable of adding new elements apart from narrative coherence and rhetorical force to the evidence against the accused. As here, the jury may be invited to draw specific inferences from the evidence which may or may not be appropriate and in any event appear to have eluded counsel for the accused.

It is true, as my colleagues point out in para. 107, that Crown counsel (and indeed other counsel) should be accurate and should not put before the jury "assertions in relation to which there is no evidence". However, while Crown counsel are expected to be ethical, they are also expected to be adversarial. As the Ontario Court of Appeal itself observed in *R. v. Daly* (1992), 57 O.A.C. 70, at p. 76:

> A closing address is an exercise in advocacy. It is a culmination of a hard fought adversarial proceeding. Crown counsel, like any other advocate, is entitled to advance his or her position forcefully and effectively. Juries expect that both counsel will present their positions in that manner and no doubt expect and accept a degree of rhetorical passion in that presentation.

While counsel ought to avoid submissions that are not supported by the evidence, most trials turn on disputes about what inferences are supported by the evidence. If everyone agreed on a bright line demarcation, no doubt responsible counsel would respect it. Unfortunately, no such bright line exists.

Once one acknowledges, as my colleagues do in para. 104, "the powerful persuasive force which well-crafted and skilfully presented submissions may have in a jury trial", it follows that the Crown's closing address adds to the jeopardy of

semble implicite dans la notion de «réponse» que ce à quoi il faut répondre doit venir en premier.

Comme le présent pourvoi le démontre, l'exposé du substitut du procureur général peut ajouter de nouveaux éléments à la preuve produite contre l'accusé, à part la cohérence du récit et la force de persuasion. Comme en l'espèce, le jury peut être invité à tirer des inférences particulières de la preuve, qui peuvent être appropriées ou non et qui, de toute façon, paraissent avoir échappé à l'avocat de l'accusé. 21

Il est vrai, comme mes collègues l'indiquent au par. 107, que le substitut du procureur général (et assurément l'autre avocat) doit faire preuve de rigueur et ne pas soumettre au jury «des affirmations pour lesquelles il n'y a pas de preuve». Cependant, si l'on s'attend à ce que le substitut du procureur général ait un comportement éthique, l'on s'attend aussi à ce qu'il agisse en adversaire. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a elle-même fait observer dans l'arrêt *R. c. Daly* (1992), 57 O.A.C. 70, à la p. 76: 22

> [TRADUCTION] L'exposé final est un exercice de plaidoirie. C'est le point culminant d'une procédure accusatoire âprement débattue. Le substitut du procureur général, comme tout autre plaideur, a le droit de faire connaître son point de vue avec force et efficacité. Les jurés s'attendent à ce que les deux avocats présentent leurs points de vue de cette façon et il ne fait pas de doute qu'ils s'attendent à ce que cette présentation soit empreinte jusqu'à un certain point de passion rhétorique.

Bien que les avocats doivent éviter de faire des observations qui ne s'appuient pas sur la preuve, la plupart des procès portent sur la question de savoir quelles inférences sont effectivement étayées par la preuve. Si tous s'entendaient sur une ligne de démarcation claire, il ne fait aucun doute que les avocats sérieux la respecteraient. Malheureusement, il n'en existe pas.

Une fois qu'on a reconnu, comme mes collègues le font au par. 104, «la grande force de persuasion que peuvent avoir dans un procès devant jury des observations bien préparées et habilement présentées», il s'ensuit que l'exposé final du ministère 23

the accused and thereby itself attracts the right to full answer and defence. Treating "the case for the prosecution" as including more than the evidence has respectable roots in the jurisprudence; see for example *R. v. Gardner*, [1899] 1 Q.B. 150, *per* Lord Russell of Killowen C.J., at p. 153:

> The section says that in such a case the person charged is to be called as a witness *immediately* after the close, not of the case for the prosecution (which expression might include the summing-up of counsel), but of the *evidence* for the prosecution. . . . [Emphasis by underlining added.]

To draw a hard distinction between evidence and argument when both are deployed to the prejudice of the accused, and either may tilt the outcome towards conviction, appears to me formalistic and unconvincing.

24 The Crown, of course, suffers corresponding disadvantages when it is obliged to give the first address. Parliament's decision to limit closing addresses in a criminal trial to one each from the accused and the Crown will inevitably create a potential problem for the party that is obliged to go first if that party is denied a right of reply. That being the case, however, as between the Crown and the defence, the inadequacies of the "two-speech" approach must be allowed to fall on the Crown. The Crown, unlike the accused, does not enjoy s. 7 *Charter* rights.

Is it Sufficient for the Accused to Be Forearmed with the Crown's "Theory" of the Case?

25 My colleagues take the view that despite the fact that closing argument can assist the Crown in obtaining a guilty verdict, it is not included in the package of prejudice to which the accused has a right to make full answer and defence. They take the narrow view that the right of an accused is satisfied by the opportunity to answer the evidence

public ajoute au péril auquel est exposé l'accusé et, par conséquent, fait intervenir le droit à une défense pleine et entière. Le fait de considérer que «les arguments de la poursuite» ne se limitent pas aux éléments présentés en preuve a aussi des racines dans la jurisprudence, comme en fait foi l'arrêt *R. c. Gardner*, [1899] 1 Q.B. 150, les motifs du juge en chef lord Russell of Killowen, à la p. 153:

> [TRADUCTION] L'article dit que dans un tel cas l'accusé doit être appelé à témoigner *immédiatement* après la présentation, non pas des arguments de la poursuite (cette expression pouvant inclure le résumé de l'avocat), mais de la *preuve* de la poursuite . . . [Je souligne.]

L'établissement d'une distinction bien nette entre preuve et argumentation alors que l'une et l'autre sont utilisées au détriment de l'accusé et peuvent faire pencher la balance en faveur d'une déclaration de culpabilité m'apparaît formaliste et peu convaincant.

Le ministère public subit bien sûr les mêmes désavantages lorsqu'il doit présenter son exposé en premier. La décision du législateur fédéral de limiter l'accusé et le ministère public à un seul exposé final dans le procès criminel créera inévitablement un problème pour la partie qui doit passer en premier s'il ne lui est pas accordé un droit de réplique. Cependant, tel étant le cas, entre le ministère public et la défense, il faut accepter que ce soit le ministère public qui ait à subir les conséquences des lacunes du modèle à «deux discours». Le ministère public, au contraire de l'accusé, ne bénéficie pas des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

Est-il suffisant que l'accusé soit armé de la «thèse» du ministère public?

Mes collègues sont d'avis que même si l'exposé final peut aider le ministère public à obtenir un verdict de culpabilité, il ne fait pas partie de l'ensemble des éléments qui pèsent contre l'accusé et contre lesquels il a le droit de présenter une défense pleine et entière. Ils adoptent un point de vue étroit selon lequel le droit d'un accusé est res-

and the Crown's theory of the case, as they state in their reasons for judgment at para. 109:

What is being answered in the accused's jury address is the evidence and the Crown's theory of the case, both of which, as just discussed, the accused will know prior to addressing the jury at the close of the defence evidence. The accused's jury address is his or her opportunity to answer the Crown evidence and theory of the case with argument and persuasion. [Emphasis added.]

This approach, with respect, is awkward both in principle and in practice, and (as stated) does not confront the constitutional problem. It is awkward in principle because of the persuasive onus that lies on the Crown. There is a lack of logic in a system that places the ultimate onus of proof of guilt squarely on the Crown, yet requires an accused to answer the Crown's arguments before they are made. This has long been recognized, e.g., in *R. v. Coppen* (1920), 33 C.C.C. 264 (Ont. C.A.), *per* Ferguson J.A., at p. 271, in a case where the Crown had decided not to speak first but to hold its argument for reply:

Before us, it was argued that the failure of the Crown to sum up the evidence left the prisoner's counsel, in a matter of life and death, to grope in darkness for the inferences, arguments, and ultimate theories of the prosecution, or to waste his time and efforts in speculating as to the Crown's inferences, arguments, and theories, and in gathering up every piece of evidence, arranging, re-arranging, and dovetailing them in hypothetical cases built according to his own conceptions, for the purpose of assailing them, and tearing them to pieces, hoping in this way to hit upon the Crown's case, theories, and arguments, and to destroy them. This, the prisoner's counsel contends, was unjust and unfair, and not in keeping with the honour and dignity of the Crown, or in keeping with the duty of the Crown counsel to prosecute with open hand and fairness — to secure justice to the accused — to give him the right to be heard by counsel and to make known to him the grounds on which the Crown demands his life.

pecté s'il a la possibilité de répondre à la preuve et à la thèse du ministère public, comme ils l'affirment dans leurs motifs de jugement au par. 109:

Ce à quoi l'accusé répond dans l'exposé au jury, c'est à la preuve et à la thèse du ministère public, qu'il connaît, nous l'avons déjà dit, lorsqu'il s'adresse au jury à la clôture de sa preuve. L'exposé au jury constitue l'occasion pour l'accusé de répondre à la preuve et à la thèse du ministère public en usant d'arguments et de persuasion. [Je souligne.]

Avec égards, cette méthode suscite des difficultés tant sur le plan des principes que sur le plan pratique et (comme je l'ai dit) ne tient pas compte du problème constitutionnel. Elle est difficile à justifier sur le plan des principes parce que le fardeau de la preuve repose sur le ministère public. Il y a manquement à la logique lorsqu'un système qui fait carrément porter au ministère public le fardeau de la preuve de la culpabilité exige pourtant de l'accusé qu'il réponde aux arguments du ministère public avant qu'ils n'aient été présentés. Cela est admis depuis longtemps, par exemple, dans l'arrêt *R. c. Coppen* (1920), 33 C.C.C. 264 (C.A. Ont.), les motifs du juge Ferguson, à la p. 271, où le ministère public avait décidé de ne pas prendre la parole en premier, mais de présenter son argumentation dans la réplique: 26

[TRADUCTION] On a soutenu devant nous que le défaut du ministère public de résumer la preuve a contraint l'avocat du prisonnier, dans une affaire de vie ou de mort, à chercher à l'aveuglette les inférences, les arguments et les dernières thèses de la poursuite, à perdre son temps et ses énergies à spéculer quant à ce que pourraient être les inférences, les arguments et les thèses du ministère public, et à réunir tous les éléments de preuve, à les arranger, à les réarranger et à les assembler en des cas hypothétiques fondés sur ses propres conceptions, dans le but de les attaquer et de les mettre en pièces, espérant que, ce faisant, il fera mouche sur les thèses et les arguments du ministère public et les détruira. L'avocat du prisonnier soutient que cela est injuste et inéquitable, va à l'encontre de l'honneur et de la dignité du ministère public, ou à l'encontre de l'obligation du ministère public de poursuivre de manière transparente et équitable — pour qu'il soit fait justice à l'accusé — pour lui donner le droit d'être entendu par avocat et lui faire savoir pour quels motifs le ministère public exige qu'il soit mis à mort.

I must confess that these arguments appealed strongly to my humanity and sense of what is fair; but it does not follow that the course pursued was illegal. [Emphasis added.]

27 Where, as here, the accused does call witnesses, his or her counsel in making the first address to the jury has to explain what he or she believes to be the Crown's argument in order then to try to poke holes in something that does not yet exist. While under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and related developments the defence no longer has to "grope in darkness" for the theory of the prosecution, the jury is not privy to the Crown's pre-trial disclosure. The defence may therefore have to elaborate upon the Crown's theory to the jury in order to set the stage for the defence response. Such repetition may inadvertently reinforce the prosecution's argument and add to its credibility. The notion that it is sufficient for the accused to respond to the "Crown theory of the case" also suffers from the practical difficulty that the Crown's theory of the case is a moving target that has to adjust to meet new or changing circumstances during the trial, including what the Crown hears in the defence closing address. As the jeopardy to the accused is created by the actual presentation of the Crown, not its original theory, much will depend on the words in which the Crown's case is put. As Ferguson J.A. put it in *Coppen*, *supra*, at p. 271, what is important is the Crown's "inferences, arguments, and ultimate theories". The accused should not be compelled to address what he believes to be the prosecution theory, and then be relegated (and even then only in "exceptional cases") to a limited reply at the discretion of the trial judge, or to a corrective instruction, where Crown submissions to the jury "are misleading or unsupported by the evidence", as my colleagues suggest in para. 116.

The "Exceptional Case" Approach

28 An example of the sort of "exceptional case" which my colleagues may have in mind as a candidate for reply or corrective direction was examined

Je dois avouer que ces arguments interpellent fortement mon sens de l'humanité et de l'équité; mais cela ne veut pas dire que ce qui a été fait était illégal. [Je souligne.]

Lorsque, comme en l'espèce, l'accusé fait entendre des témoins, son avocat, en s'adressant au jury en premier, doit expliquer ce qu'il croit être l'argumentation du ministère public afin de pouvoir faire des brèches dans ce qui n'existe pas encore. Bien qu'en vertu de *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et de ce qui s'en est suivi la défense n'ait plus à «chercher à tâtons» la thèse de la poursuite, le jury n'est pas au fait de la divulgation faite par le ministère public avant le procès. La défense peut donc se trouver dans l'obligation d'exposer au jury la thèse du ministère public afin de mettre en contexte sa réponse. Une telle répétition peut renforcer par inadvertance l'argumentation de la poursuite et ajouter à sa crédibilité. L'idée qu'il suffit que l'accusé réponde à la «thèse du ministère public» soulève aussi une difficulté pratique parce que la thèse du ministère public est une cible mobile qui se déplace suivant les événements survenant au cours du procès, y compris la teneur de l'exposé final de la défense au jury. Étant donné que le péril auquel est exposé l'accusé tient en fait à la façon dont le ministère public présente l'affaire et non à sa thèse originale, les termes choisis par le ministère public pour présenter ses arguments seront déterminants. Comme le juge Ferguson de la Cour d'appel le dit dans *Coppen*, précité, à la p. 271, ce qui est important, ce sont les [TRADUCTION] «inférences, arguments et thèses définitives» du ministère public. L'accusé ne devrait pas avoir à répondre à ce qu'il croit être les thèses de la poursuite pour ensuite ne plus avoir droit (et encore, dans des «cas exceptionnels seulement») qu'à une réplique limitée, si le juge du procès le veut bien, ou à une directive correctrice, lorsque les arguments présentés par le ministère public au jury sont «trompeurs ou non appuyés sur la preuve», comme mes collègues le donnent à entendre au par. 116.

L'approche fondée sur les «cas exceptionnels»

Un exemple du genre de «cas exceptionnels» que mes collègues peuvent avoir à l'esprit comme justifiant une réplique ou une directive correctrice

recently in meticulous detail by Commissioner Fred Kaufman, C.M., Q.C., in the report of *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (1998) (hereafter called the "*Kaufman Report*"). His report is of particular interest in connection with the issues raised on this appeal because much of his analysis of the wrongful conviction of Guy Paul Morin for the murder of Christine Jessop turned on problems associated with the complexities of expert evidence, problems that were compounded by a powerful but somewhat misleading closing address by Crown counsel. In that case, as here, the accused gave evidence at his trial, and his counsel therefore addressed the jury first and under s. 651 had no right to answer the prosecution argument which contributed to his wrongful conviction.

a été examiné récemment dans ses moindres détails par le commissaire Fred Kaufman, C.M., c.r., dans le rapport de la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (1998) (ci-après appelé le «*Rapport Kaufman*»). Ce rapport est particulièrement intéressant en ce qui a trait aux questions soulevées par le présent pourvoi, parce que la majeure partie de l'analyse portant sur la déclaration de culpabilité prononcée à tort contre Guy Paul Morin pour le meurtre de Christine Jessop renvoie à des problèmes liés aux complexités de la preuve d'expert, des problèmes qui ont été accentués par l'exposé final convaincant mais quelque peu trompeur livré par le substitut du procureur général. Dans cette affaire, comme dans le présent pourvoi, l'accusé avait témoigné à son procès et son avocat s'était donc adressé au jury en premier et, en application de l'art. 651, n'a pas eu le droit de répondre aux arguments de la poursuite qui devaient contribuer à le faire déclarer coupable à tort.

It is important to state at the outset that Commissioner Kaufman found the misleading aspects of the Crown's address were not deliberate (*Kaufman Report*, vol. 1, at pp. 118 and 145), and did not necessarily exceed the bounds of "ethical advocacy", at p. 147:

29 Il est important de dire dès le départ que le commissaire Kaufman a conclu que les aspects trompeurs de l'exposé du ministère public n'étaient pas délibérés (*Rapport Kaufman*, vol. 1, aux pp. 136, 137 et 168) et n'avaient pas nécessairement excédé les limites de l'«éthique de la plaidoirie», à la p. 170:

> In the context of a lengthy criminal case, involving complicated and conflicting evidence, the dangers are greater that such language could potentially mislead the triers of fact, yet remain within the bounds of ethical advocacy.

> Dans le contexte d'un long procès criminel comportant des éléments de preuve complexes et incompatibles, il est plus probable que de telles expressions puissent tromper les juges des faits tout en demeurant dans les limites de l'éthique de la plaidoirie.

Of relevance to the present appeal is the fact that at the Morin trial, as here, the Crown drew inferences from the expert testimony that went beyond the testimony of the experts themselves. Crown counsel in the *Morin* case rationalized this point with the explanation that "the Crown was not trying to summarize what the experts said. They were acting as advocates, presenting the Crown's position to the jury" (*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 151). In other words, the view of Crown counsel was that it is an open question in any trial, to be

30 Il est utile de constater aux fins du présent pourvoi que lors du procès Morin, comme en l'espèce, le ministère public avait tiré des inférences du témoignage des experts qui allaient au-delà de ce que les experts avaient dit eux-mêmes. Les substituts du procureur général dans l'affaire *Morin* ont rationalisé ce point en expliquant que «la poursuite ne tentait pas alors de résumer les propos des experts. Les procureurs de la Couronne occupaient comme avocats, et présentaient la thèse de la poursuite au jury» (*Rapport Kaufman*, vol. 1, à la

resolved by argument, as to what inferences are supported by the evidence.

31 The wrongful conviction of Guy Paul Morin was based almost entirely on circumstantial evidence. The Crown led expert evidence about clothing fibres found on the front seat of Mr. Morin's car to establish direct contact between the accused and the victim, and to establish that a hair found pinched in the victim's necklace at the site where her body was found was consistent with Mr. Morin's hair. Commissioner Kaufman's general conclusion was that:

> It was alleged before me that aspects of the Crown's closing address dealing with the hair and fibre evidence were misleading or potentially misleading. The evidence [at the Inquiry] supports that conclusion.
>
> (*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 118.)
>
> Mr. McGuigan [the leading Crown counsel] referred extensively to the study [Jackson & Cook, "The Significance of Fibres Found on Car Seats", 1986] in his closing address, heavily relying upon it as support for the prosecution's position that the fibre similarities showed direct contact between Christine Jessop and Guy Paul Morin. The study, properly understood, did not support the case for the prosecution. Further, the details of the study were completely irrelevant to the proceedings against Mr. Morin. The study was seriously misused at Mr. Morin's trial and likely misled the jury.
>
> (*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 119.)

I might add, parenthetically, that the last cited passages from the *Kaufman Report* more or less capture the appellant's argument about the Crown's use of the "blue-face" evidence in the present appeal.

32 Wrongly relying on their misinterpretation of a published paper (the Jackson & Cook Study, *supra*), the experts from the Centre of Forensic

p. 175). En d'autres termes, les substituts du procureur général étaient d'avis que, dans tout procès, la question de savoir quelles inférences sont étayées par la preuve est une question à débattre.

La déclaration de culpabilité prononcée erronément contre Guy Paul Morin était fondée presque entièrement sur une preuve circonstancielle. Le ministère public a déposé une preuve d'expert relativement à des fibres textiles trouvées sur le siège avant de l'automobile de M. Morin afin d'établir qu'il y avait eu un contact direct entre l'accusé et la victime et qu'un cheveu accroché au collier de la victime à l'endroit où son corps a été retrouvé était compatible avec les cheveux de M. Morin. Le commissaire Kaufman a tiré une conclusion générale dans les termes suivants:

> Certains ont prétendu devant moi que certaines facettes de la plaidoirie de la poursuite concernant la preuve d'expertise des cheveux et des fibres étaient trompeuses ou pouvaient l'être. La preuve présentée [à l'enquête] appuie cette conclusion.
>
> (*Rapport Kaufman*, vol. 1, à la p. 136.)
>
> Me McGuigan [le substitut du procureur général principal] s'est longuement reporté à l'étude [Jackson et Cook, «The Significance of Fibres Found on Car Seats», 1986] dans sa plaidoirie. Il en a alors cité de longs passages à l'appui de la thèse de la poursuite selon laquelle les similitudes entre les fibres établissaient qu'il y avait eu un contact direct entre Christine Jessop et Guy Paul Morin. Dans la mesure où elle était bien comprise, l'étude n'appuyait pas la preuve de la poursuite. De plus, les détails fournis dans l'étude n'étaient absolument pas pertinents à la poursuite contre M. Morin. L'étude a été très mal utilisée au procès de M. Morin et a vraisemblablement trompé le jury.
>
> (*Rapport Kaufman*, vol. 1, à la p. 137.)

Je pourrais ajouter, entre parenthèses, que les derniers passages cités du *Rapport Kaufman* rendent assez bien le sens de l'argument de l'appelant quant à l'utilisation par le ministère public de la preuve concernant la «coloration bleue» du visage dans le présent pourvoi.

32 S'appuyant à tort sur leur interprétation erronée d'une étude (l'étude Jackson et Cook, *op. cit.*), les experts du Centre des sciences judiciaires ont

Sciences incorrectly testified that this research by leading experts in the field supported their conclusion that the number of "matches" of fibres found in Morin's car and the victim's clothing tended to establish direct contact. Crown counsel took the erroneous testimony even further in his closing address, where he is quoted as saying:

> The chance of a random match diminishes with the more matches that are found and I submit to you that the trace evidence found in this case was not just a coincidence and is significant, probative evidence which assists you in arriving at the conclusion that the accused murdered Christine Jessop.
>
> In addition, ladies and gentlemen, if you were to put all the science aside and look at the results just using good old common sense, I would submit that you would have to conclude that Christine Jessop was in that Honda motor vehicle on October 3rd, just prior to her death.

(*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 132.)

As to the hair found *post mortem* in the victim's necklace, Commissioner Kaufman reproduced the following extract from Crown counsel's jury address:

> This type of expert opinion, in relation to hair, that's *as good as it gets in the science of hair comparison. It doesn't get any better.*

(*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 145; emphasis in original.)

Commissioner Kaufman commented on this aspect of the jury address as follows:

> Everything in [Crown counsel's] closing address was there for a purpose — not surprisingly, given his status as a pre-eminent advocate. . . . [H]is address [on this point] was obviously done so as to cause the jury to infer that the necklace hair was likely Mr. Morin's, given the small percentage of classmates whose hair was equally similar. The argument was invalid, since the small sample (and the absence of any evidence as to the composition of the class) permitted no such inference to be properly drawn. However, I cannot find . . . that

incorrectement témoigné que cette recherche menée par les plus grands experts dans le domaine appuyait leur conclusion que le nombre des «concordances» des fibres trouvées dans l'automobile de Morin avec les vêtements de la victime tendaient à établir le contact direct. Dans son exposé final, le substitut du procureur général est allé encore plus loin dans l'utilisation de ce témoignage erroné. Il a dit:

> Ces possibilités [que des concordances relèvent du hasard] diminuent en fonction de l'accroissement du nombre de concordances et je prétends que la preuve indiciale découverte en l'espèce n'était pas seulement une coïncidence. Il s'agit bien d'une preuve importante et ayant une valeur probante qui aide à conclure que l'accusé a assassiné Christine Jessop.
>
> En outre, Mesdames et Messieurs, si vous deviez écarter toutes les données scientifiques et examiner les résultats à la lumière du simple bon sens, je prétends que vous devriez en arriver à la conclusion que Christine Jessop se trouvait dans cette Honda le 3 octobre, immédiatement avant son décès.

(*Rapport Kaufman*, vol. 1, aux pp. 152 et 153.)

En ce qui a trait au cheveu trouvé accroché au collier de la victime après sa mort, le commissaire Kaufman a reproduit l'extrait suivant de l'exposé du substitut du procureur général au jury: 33

> Ce genre d'opinion d'expert, qui porte sur les cheveux, signifie que *la science de la comparaison des cheveux ne peut pas aller plus loin. C'est ce qui se fait de mieux.*

(*Rapport Kaufman*, vol. 1, à la p. 168; en italiques dans l'original.)

Le commissaire Kaufman a fait le commentaire suivant sur cet aspect de l'exposé au jury:

> Tous les éléments de la plaidoirie [du substitut du procureur général] se justifiaient étant donné son statut d'avocat chevronné. [. . .] [Ce point y a été inclus] pour amener le jury à conclure que les cheveux ayant adhéré au collier étaient vraisemblablement ceux de M. Morin vu le faible pourcentage de collègues de classe dont les cheveux étaient semblables. Cet argument n'était pas valable, car le faible échantillonnage (et l'absence de tout élément de preuve sur la composition de la classe) n'autorisait pas de tirer à juste titre une telle conclusion.

[Crown counsel] deliberately made an argument which he knew to be fallacious.

(*Kaufman Report*, vol. 1, at p. 145.)

34 The *Morin* case, exceptional as it was, illustrates what I believe to be some of the problems with my colleagues' view that a right to request the judge to grant an opportunity to reply or to provide a corrective instruction in exceptional cases satisfies the requirements of "full answer and defence". My colleagues state, at para. 103:

In our view, the jury address is an example of a situation in which an accused is equally capable of defending himself or herself against the Crown regardless of whether the Crown acts first or last.

The *Kaufman Report* chronicles how misinterpretations of the expert evidence in the Crown's closing address, albeit not deliberate and not necessarily outside the bounds of ethical advocacy, can produce a miscarriage of justice. It shows why counsel should not be fixed with the clairvoyance to anticipate the Crown's actual treatment of the expert evidence. Equally, it demonstrates why counsel in the position of Mr. Morin's counsel had a right to answer more than merely the "Crown's theory of the case". The defence should have the right to answer the actual "inferences, arguments, and ultimate theories" (*Coppen*, *supra*, at p. 271) of the Crown on a submission-by-submission basis.

35 What then of the proposed solution that in the "exceptional case" the accused could apply to make a reply limited to the alleged misrepresentations or corrective instruction at the discretion of the trial judge? In my view, the proposal falls short of a solution, because firstly it artificially restricts what the accused is entitled to "answer", secondly it subjects even that limited opportunity to the trial judge's discretion, and thirdly it leaves out of account the practical dynamics of a trial. It usually takes a good deal of counsel's time to review and explain the underlying expert testimony to help a

Toutefois, je ne puis conclure [. . .] que [le substitut du procureur général] a délibérément fait valoir un argument qu'il savait faux.

(*Rapport Kaufman*, vol. 1, aux pp. 167 et 168.)

L'affaire *Morin*, si exceptionnelle soit-elle, illustre ce que je crois être certains des problèmes que suscite le point de vue adopté par mes collègues que le droit de demander au juge d'accorder, dans certains cas exceptionnels, un droit de réplique ou de donner une directive correctrice satisfait aux exigences d'une «défense pleine et entière». Mes collègues disent au par. 103:

Selon nous, l'exposé au jury est un exemple de cas où l'accusé est tout aussi capable de se défendre contre le ministère public, que celui-ci ait agi en premier ou en dernier.

Le *Rapport Kaufman* expose comment des interprétations erronées de la preuve d'expert dans l'exposé final du ministère public, bien qu'elles n'aient été ni délibérées ni nécessairement contraires à l'éthique de la plaidoirie, peuvent entraîner une erreur judiciaire. Cela montre pourquoi on ne devrait pas attribuer aux avocats un don de clairvoyance leur permettant d'anticiper comment le ministère public présentera effectivement la preuve d'expert. Cela montre également pourquoi l'avocat, qui était placé dans la situation de l'avocat de M. Morin, avait le droit de ne pas limiter sa réponse à la seule «thèse du ministère public». La défense devrait avoir le droit de répondre point par point aux «inférences, arguments et thèses définitives» que le ministère public présente réellement (*Coppen*, précité, à la p. 271).

Qu'en est-il alors de la solution proposée suivant laquelle, dans des «cas exceptionnels», l'accusé pourrait faire appel au pouvoir discrétionnaire du juge du procès et demander qu'il lui accorde un droit de réplique limité aux observations erronées ou qu'il donne une directive correctrice? À mon avis, cette proposition ne constitue pas une solution parce que premièrement, elle restreint artificiellement ce à quoi l'accusé a le droit de «répondre», deuxièmement, elle assujettit cette possibilité limitée au pouvoir discrétionnaire du juge du procès et troisièmement, elle ne tient pas compte de la

jury grasp the conclusions defence counsel seeks to draw, or the errors of misinterpretation he or she hopes to correct. It took Commissioner Kaufman 68 pages in his Report to deconstruct and explain the errors in the hair and fibre evidence and its treatment in the Crown's closing address. If defence counsel in a *Morin* situation elected to review the hair and fibre evidence in his or her principal closing address, counsel would run the risk that he or she would be taken to have covered the subject and would not be permitted any reply at all. If a reply were permitted, defence counsel would still be deprived of the ability to re-establish from the ground up the sort of context necessary to make the jury understand the rebuttal argument because if he or she attempted to do so there would be accusations of "reploughing old ground" or "splitting the case". On the other hand, if defence counsel held off dealing with the expert evidence in question in his or her principal closing argument (as in the case under appeal), a reply might still be denied on the basis that the decision not to address the particular area of expert evidence in the principal closing argument would be deemed to be a "strategic decision" (as my colleagues put it in para. 115 of their reasons). Defence counsel would then be told that they would simply have to live with the adverse consequences of this attributed strategy. The more efficient as well as the more simple procedure would be to allow the defence in every case the right to speak last. That also happens to be the procedure that vindicates the constitutional rights of the accused under s. 7 of the *Charter* to make full answer and defence.

dynamique pratique du procès. L'avocat de la défense doit généralement consacrer beaucoup de temps à passer en revue et à expliquer le témoignage d'expert sous-jacent pour que le jury saisisse les conclusions qu'il veut tirer ou les erreurs d'interprétation qu'il espère corriger. Le *Rapport Kaufman* consacre 68 pages à la déconstruction et à l'explication des erreurs relatives à la preuve se rapportant au cheveu et aux fibres de même qu'au traitement qu'en a fait le ministère public dans son exposé final. Si l'avocat de la défense placé dans une situation semblable à celle de l'affaire *Morin* choisissait de passer en revue dans son exposé final principal la preuve relative au cheveu et aux fibres, il courrait le risque qu'on considère qu'il a couvert la question et qu'on ne lui accorde aucun droit de réplique. Si on lui accordait un droit de réplique, il serait encore privé de la possibilité de rétablir à partir du début le contexte qui lui permettrait de faire comprendre au jury sa réfutation parce que, s'il essayait de faire cela, on l'accuserait de «relabourer le même champ» ou de «scinder la preuve». Par ailleurs, s'il omettait dans son exposé final principal de traiter du témoignage d'expert en question (comme dans le présent pourvoi), on pourrait encore lui refuser le droit de réplique pour le motif que sa décision de ne pas aborder dans son exposé cet aspect particulier du témoignage d'expert relevait d'un «choix stratégique» (selon le terme utilisé par mes collègues au par. 115 de leurs motifs). L'avocat de la défense se ferait alors dire qu'il doit subir les conséquences de cette soi-disant stratégie. La procédure la plus efficace et la plus simple serait de permettre dans tous les cas à la défense de parler en dernier. Cette procédure est aussi celle qui donne effet au droit constitutionnel garanti à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte* de présenter une défense pleine et entière.

My colleagues' alternative suggestion, that the problem of misleading or unsupported submissions in the Crown's argument could be remedied by a "corrective instruction" from the trial judge, suffers from the weakness that the jury would get the "correction" filtered through the eyes of the judge — not straight from the camp of the accused. If the concept of full answer and defence is to operate

36 L'autre solution proposée par mes collègues, soit que le problème des observations trompeuses ou non fondées sur la preuve faites par le ministère public puisse être résolu au moyen d'une «directive correctrice» donnée par le juge du procès, a l'inconvénient que la «correction» ne parviendrait au jury que filtrée par le juge — et non directement du camp de l'accusé. Pour que le concept de

effectively in an adversarial system, the "answer" belongs to the adversary, not to the judge.

Trial Tactics Versus Constitutional Rights

37 My colleagues further rationalize the merits of s. 651 by suggesting that we are dealing in this appeal with little more than trial tactics and defence strategy. Thus, as mentioned, it is surmised that defence counsel made a "strategic decision" not to deal in his closing address with the blue-face evidence (at para. 115) and in any event did not suffer by being required to address the jury first because "it is not unfair to require an accused person to engage in one of two equally advantageous jury address procedures" (at para. 112), and further (at para. 120):

> At most, if the accused's counsel in a particular case subjectively views addressing the jury last as an advantage, the accused is faced with having to weigh one perceived tactical advantage among the various other factors which go towards determining whether or not to call and examine defence witnesses. [Emphasis in original.]

38 Undoubtedly, tactics play a role in the defence, as they do in the prosecution, but tactics operate within a framework established by the Constitution. I do not share my colleagues' assumption that defence counsel made a "strategic decision" in this case to ignore the blue-face evidence. His problem was not the "blue-face" evidence as such, but the specific way in which that evidence was used (or misused) by the Crown after defence counsel had sat down. Equally, while defence counsel may argue about the tactical advantages of addressing the jury first or last, the debate about trial tactics cannot determine the scope of the right of the accused to answer, if he or she wishes to do so, the totality of what is put against the accused. Finally, while the decision whether or not to call defence witnesses may be based on a broad mix of strategic

défense pleine et entière prenne véritablement son sens dans un système accusatoire, il faut que la «réponse» appartienne à l'accusé, et non au juge.

Tactiques de prétoire et droits constitutionnels

Mes collègues rationalisent encore les mérites de l'art. 651 en donnant à entendre que ce dont il est question dans le présent pourvoi se résume à peu près à des tactiques de prétoire et à de la stratégie de la part de la défense. Par conséquent, ils présument, comme je l'ai dit, que la décision de l'avocat de la défense de ne pas traiter dans son exposé final de la preuve concernant la «coloration bleue du visage» relevait d'un «choix stratégique» (au par. 115) et que l'accusé n'a de toute façon subi aucun préjudice du fait de devoir s'adresser au jury en premier parce «qu'il n'est pas inéquitable d'exiger que l'accusé présente son exposé au jury en conformité avec l'une ou l'autre des deux méthodes prévues, l'une et l'autre étant également avantageuses» (au par. 112). Ils ajoutent (au par. 120):

> Tout au plus, si l'avocat de l'accusé dans une affaire donnée estime subjectivement que le fait de s'adresser au jury en dernier constitue un avantage, l'accusé est obligé de soupeser ce qu'il estime être un avantage tactique par rapport à divers autres facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer s'il y a lieu de produire et d'interroger des témoins pour sa défense. [Souligné dans l'original.]

Il ne fait pas de doute que la tactique joue un rôle dans la défense, tout comme dans la poursuite, mais son emploi est limité au cadre des règles fixées par la Constitution. Je ne partage pas l'opinion de mes collègues selon laquelle il faut supposer qu'en l'espèce, l'omission par l'avocat de la défense de traiter de la preuve concernant la coloration bleue du visage relevait d'un «choix stratégique». Ce n'est pas la preuve concernant «la coloration bleue du visage» comme telle qui lui posait un problème, mais la façon particulière dont cet élément de preuve a été utilisé (ou mal utilisé) par le ministère public après que l'avocat de la défense eut regagné son siège. De même, bien que les avocats de la défense ne s'entendent pas sur les avantages tactiques de s'adresser au jury en premier ou en dernier, ce débat sur les tactiques du prétoire ne

considerations, there is no justification for including amongst such considerations the threat of forfeiture of the right to address the jury last. The fact that an accused elects to call witnesses should be independent of his or her right subsequently to answer whatever the Crown seeks to use to the accused's prejudice in closing argument before the jury.

peut limiter l'étendue du droit de l'accusé de répondre, s'il le désire, à l'ensemble de ce qu'on lui reproche. Finalement, bien que la décision de présenter ou non des témoins en défense puisse être fondée sur un vaste amalgame de considérations stratégiques, il n'y a aucune raison d'y inclure la possibilité de perdre le droit de s'adresser au jury en dernier. Le fait qu'un accusé choisisse de faire entendre des témoins devrait être indépendant de son droit de répondre subséquemment à tout ce que le ministère public cherche à utiliser à son désavantage dans l'exposé final qu'il présente au jury.

Evolution of the Two-Speech Model of Jury Addresses

Évolution du modèle à deux discours

Some of the difficulty here is created by the fact that s. 651 allows only a single address to each side. My colleagues appear in their reasons for judgment to assume the inevitability of the "two-speech" model, wherein the prosecution and the defence are ordinarily limited to one speech each.

39 En l'espèce, une partie des difficultés provient du fait que l'art. 651 autorise chaque partie à ne présenter qu'un exposé. Mes collègues, dans leurs motifs de jugement, paraissent présumer le caractère inévitable du modèle à «deux discours», où la poursuite et la défense sont ordinairement limités à un seul discours chacun.

A survey of comparable jurisdictions shows that there are a variety of approaches to the solution of the problem of closing addresses in the context of a criminal trial. As will be seen, the two-speech model was introduced in Canada in 1892 for reasons which can only be guessed at. Hansard discloses no discussion of the topic. Most of the jurisdictions which allow only two speeches permit the defence to go last or give the defence an option to go first or last. A more common option is use of the three-speech model in criminal trials. It is a rare thing to require the defence to make its closing address before hearing the closing address of the prosecution. Canada is not alone in requiring this, but it is in a dwindling minority.

40 Un examen de ressorts comparables montre qu'il existe une diversité de méthodes pour résoudre le problème posé par l'exposé final dans le contexte d'un procès criminel. Comme nous le verrons, le modèle à deux discours a été introduit au Canada en 1892 pour des motifs sur lesquels nous ne pouvons que spéculer. Le Hansard ne révèle aucune discussion sur le sujet. La plupart des ressorts qui permettent seulement deux discours permettent à la défense de passer en dernier ou lui donnent le choix de passer en premier ou en dernier. L'utilisation d'un modèle à trois discours dans les procès criminels est beaucoup plus répandue. Il est rare que l'on exige de la défense qu'elle présente son exposé final avant d'avoir entendu celui de la poursuite. Le Canada n'est pas le seul à l'exiger, mais il fait partie d'une minorité de plus en plus faible.

In 1892, Canada adopted the procedure whereby the accused who called evidence would be required to address the jury before hearing the Crown's closing address and would not have a right of reply. At the same time, it was provided

41 En 1892, le Canada a adopté la procédure en vertu de laquelle l'accusé qui produisait des témoins devait s'adresser au jury avant d'entendre l'exposé final du ministère public et n'avait pas le droit d'y répliquer. Par la même occasion, on pré-

that where the accused called no evidence, the representative of the Attorney General addressed the jury first, but did have a right of reply. This lopsided arrangement was justified by vague references to the prerogatives of the Crown, but was also much criticized, as for example, in *R. v. Martin* (1905), 9 C.C.C. 371 (Ont. C.A.), *per* Maclaren J.A., concurring, at p. 389:

> In my opinion, the trial Judge ruled properly in his interpretation of sec. 661. It is a relic of absolutism and high prerogative, and, while it stands on the statute-book, the representative of the Attorney-General has a right to claim it, and, when he does so, the Judge must allow it.

42 The "relic" of the Crown's right of reply was abolished in Canada by the *Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 52. Thereafter, criminal trials in this country were limited by Parliament to the two-speech model.

Giving the Accused the Right to Go Last

43 The problems of reply inherent in the two-speech model do not necessarily require movement to a three-speech model. Another option is to impose the unfairness generated by the two-speech model, to the extent it exists, on the Crown. If the defence always has the last word or is given the option to have the last word, the s. 7 issue is resolved.

44 England, New Zealand, and the Australian state of Victoria have enacted rules stipulating that the defence will always address the jury last. See *Criminal Procedure (Right of Reply) Act 1964*, 1964 (U.K.), c. 34 (England); *Crimes Act 1961*, as amended by *Crimes Amendment Act 1966*, 1966 No. 98 (New Zealand); and *Crimes Act*, as amended, 1966 (Australia). These legislative amendments followed extensive law-reform initiatives, as for example, The English Law Reform Criminal Law Revision Committee, whose Fourth Report, "Order of Closing Speeches", (July 29, 1963), Cmnd. 2148, contained the following observations at p. 5:

voyait que, lorsque l'accusé ne présentait aucun témoin, le substitut du procureur général s'adressait au jury en premier, mais avait bel et bien un droit de réplique. Cet arrangement bancal était justifié par une vague référence aux prérogatives de la Couronne, mais était aussi très critiqué; voir par exemple l'arrêt *R. c. Martin* (1905), 9 C.C.C. 371 (C.A. Ont.), les motifs concordants du juge Maclaren à la p. 389:

> [TRADUCTION] À mon avis, le juge du procès a correctement interprété l'art. 661. C'est un reste d'absolutisme et de prérogative et, tant qu'il fait partie de la loi, le substitut du procureur général a le droit de l'invoquer et, s'il le fait, le juge doit l'accepter.

Ce «reste» constitué par le droit de réplique du ministère public a été aboli au Canada par la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 52. Dorénavant, les procès criminels au Canada étaient limités par le législateur fédéral au modèle à deux discours.

Accorder à l'accusé le droit de passer en dernier

Les problèmes de réplique inhérents au modèle à deux discours ne nécessitent pas forcément que l'on passe à un modèle à trois discours. Une autre solution consiste à faire porter au ministère public le poids du caractère inéquitable du système à deux discours, si tant est qu'il y a iniquité. Si la défense a toujours le dernier mot ou a le choix d'avoir le dernier mot, le problème lié à l'art. 7 est réglé.

L'Angleterre, la Nouvelle-Zélande et l'État australien de Victoria ont adopté des règles qui prévoient que la défense s'adresse toujours au jury en dernier. Voir *Criminal Procedure (Right of Reply) Act 1964*, 1964 (R.-U.), ch. 34 (Angleterre); *Crimes Act 1961*, modifiée par *Crimes Amendment Act 1966*, 1966 nº 98 (Nouvelle-Zélande); *Crimes Act*, et modifications, 1966 (Australie). Ces modifications législatives font suite à la mise en œuvre d'importantes mesures de réforme du droit, comme, par exemple, The English Law Reform Criminal Law Revision Committee, dont le Fourth Report, «Order of Closing Speeches» (29 juillet 1963), Cmnd. 2148, comportait les observations suivantes à la p. 5:

10. In favour of providing that the defence should be given the right to the last speech in all cases there is the general principle that procedure should be such as to favour the defence so far as possible. It may be argued that it is wrong that the defence should have to weigh the advantage of calling a witness against that of having the last word. In any case it is difficult to see on what principle the right to the last speech [i.e., the defence's closing speech or the prosecution's reply] should depend on whether or not a witness is called for the defence; and the rule seems generally archaic and not to serve any useful purpose nowadays, especially as the advantage of making the last speech may not be so great now as formerly. . . .

11. Having taken these considerations into account we are of the opinion that it would be advisable to amend the law . . . so as to provide that the defence should always have the right to the last speech. The arguments of principle referred to in paragraph 10 seem to us convincing, and we can see no reasons of principle or convenience against the amendment. In this view we are fortified by the fact that in Scotland the defence always have the right to the last speech and we understand that this causes no difficulty.

The unsatisfactory nature of the present sequence of argument in Canada was noted by the Law Reform Commission of Canada *Report on the Jury* (1982), at p. 68:

Section [651] of the *Criminal Code* provides that the right to address the jury last falls to the prosecutor if witnesses are examined by the defence. We are unaware of any compelling reason why this should be so. Indeed, reason would seem to compel the opposite result if it is accepted that the party whose interests are most in jeopardy in a criminal trial should have the last word. Because the sequence of an accusatorial system requires that the prosecution prove its case before the accused is called upon to respond to the accusation against him, we believe that sequence should equally be respected in closing arguments. The Commission therefore recommends that the accused always have the right of last address. [Emphasis added.]

The Ontario Court of Appeal in *Tzimopoulos* freely acknowledged the imperfections of the present arrangement at p. 338 and expressed some

[TRADUCTION]

10. Plaidant en faveur d'accorder à la défense le droit de prononcer son exposé en dernier dans tous les cas, il y a le principe général suivant lequel la procédure devrait favoriser la défense le plus possible. On peut soutenir qu'il n'est pas approprié que la défense ait à soupeser s'il est avantageux de faire entendre un témoin plutôt que d'avoir le dernier mot. De toute façon, il est difficile de voir sur quel principe le droit de parler le dernier [l'exposé final de la défense ou la réplique de la poursuite] devrait dépendre du fait que la défense présente un témoin ou n'en présente pas; il semble que cette règle soit archaïque de façon générale et qu'elle ne serve aucune fin utile de nos jours, surtout que l'avantage de parler le dernier n'est peut-être pas aussi grand maintenant qu'il l'était anciennement . . .

11. Vu ces considérations, nous sommes d'avis qu'il serait préférable de modifier la loi [. . .] de manière que la défense ait toujours le droit de parler en dernier. Les principes dont il est question au par. 10 nous semblent convaincants, et nous ne pouvons voir aucune raison de principe ou de convenance contre la modification. Nous sommes confortés dans cette opinion par le fait qu'en Écosse, la défense a toujours le droit de présenter son exposé en dernier et que cela ne crée aucune difficulté.

Le caractère insatisfaisant de l'actuel ordre de présentation des plaidoiries a été souligné en 1982 dans le *Rapport sur le jury* de la Commission de réforme du droit du Canada, aux pp. 70 et 71:

Selon l'article [651] du *Code criminel*, le poursuivant a le droit de s'adresser en dernier au jury si l'accusé a fait entendre des témoins. Nous ne voyons pas pourquoi il devrait absolument en être ainsi. En fait, nous serions plutôt enclins à opter pour la solution contraire si l'on pose pour principe que c'est à la partie dont les intérêts sont les plus menacés que devrait revenir le droit de parler la dernière. Dans un système de type accusatoire, la poursuite doit faire la preuve de la culpabilité de l'accusé avant que celui-ci n'ait à répondre à l'accusation portée contre lui. Nous croyons que les plaidoiries devraient être présentées dans le même ordre. Par conséquent, la Commission recommande que l'accusé ait, dans tous les cas, le droit de présenter en dernier sa plaidoirie au jury. [Je souligne.]

La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Tzimopoulos*, avait reconnu volontiers les imperfections de la procédure actuelle, à la p. 338, et elle 45

support for the recommendations of the Law Reform Commission:

> The preceding historical and comparative survey supports the conclusion that the appellant's submission is not devoid of merit. Indeed, we believe that it would significantly improve our criminal procedure if Parliament implemented the recommendation of the Law Reform Commission or, and perhaps even preferably, enacted legislation that gave the accused an election whether to address the jury first or last. There are undoubtedly many circumstances in which defence counsel would prefer to go first. No harm to the public interest would occur by giving the accused an option.

The Law Reform Commission's proposal in 1982 that the accused always have the right of last address has not yet been acted upon, or rejected, by Parliament.

Conclusion with Respect to Section 7

46 The foregoing analysis leads to the conclusion that s. 651 is not compatible with the s. 7 rights of an accused person to make full answer and defence. There are structural problems inherent in s. 651 which cannot be brushed aside with the response that s. 7 does not require the fairest of all possible procedures. Despite the fact that s. 651 has governed the order of jury addresses for over a century, the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* as elaborated by this Court since 1982 requires that the accused be given the right to address the Crown's actual "inferences, arguments, and ultimate theories", not merely to confront what defence counsel thinks the Crown will probably be saying after the defence sits down. The right to answer the Crown's argument should not depend on a defence decision not to call evidence. If the two-speech model is to continue then s. 7 requires that the defence have the right to go last. If a three-speech model is preferred (as discussed below under remedies), the logical sequence in light of the ultimate burden of proof would be prosecution-defence-prosecution. In most cases this would adequately protect the right of the accused to make full answer and defence. If the trial judge were of the view that the Crown had

avait bien accueilli les recommandations de la Commission de réforme du droit:

> [TRADUCTION] Les études historiques et comparatives précédentes soutiennent la conclusion que l'argument de l'appelant n'est pas sans fondement. En fait, nous croyons que notre procédure criminelle serait grandement améliorée si le législateur fédéral mettait en œuvre la recommandation de la Commission de réforme du droit ou, mieux encore peut-être, s'il adoptait une loi donnant à l'accusé le choix de s'adresser au jury en premier ou en dernier. Il y a sans doute de nombreuses situations où l'avocat de la défense préférerait passer en premier. Aucun tort ne serait causé à l'intérêt public si l'on donnait à l'accusé ce choix.

Le législateur fédéral n'a pas encore adopté ni rejeté la recommandation de 1982 dans laquelle la Commission de réforme du droit du Canada proposait que l'accusé ait toujours le droit de présenter son exposé en dernier.

Conclusion en rapport avec l'art. 7

L'analyse qui précède conduit à conclure que l'art. 651 n'est pas compatible avec le droit garanti par l'art. 7 à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Il y a des problèmes structurels inhérents à l'art. 651 qui ne peuvent être écartés par la réponse que l'art. 7 n'exige pas la plus équitable de toutes les procédures possibles. En dépit du fait que l'art. 651 ait depuis plus d'un siècle déterminé l'ordre dans lequel sont présentés les exposés au jury, les principes de justice fondamentale énoncés à l'art. 7 de la *Charte*, tels qu'ils ont été développés par notre Cour depuis 1982, exigent que soit accordé à l'accusé le droit de répondre aux «inférences, arguments et thèses définitives» présentés réellement par le ministère public, et non simplement à ce que l'avocat de la défense pense que le ministère public dira probablement une fois que l'avocat aura repris son siège. Le droit de répondre à l'argumentation du ministère public ne devrait pas être subordonné à la décision de la défense de ne pas faire entendre de témoins. Si le modèle à deux discours doit demeurer, alors l'art. 7 exige que la défense ait le droit de passer en dernier. Si l'on préfère le modèle à trois discours (selon l'analyse faite ci-dessous sous le titre réparations), la séquence logique, eu égard à qui

raised a new and prejudicial matter in its reply, contrary to the rule against splitting an argument, a further defence submission on the new point could be permitted.

incombe en dernier lieu le fardeau de la preuve, serait la poursuite, la défense, la poursuite. Dans la plupart des cas, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière serait adéquatement protégé. Si le juge du procès était d'avis que le ministère public a soulevé dans sa réplique une question nouvelle pouvant porter préjudice à l'accusé, en contravention à la règle interdisant de scinder l'argumentation, il pourrait permettre à l'accusé de présenter des remarques sur ce nouveau point.

The Application of Section 11(d)

Application de l'al. 11d)

The s. 11(*d*) issue arises in this case because the appellant was required as a condition of calling defence evidence to forfeit his right to answer the Crown's argument. The breach of s. 7 precipitated a breach of his s. 11(*d*) fair trial rights. My colleagues agree that in cases where the accused is required to go first, circumstances may compel allowing the accused a right of reply. If in the operation of an otherwise constitutional procedure a *Charter* violation occurs that vitiates a particular trial, a s. 24(1) remedy is available. Where, as here, the unfairness flows from an antecedent s. 7 *Charter* violation that attaches to the statutory scheme of s. 651 itself, the appropriate remedy is found in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, not s. 24(1) of the *Charter*. Accordingly, as in my view s. 651(3) contravenes s. 7 of the *Charter*, the remedy must be directed to s. 651 itself.

47 L'application de l'al. 11*d*) est soulevée en l'espèce parce que l'appelant a été obligé de renoncer à son droit de répondre à l'argumentation du ministère public pour faire entendre des témoignages pour sa défense. La violation de l'art. 7 a entraîné la violation de son droit à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*). Mes collègues conviennent que dans les cas où l'accusé doit passer en premier, les circonstances peuvent dicter de lui accorder un droit de réplique. Si l'application d'une procédure par ailleurs constitutionnelle donne lieu à une violation de la *Charte* qui vicie un procès donné, on peut avoir recours au par. 24(1). Lorsque, comme en l'espèce, le manquement à l'équité découle d'une violation antérieure de l'art. 7 qui tient à l'esprit de l'art. 651 même, la réparation appropriée se trouve au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non au par. 24(1) de la *Charte*. Par conséquent, comme, à mon avis, le par. 651(3) contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, la réparation doit viser l'art. 651 lui-même.

Constitutional Validity of Section 651(4)

La validité constitutionnelle du par. 651(4)

Although s. 651(4), which relates to the sequence of jury addresses in the situation of multiple accused, is not directly in issue on the facts of this appeal, nevertheless its constitutional validity was put in issue by the constitutional questions stated by the Chief Justice. As the reasoning in relation to s. 651(3) is applicable *mutatis mutandis* to s. 651(4), it would be unhelpful for this Court to pronounce on s. 651(3) without dealing directly with the constitutionality of s. 651(4). I would

48 Même si le par. 651(4), qui porte sur l'ordre de présentation des exposés au jury dans le cas où il y a plus d'un accusé, n'est pas directement contesté vu les faits du présent pourvoi, le Juge en chef a néanmoins remis en question sa validité constitutionnelle par les questions constitutionnelles qu'il a énoncées. Comme le raisonnement se rapportant au par. 651(3) est applicable *mutatis mutandis* au par. 651(4), il n'y aurait aucun avantage à ce que notre Cour se prononce sur le par. 651(3) sans

propose that s. 651(4) be declared of no force or effect as well.

There Is No Section 1 Justification

49 The respondent frankly conceded that if ss. 651(3) and (4) were found to violate the *Charter*, he had no s. 1 justification to offer. There is no redeeming merit to justify the requirement that the accused purchase the right to answer the Crown's closing argument at the expense of giving up his right to call evidence.

50 While the respondent did not rely on an *Oakes*-type justification (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), he did provide the Court with considerable information about the practice in other "free and democratic" societies which, if anything, appears largely to support the appellant.

51 The vast majority of Anglo-American jurisdictions use a standard three-speech format for closing addresses in criminal trials. Following the close of the defence evidence, the prosecution makes its closing address, followed by the defence. The prosecution then has a right of reply, either automatic or discretionary. This is the case in the Australian states of Queensland, Victoria, New South Wales, South Australia; in the American states of Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Mexico, North Dakota, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming, and the District of Columbia, and under the U.S. Federal Courts. See Queensland, *The Criminal Code Act 1899*, 1899 (Queensland), No. 9, as amended, s. 619; Victoria, *Crimes Act 1976*, 1976 (Victoria), No. 8870, s. 417; New South Wales, *Crimes Legislation Amendment (Procedure) Act 1997*, Schedule 1; South Australia, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, s. 288; (regarding American state prac-

statuer directement sur la constitutionnalité du par. 651(4). Je suis d'avis de déclarer inopérant le par. 651(4) aussi.

Il n'y a aucune justification en vertu de l'article premier

L'intimée a admis franchement que, si l'on concluait que les par. 651(3) et (4) violent la *Charte*, elle n'avait aucune justification à offrir en vertu de l'article premier. Aucun motif ne saurait justifier l'exigence que l'accusé paie de l'abandon de son droit de présenter des témoins le droit de répondre à l'exposé du ministère public.

Bien que le substitut du procureur général n'ait pas invoqué une justification de type *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), il a fourni à la Cour amplement d'information quant à la pratique suivie dans d'autres sociétés «libre[s] et démocratique[s]» qui, si elle doit être prise en compte, paraît favoriser largement l'appelant.

Une forte majorité des ressorts anglo-américains utilisent une présentation normalisée fondée sur trois discours en ce qui concerne les exposés finals dans les procès criminels. À la clôture de la preuve de la défense, la poursuite présente son exposé final, puis, la défense fait de même. La poursuite a alors un droit de réplique, automatique ou facultatif. Il en est ainsi dans les États d'Australie suivants: Queensland, Victoria, Nouvelle-Galles du Sud, Australie-Méridionale; dans les États américains suivants: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Californie, Colorado, Connecticut, Delaware, Floride, Georgie, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Louisiane, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nouveau-Mexique, Dakota du Nord, Oklahoma, Rhode Island, Caroline du Sud, Dakota du Sud, Tennessee, Utah, Vermont, Virginie, Washington, Virginie-Occidentale, Wisconsin, Wyoming et District de Columbia; il en est de même devant les tribunaux fédéraux des États-Unis. Voir Queensland, *The Criminal Code Act 1899*, 1899 (Queensland), n° 9, et modifications, art. 619; Victoria, *Crimes Act 1976*, 1976 (Victoria), n° 8870, art. 417; Nouvelle-Galles du Sud, *Crimes Legislation Amendment (Procedure) Act*

tice) J. Alexander Tanford, *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics* (1983), at pp. 139-47, and J. Alexander Tanford, "An Introduction to Trial Law" (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623; U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 29.1 and *Bailey v. State*, 440 A.2d 997 (Del. Supr. 1982).

In only six American states does the prosecution close last with no right of reply to the defence: Kentucky, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York, and Pennsylvania. This same procedure is accepted in the Northern Territory of Australia, but in that jurisdiction the accused is permitted to close after the prosecution when the accused is defended by counsel who calls no witnesses to the facts except the accused: *Criminal Code Act, 1997*, Schedule 4.

All of this suggests that Crown counsel is in good company in conceding that if there were a *Charter* violation (which of course he denied), the violation is not supported by a comparison with other free and democratic societies.

IV. Remedies

As a majority of the Court is persuaded that ss. 651(3) and (4) are constitutionally valid, it is somewhat academic to embark on a discussion of remedies. Suffice it to say that while a simple striking down of ss. 651(3) and (4) would eliminate the objectionable provisions, and clear the way for the trial judge to regulate the order of jury addresses in a particular case in a manner consistent with the *Charter* rights of the accused, the better approach would have been for this Court to suspend any declaration of invalidity for one year. This delay would permit Parliament, if it wished, to put in place a new statutory framework to govern jury addresses that would be consistent with ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Parliament may wish to consider the various advantages and disadvantages of a two-speech model versus a three-speech model, and the implications and ramifica-

1997, annexe 1; Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, art. 288; (quant à la pratique dans les États américains) J. Alexander Tanford, *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics* (1983), aux pp. 139 à 147, et J. Alexander Tanford, «An Introduction to Trial Law» (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623; *U.S. Federal Rules of Criminal Procedure*, règle 29.1, et *Bailey c. State*, 440 A.2d 997 (C. supr. Del. 1982).

Dans six États américains seulement la poursuite passe en dernier sans droit de réplique accordé à la défense: Kentucky, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York et Pennsylvanie. Cette même procédure est acceptée dans le Territoire du Nord de l'Australie, mais, dans ce ressort, l'accusé peut présenter son exposé final après la poursuite lorsque l'accusé est défendu par un avocat qui ne fait comparaître aucun témoin quant aux faits, sauf l'accusé: *Criminal Code Act, 1997*, annexe 4. 52

Tout ceci donne à penser que le substitut du procureur général n'est pas le seul à admettre que s'il y a violation de la *Charte* (ce qu'il nie évidemment), cette violation n'est pas justifiée par une comparaison avec ce qui se fait dans d'autres sociétés libres et démocratiques. 53

IV. Les réparations

Étant donné que les juges majoritaires de la Cour sont convaincus que les par. 651(3) et (4) sont valides du point de vue constitutionnel, il est quelque peu théorique d'entreprendre une analyse portant sur les réparations. Il suffit de dire que même si la simple annulation des par. 651(3) et (4) aurait éliminé les dispositions contestables et permis au juge du procès de déterminer l'ordre dans lequel sont présentés les exposés au jury dans chaque affaire, en tenant compte des droits de l'accusé garantis par la *Charte*, il aurait été préférable que notre Cour suspende toute déclaration d'invalidité pendant un an. Ce délai aurait permis au législateur fédéral, s'il le désirait, de mettre en place un nouveau cadre légal pour régir la présentation des exposés aux jurés qui soit conforme à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le législateur peut désirer soupeser les divers avantages et inconvénients 54

tions of both. The new structure might, for example, create an option for the defence to go first or last, establish a procedure governing the right of reply, and perhaps include other provisions more sophisticated and comprehensive than the Court can initiate by a simple striking down of the two offending subsections.

d'un modèle à deux discours par rapport à un modèle à trois discours, de même que les implications et les incidences de l'un et de l'autre. La nouvelle structure pourrait, par exemple, accorder à la défense le choix de passer en premier ou en dernier, établir une procédure gouvernant le droit de réplique et peut-être inclure d'autres dispositions plus raffinées et plus complètes que le régime que la Cour peut introduire en annulant simplement les deux paragraphes fautifs.

55 Two of the interveners, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Canada, for example, suggested that allowing the prosecution to address the jury last is important because it is frequently only at the stage of argument that the Crown learns what affirmative defences the accused is relying on. It is in the interests of justice, they say, that jurors understand the theories of the parties. As the prosecution is not infrequently taken by surprise by such defences, the Crown will be deprived of an opportunity to present a "focused rebuttal" of these defences, and the fairness of the trial will suffer. The Crown, in other words, points out the weakness of the two-speech model in circumstances where the Crown is required to go first. Parliament may conclude that these types of considerations favour a three-speech approach. In a three-speech model the accused would not expect to go last, but the fact the accused has an opportunity to answer the Crown's principal argument and is subject then only to the very limited Crown right of reply to matters raised by the accused in closing argument, would satisfy his or her s. 7 rights. Ultimately the trial judge can determine whether the Crown has abused its reply and if so to take whatever remedial action he or she thinks necessary.

Deux des intervenants, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada, ont donné à entendre, par exemple, que permettre à la poursuite de s'adresser au jury en dernier est important parce que, fréquemment, ce n'est qu'à cette étape des débats que le ministère public apprend quels moyens de défense l'accusé entend invoquer activement. Il est dans l'intérêt de la justice, affirment-ils, que les jurés comprennent les thèses des parties. Étant donné qu'il n'est pas rare que la poursuite soit prise au dépourvu par ces moyens de défense, le ministère public sera privé de la possibilité de présenter une [TRADUCTION] «réfutation directe» de ces moyens de défense, et l'équité du procès en souffrira. En d'autres termes, le ministère public souligne les faiblesses du modèle à deux discours lorsque le ministère public doit passer en premier. Le législateur fédéral peut conclure que ce type de considérations favorise un modèle à trois discours. Dans ce modèle, l'accusé ne s'attendrait pas à passer en dernier, mais le fait que l'accusé ait l'occasion de répondre à l'argumentation principale du ministère public et ait alors à subir seulement l'exercice par le ministère public de son droit à une réplique limitée sur les points que l'accusé a soulevés lui-même dans son exposé, respecterait ses droits garantis par l'art. 7. En fin de compte, le juge du procès peut déterminer si le ministère public a abusé de son droit de réplique et, le cas échéant, prendre toute mesure de réparation qu'il estime nécessaire.

56 It is evident that both the "three-speech" model and the two-speech "last address" model have their advantages and disadvantages. Each in its own way, however, attempts to ensure that at some point prior to the judge's charge to the jury the

Il est évident que tant le modèle à «trois discours» que le modèle à deux discours-exposés «finals» ont leurs avantages et leurs inconvénients. Cependant, chacun à sa façon tente de garantir que, à un moment donné avant les directives du juge au

defence has the opportunity to answer whatever is relied upon by the prosecution to obtain a conviction. As pointed out by Professor J. Alexander Tanford, who has written extensively on this subject:

> The standard three-argument format is familiar. It appears in formal debates, appellate arguments, and the complaint-answer-reply sequence of civil pleadings. It permits each side the opportunity both to state its position and to respond to the opponent's argument. The more limited two-argument format undoubtedly evolved from a desire to save time in the crowded trial courts.

See Professor J. Alexander Tanford, "Closing Argument Procedure" (1986), 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47, at p. 77.

The selection from among the competing options is properly left to Parliament.

V. Disposition

I would propose a declaration that ss. 651(3) and (4) are inconsistent with s. 7 and s. 11(*d*) of the *Charter* and are therefore of no force or effect, but that the operation of such declaration be suspended for a year to permit consideration of the issues by Parliament. In light of the fact that the appellant was convicted by a procedure which was found to be violative of his *Charter* rights, I would propose that the conviction be set aside and a new trial ordered.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Sections 651(3) and (4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, entitle the Crown to deliver its closing address to the jury last, in certain circumstances, with no right of reply by the defence. The appellant alleges that these provisions violate an accused's right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice, guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the right to a fair trial, guaranteed by s. 11(*d*). I agree with my colleagues Justices

jury, la défense a l'occasion de répondre à tout ce sur quoi la poursuite se fonde pour obtenir une déclaration de culpabilité. Comme l'a fait remarquer le professeur J. Alexander Tanford, qui a beaucoup écrit sur le sujet:

> [TRADUCTION] La présentation normalisée à trois discours nous est familière. Elle apparaît dans les débats formels, dans les plaidoiries présentées devant les instances d'appel et dans la séquence plainte-réponse-réplique des procédures civiles. Elle donne à chaque partie l'occasion tant d'exposer sa position que de répondre à l'argumentation de l'adversaire. La présentation plus limitée à deux discours a sans doute été inspirée par le désir de gagner du temps devant les tribunaux de première instance surchargés.

Voir Professeur J. Alexander Tanford, «Closing Argument Procedure» (1986) 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47, à la p. 77.

57 Il convient de laisser au législateur fédéral la responsabilité de choisir entre les différentes options.

V. Dispositif

58 Je suis d'avis de déclarer que les par. 651(3) et (4) sont incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* et donc inopérants, mais que cette déclaration n'entrera en vigueur que dans un an, pour permettre au législateur fédéral d'examiner la question. Étant donné que la déclaration de culpabilité de l'appelant découle d'une procédure qui viole ses droits garantis par la *Charte*, je suis d'avis que cette déclaration soit infirmée et qu'un nouveau procès soit ordonné.

Version française des motifs rendus par

59 LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Les paragraphes 651(3) et (4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, accordent au ministère public le droit de s'adresser au jury en dernier, dans certaines circonstances, sans que la défense ait un droit de réplique. L'appelant soutient que ces dispositions portent atteinte au droit de ne pas être privé de sa liberté sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, droit garanti à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et au droit à un procès équitable, protégé

Cory, Iacobucci and Bastarache that the provisions do not violate the *Charter*, and I agree substantially with their reasoning. There are compelling reasons for Parliament to decide to change the order in which closing addresses are given, which are forcefully set out by Justice Binnie in his reasons. Indeed, many other countries have decided, through the legislative process, to adopt a different model than the one mandated by ss. 651(3) and (4). Nevertheless, the appellant has not shown that the current procedures violate his constitutional right to a fair trial. Although a move to one of the models described by Binnie J. would in my opinion be an improvement on the existing system, the current model does not implicate the fundamental interests protected by ss. 7 and 11(*d*). I agree that the appellant's arguments under ss. 7 and 11(*d*) are similar, and, like my colleagues, I will consider them together.

60 The burden of proof is on the person alleging a violation of his or her *Charter* rights to show that a given provision does so. In my opinion, the appellant has not shown that speaking first violates the principles of fundamental justice, or leads to an unfair trial. As my colleagues Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. demonstrate, the appellant has not shown that going last gives an advantage to the Crown which is not given to the defence. Though the fundamental right to trial fairness might be implicated if the current system led to a bias in favour of the Crown (see *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91), this is not the case. The social science evidence tendered shows that there is no particular advantage to speaking last, and this, combined with the fact that many experienced counsel prefer to speak first, demonstrates that speaking last does not provide the Crown with an inherent advantage.

61 Nor can it be said that the provisions violate the right to make full answer and defence. The appel-

par l'al. 11*d*). Je partage l'avis de mes collègues les juges Cory, Iacobucci et Bastarache que ces dispositions ne contreviennent pas à la *Charte*, et je souscris pour l'essentiel à leurs motifs. Il existe des raisons sérieuses qui justifieraient le Parlement de décider de modifier l'ordre de présentation des exposés au jury, raisons que le juge Binnie exprime de façon persuasive dans ses motifs. De fait, de nombreux autres pays ont décidé d'adopter par voie législative un autre modèle que celui imposé par les par. 651(3) et (4). L'appelant n'a toutefois pas démontré que la procédure en vigueur porte atteinte à son droit constitutionnel à un procès équitable. Même si l'adoption de l'un des modèles décrits par le juge Binnie constituerait, selon moi, une amélioration par rapport au système existant, le modèle actuel ne fait pas intervenir les droits fondamentaux protégés par l'art. 7 et l'al. 11*d*). Vu que les arguments de l'appelant fondés sur l'art. 7 et l'al. 11*d*) sont similaires, comme mes collègues, je les examinerai ensemble.

Il incombe à la personne qui allègue une atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte* de prouver qu'une disposition donnée viole effectivement ses droits. À mon avis, l'appelant n'a pas démontré que le fait de prendre la parole en premier porte atteinte aux principes de justice fondamentale ou rend le procès inéquitable. Comme mes collègues les juges Cory, Iacobucci et Bastarache l'expliquent, l'appelant n'a pas établi qu'en s'adressant au jury en dernier, le ministère public bénéficie d'un avantage qui n'est pas accordé à la défense. Le droit fondamental à un procès équitable pourrait entrer en jeu si le système existant était partial et favorisait le ministère public (voir *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91), mais ce n'est pas le cas. La preuve, fondée sur des recherches en sciences sociales, suivant laquelle prendre la parole en dernier ne procure aucun avantage particulier, ajoutée au fait que de nombreux avocats d'expérience préfèrent s'adresser au jury en premier, démontre que le ministère public ne bénéficie d'aucun avantage intrinsèque en prenant la parole en dernier.

On ne saurait non plus affirmer que ces dispositions portent atteinte au droit à une défense pleine

lant alleges that he has a constitutional right to respond to the interpretation of the evidence put forward by the Crown. There is a general principle that the Crown should set out its case, make disclosure, and put forward all its evidence before the accused must defend against that evidence. The right to prior knowledge of what is contained in the Crown's evidence and theory of the case is fundamental because it is the Crown's burden to present evidence sufficient to show guilt beyond a reasonable doubt. Without knowing the Crown's basic case, the defence would have to put forward its case in a vacuum, and could not even begin to answer it. (See *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 580, and *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 38.) In contrast, the closing address to the jury is restricted to an interpretation of the evidence. While it may be more difficult to formulate a defence to the Crown's inferences drawn from the evidence without knowing in advance what will be said, this knowledge is not fundamental to the ability to defend oneself effectively against a criminal charge which must be proven, on the facts, beyond a reasonable doubt. Though the "spin" on the evidence may be unexpected, and a closing address may be easier to formulate if counsel knows what the other side will say in its address, it is not fundamental to trial fairness that the defence's address come after the Crown's in the same way that it is essential that the defence's evidence be introduced after the prosecution has put forward its evidence and opening arguments.

Were the right to full answer and defence to include the right to "answer" everything the Crown said, the defence would have the constitutional right to have the Crown's jury address take place before the defence introduced any evidence. Such a change is not constitutionally necessary nor desirable. I agree with the following comments of Ryan J.A. of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Nenadic* (1997), 88 B.C.A.C. 81, at para. 91:

et entière. L'appelant prétend qu'il a le droit constitutionnel de répondre à l'interprétation de la preuve avancée par le ministère public. Un principe général veut que le ministère public présente son introduction, s'acquitte de son obligation de divulgation et produise toute sa preuve avant que l'accusé ne soit tenu de combattre cette preuve. Le droit d'être préalablement informé de la preuve et de la thèse du ministère public est fondamental parce qu'il incombe à ce dernier de produire suffisamment d'éléments de preuve pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Si la défense ne connaissait pas la thèse fondamentale du ministère public, elle ne pourrait même pas commencer à y répondre et serait réduite à présenter sa thèse dans l'abstrait. (Voir *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 580, et *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, au par. 38.) En revanche, l'exposé au jury se limite à l'interprétation de la preuve. Bien qu'il puisse être plus difficile de se défendre contre les inférences que le ministère public a tirées de la preuve sans savoir à l'avance ce qui sera dit, cette connaissance n'est pas indispensable pour se défendre efficacement contre une accusation criminelle qui doit être prouvée, dans les faits, hors de tout doute raisonnable. Certes, les arguments susceptibles d'être tirés de la preuve peuvent prendre une tournure inattendue et l'exposé au jury peut être plus facile à formuler lorsqu'on est au courant de ce que la partie adverse va dire, mais alors qu'il est essentiel que la preuve de la défense soit produite après que la poursuite ait présenté son introduction et sa preuve, il n'est pas fondamental pour l'équité du procès que la défense s'adresse au jury après l'exposé du ministère public.

Si le droit à une défense pleine et entière comportait le droit de «répondre» à tout ce que le ministère public avance, la défense aurait le droit constitutionnel d'exiger que le ministère public présente son exposé au jury avant que la défense ne soumette quelque preuve que ce soit. Un tel changement n'est ni nécessaire ni souhaitable du point de vue constitutionnel. Je souscris à ces remarques du juge Ryan de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Nenadic* (1997), 88 B.C.A.C. 81, au par. 91:

62

It is possible that in summing up first defence counsel will fail to recognize an argument available to the prosecution with respect to the significance and value of the evidence. It is also possible that defence counsel will anticipate and try to meet arguments that the prosecutor has failed to realize. But this will not be the first time that the defence must put their mind to the arguments available on the evidence. When the prosecution closes its case the accused must decide whether or not he or she will testify or call other evidence. . . . This decision must be made without the benefit of the prosecution's final arguments. At the same time it is made after the prosecutor has disclosed its case, made an opening before the jury, and called its evidence. Just as this procedure cannot be condemned as unfair, I am not persuaded that calling on the defence to make its arguments to the jury under the same conditions can be said to be fundamentally unfair.

[TRADUCTION] Il se peut qu'en prenant la parole en premier, l'avocat de la défense laisse passer un argument que la poursuite peut invoquer en ce qui concerne l'importance et la valeur de la preuve. Il se peut également que l'avocat de la défense prenne les devants et tente de répondre à des arguments auxquels la poursuite n'aura pas songé. Mais ce ne sera pas la première fois que la défense devra réfléchir aux arguments que la preuve permet d'invoquer. Une fois que la poursuite a terminé sa preuve, l'accusé doit décider s'il témoignera ou produira d'autres preuves. [. . .] L'accusé doit prendre cette décision sans connaître la teneur de l'exposé final du ministère public. En revanche, cette décision est prise après que la poursuite se soit acquittée de son obligation de divulgation, ait présenté au jury un exposé introductif et produit sa preuve. Tout comme on ne saurait qualifier cette procédure d'inéquitable, je ne suis pas convaincu qu'on puisse affirmer que le fait de demander à la défense de présenter son argumentation au jury dans les mêmes conditions soit fondamentalement inéquitable.

While it may be preferable for the defence to have the choice to speak to the jury following the prosecution, this does not violate the fundamental rights guaranteed by the constitution.

Bien qu'il puisse être préférable pour la défense d'avoir le choix de s'adresser au jury après le ministère public, ceci ne viole pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution.

63 I agree with my colleagues' comments on the duty of a trial judge, in his or her charge to the jury, to correct inaccuracies and remedy unfairness that occurs because counsel has overstepped the bounds of what should be contained in a proper jury address. I also agree with them that in this case no miscarriage of justice arose from the trial judge's failure to do so.

Je suis d'accord avec les remarques de mes collègues sur l'obligation qu'a le juge du procès de corriger, dans son exposé au jury, les inexactitudes et de remédier à l'injustice attribuable au fait qu'un procureur dépasse les limites d'un exposé normal. Je conviens également avec eux que, dans la présente affaire, le fait que le juge du procès n'ait pas ainsi remédié à la situation n'a pas entraîné d'erreur judiciaire.

Right of Reply

Droit de réplique

64 However, I do not agree with the argument of Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. that a right of reply can be given under the trial judge's inherent jurisdiction. A trial judge has the power to grant a right of reply under the inherent jurisdiction only if the *Code* has not excluded the use of this power. As a common law concept, the inherent jurisdiction is subject to the principle of parliamentary sovereignty. In I. H. Jacob, "The Inherent Jurisdic-

Je ne souscris toutefois pas à l'argument des juges Cory, Iacobucci et Bastarache voulant qu'un droit de réplique puisse être accordé dans le cadre de l'exercice de la compétence inhérente du juge du procès. Le juge du procès a le pouvoir d'accorder un droit de réplique dans le cadre de l'exercice de sa compétence inhérente seulement si le *Code* n'interdit pas l'exercice de ce pouvoir. En tant que concept de common law, la compétence inhérente est subordonnée au principe de la souveraineté du Parlement. Dans «The Inherent Jurisdiction of the

tion of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, the author states at p. 24:

Moreover, the term "inherent jurisdiction of the court" is not used in contradistinction to the jurisdiction conferred on the court by statute. The contrast is not between the common law jurisdiction of the court on the one hand and its statutory jurisdiction on the other, for the court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision. [Emphasis added.]

In *Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475, at p. 480, Dickson J. (as he then was) wrote:

In my opinion the inherent jurisdiction of the Court of Queen's Bench is not such as to empower a judge of that Court to make an order negating the unambiguous expression of the legislative will.

In *R. v. Keating* (1973), 11 C.C.C. (2d) 133 (Ont. C.A.), at pp. 135-36, Kelly J.A. noted that the *Code*

does not restrict the inherent jurisdiction the Court possesses to control its own process and proceedings in any manner not contrary to the provisions of the *Criminal Code* or any other statute. . . . [Emphasis added.]

Parliament can exclude the inherent jurisdiction by clear and precise statutory language indicating the contrary.

Therefore, it must be determined whether ss. 651(3) and 651(4) of the *Code* have left the trial judge with the inherent power to order a right of reply. The sections read as follows:

651. . . .

(3) Where no witnesses are examined for an accused, he or his counsel is entitled to address the jury last, but otherwise counsel for the prosecution is entitled to address the jury last.

(4) Where two or more accused are tried jointly and witnesses are examined for any of them, all the accused or their respective counsel are required to address the jury before it is addressed by the prosecutor. [Emphasis added.]

Court» (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, I. H. Jacob déclare à la p. 24:

[TRADUCTION] De plus, l'expression «compétence inhérente de la cour» n'est pas employée par opposition à la compétence que la loi confère à la cour. Il ne s'agit pas d'une distinction entre la compétence de common law de la cour, d'une part, et sa compétence d'origine législative, d'autre part, car la cour peut exercer sa compétence inhérente même à l'égard de questions qui sont régies par une loi ou par une règle de la cour, à condition qu'elle puisse le faire sans enfreindre une disposition législative. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475, à la p. 480, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a écrit:

À mon avis, la compétence inhérente de la Cour du Banc de la Reine n'autorise pas ses juges à rendre une ordonnance qui va à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur.

Dans l'arrêt *R. c. Keating* (1973), 11 C.C.C. (2d) 133 (C.A. Ont.), aux pp. 135 et 136, le juge Kelly a fait remarquer que le *Code*

[TRADUCTION] ne limite pas la compétence inhérente qu'a la Cour de régler sa propre procédure d'une manière qui n'est pas incompatible avec les dispositions du *Code criminel* ou d'une autre loi . . . [Je souligne.]

Le législateur peut exclure l'exercice de la compétence inhérente en employant des termes clairs et précis en ce sens.

Par conséquent, il y a lieu de déterminer si les par. 651(3) et (4) du *Code* permettent l'exercice par le juge du procès du pouvoir inhérent d'accorder un droit de réplique. Ces dispositions sont ainsi libellées: 65

651. . . .

(3) Lorsque aucun témoin n'est interrogé pour un accusé, celui-ci ou son avocat est admis à s'adresser au jury en dernier lieu, mais autrement l'avocat de la poursuite a le droit de s'adresser au jury le dernier.

(4) Lorsque deux ou plusieurs accusés subissent leur procès conjointement et que des témoins sont interrogés pour l'un d'entre eux, tous les accusés, ou leurs avocats respectifs, sont tenus de s'adresser au jury avant que le poursuivant le fasse. [Je souligne.]

In French they read:

651. . . .

(3) Lorsque aucun témoin n'est interrogé pour un accusé, celui-ci ou son avocat est admis à s'adresser au jury en dernier lieu, mais autrement l'avocat de la poursuite a le droit de s'adresser au jury le dernier.

(4) Lorsque deux ou plusieurs accusés subissent leur procès conjointement et que des témoins sont interrogés pour l'un d'entre eux, tous les accusés, ou leurs avocats respectifs, sont tenus de s'adresser au jury avant que le poursuivant le fasse. [Emphasis added.]

In my opinion, granting a right of reply would contravene the unambiguous terms of these sections of the *Code*. In a trial where s. 651(3) applies, the trial judge cannot give a right of reply without denying the prosecutor the entitlement or *droit* to address the jury last. Similarly, when accused are tried jointly, the words "required" and *tenus* in s. 651(4) prevent the trial judge from granting a right of reply without contravening that provision. This language makes it clear that Parliament has not left open the possibility that the judge may grant a right of reply under the inherent jurisdiction.

66 For this reason, the general principle is that a mistrial is declared if the Crown's jury address is so improper that it deprives the accused of the right to a fair trial: see *Pisani v. The Queen*, [1971] S.C.R. 738. Section 24(1) of the *Charter*, however, enables a Court to grant a constitutional exemption from legislation that is constitutional in its general application if in the circumstances of a particular case an unconstitutional result would otherwise occur. It may be that if the prosecution's jury address would lead to an unfair trial, and this cannot be corrected by the trial judge's charge, this would be an appropriate case for an order under s. 24(1) giving a right of reply, in order to avoid the necessity of a second trial. However, this issue was not argued by the parties. In addition, it is not necessary to decide it here since, as stated by my colleagues Cory, Iacobucci and Bastarache JJ., the

En anglais, elles se lisent:

651. . . .

(3) Where no witnesses are examined for an accused, he or his counsel is entitled to address the jury last, but otherwise counsel for the prosecution is entitled to address the jury last.

(4) Where two or more accused are tried jointly and witnesses are examined for any of them, all the accused or their respective counsel are required to address the jury before it is addressed by the prosecutor. [Je souligne.]

À mon avis, accorder un droit de réplique irait à l'encontre des termes non équivoques de ces dispositions du *Code*. S'agissant d'un procès où le par. 651(3) s'applique, le juge du procès ne peut pas accorder un droit de réplique sans dénier à la poursuite le «droit» ou «*entitlement*» de s'adresser au jury en dernier. Dans le même ordre d'idées, lorsque des accusés subissent leur procès conjointement, l'emploi des mots «tenus» et «*required*» au par. 651(4) fait que le juge du procès ne peut pas accorder un droit de réplique sans enfreindre cette disposition. Vu ce libellé, il est clair que le législateur a écarté la possibilité que le juge puisse accorder un droit de réplique dans le cadre de l'exercice de sa compétence inhérente.

Pour cette raison, le principe général veut que le procès soit déclaré nul si l'exposé du ministère public au jury est incorrect au point de priver l'accusé du droit à un procès équitable: voir *Pisani c. La Reine*, [1971] R.C.S. 738. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* autorise, toutefois, une cour de justice à accorder une exemption constitutionnelle écartant l'application d'une disposition législative constitutionnelle dans son application générale si, dans les circonstances d'une affaire particulière, le résultat se révèle par ailleurs inconstitutionnel. Si l'exposé de la poursuite au jury rendait le procès inéquitable, sans que le juge du procès puisse remédier à cette situation dans son exposé au jury, il pourrait être approprié de rendre une ordonnance fondée sur le par. 24(1) accordant un droit de réplique afin d'éviter la tenue d'un deuxième procès. Cette question n'a cependant pas été débattue par les parties. Il n'est donc pas nécessaire ici de nous prononcer sur ce point puisque, comme l'ont

Crown's address was not so improper that the appellant's trial was unfair.

For these reasons, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as proposed by Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.

The judgment of Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. was delivered by

CORY, IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. — This appeal concerns the constitutionality of ss. 651(3) and (4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Subsection 651(3) requires counsel for the accused to make his or her closing address to the jury first if witnesses are called and examined by the defence. Subsection 651(4) compels this same order of address where two or more accused are tried jointly and any one of them calls and examines witnesses. The principal issue raised in this appeal is whether these provisions contravene either s. 7 or s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. The inherent jurisdiction of the trial judge and the right of reply are also implicated.

I. Facts

On January 31, 1990, the deceased, Norma Rose, returned home to London, Ontario from a trip to Florida. Although Ms. Rose had a history of depression and several attempted suicides coincident with severe episodes of depression, the evidence revealed that she had been in good spirits following her trip. She was last seen shortly after her return. On May 1, 1990, her body was recovered from the St. Clair River in Sarnia, Ontario. On October 11, 1990, her luggage was recovered from the Thames River in London, Ontario.

The police questioned the appellant on two occasions regarding his mother's disappearance.

décidé mes collègues les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, l'exposé du ministère public n'était pas incorrect au point de rendre le procès de l'appelant inéquitable.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par les juges Cory, Iacobucci et Bastarache. 67

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache rendu par

LES JUGES CORY, IACOBUCCI ET BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité des par. 651(3) et (4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le paragraphe 651(3) dispose que l'avocat de l'accusé doit présenter son exposé final au jury en premier si des témoins ont été produits et interrogés par la défense. Le paragraphe 651(4) impose le même ordre de présentation lorsque deux accusés ou plus sont jugés conjointement et que l'un d'entre eux produit et interroge des témoins. La question principale que soulève le présent pourvoi est de savoir si ces dispositions contreviennent soit à l'art. 7, soit à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La compétence inhérente du juge du procès et le droit de réplique sont aussi concernés. 68

I. Les faits

Le 31 janvier 1990, la victime, Norma Rose, est rentrée chez elle, à London (Ontario), après avoir fait un voyage en Floride. Bien que Mme Rose ait connu des épisodes de grave dépression au cours desquels elle a fait plusieurs tentatives de suicide, la preuve révèle qu'elle était de bonne humeur à la suite de son voyage. On l'a vue pour la dernière fois peu de temps après son retour. Le 1er mai 1990, son corps est retiré de la rivière St. Clair, à Sarnia (Ontario). Le 11 octobre 1990, ses bagages sont repêchés dans la rivière Thames, à London (Ontario). 69

La police a interrogé l'appelant à deux reprises au sujet de la disparition de sa mère. À chaque 70

Each time he denied any knowledge of her whereabouts. He was arrested in June of 1990 and charged with second degree murder.

71 At trial, the appellant testified that upon his mother's return from Florida she had been very angry with him as he had failed to keep the house clean and to make various repairs. He stated that an argument ensued, during which he struck his mother on the head, knocking her unconscious. It was the Crown's theory that, wishing his mother dead and fearful of being charged with assault, the appellant had strangled her immediately after striking her. The appellant denied this version of events, testifying that, upset over hitting his mother, he had fled the house. He stated that when he returned, he found his mother apparently dead, having hanged herself with a coaxial cable. There was no suicide note.

72 The appellant testified that after finding his mother he called a friend, Christopher Henderson, and asked him to come by the house. Henderson was subsequently charged with being an accessory after the fact. Henderson testified that, upon his arrival, the appellant had admitted to killing his mother. He also stated that he and the appellant had discussed various means of disposing of the body to make it appear as if it were a missing person situation. The appellant denied having made the admission, but conceded that he had felt that his mother's death was his fault in light of their fight an hour earlier.

73 On the following day, the appellant retrieved his mother's unpacked luggage from a neighbour's home. According to his testimony, that evening, he wrapped his mother's body in a green garbage bag and transferred it to the trunk of her car. He moved the car to a different location every two days for the next few days, so that it would not be noticed. The appellant testified that he had driven to a lake near Algonquin Park on February 9, 1990, with the intention of disposing of the body; however, for emotional reasons he was unable to do so. The next day, the appellant and Henderson drove to Sarnia in Ms. Rose's car with her body still in the

fois, l'appelant a nié savoir où elle se trouvait. Il a été arrêté en juin 1990 et accusé de meurtre au deuxième degré.

Au procès, l'appelant a témoigné qu'à son retour de Floride, sa mère était très en colère contre lui parce qu'il n'avait pas gardé la maison propre et n'avait pas effectué diverses réparations. Il a affirmé qu'au cours de la dispute qui a suivi, il a frappé sa mère à la tête et que celle-ci a perdu conscience. Selon la thèse du ministère public, l'appelant, souhaitant la mort de sa mère et craignant d'être accusé de voies de fait, l'a étranglée immédiatement après l'avoir frappée. L'appelant a nié cette version des faits et a témoigné qu'il s'était enfui de la maison, bouleversé d'avoir frappé sa mère. Il a affirmé qu'à son retour, sa mère était apparemment morte, s'étant pendue avec un câble coaxial. Elle n'a pas laissé de note de suicide.

L'appelant a témoigné qu'après avoir trouvé sa mère, il a appelé un ami, Christopher Henderson, et lui a demandé de venir à la maison. Henderson a subséquemment été accusé de complicité après le fait. Henderson a témoigné que, dès son arrivée, l'appelant a admis avoir tué sa mère. Il a aussi affirmé que l'appelant et lui avaient parlé des divers moyens qu'ils pouvaient prendre pour se débarrasser du corps et faire croire à une disparition. L'appelant a nié avoir fait cette admission, mais il a reconnu qu'il s'était senti responsable de la mort de sa mère, compte tenu de la dispute qu'ils avaient eue une heure plus tôt.

Le lendemain, l'appelant a récupéré les bagages défaits de sa mère chez un voisin. Selon son témoignage, il a enveloppé ce soir-là le corps de sa mère dans un sac à déchets vert et l'a déposé dans le coffre de la voiture de la défunte. Il a déplacé la voiture tous les deux jours pendant quelques jours pour qu'on ne la remarque pas. L'appelant a témoigné qu'il s'est rendu en voiture à un lac près du parc Algonquin le 9 février 1990, avec l'intention de se débarrasser du corps; toutefois, pour des raisons émotives, il a été incapable de le faire. Le lendemain, l'appelant et Henderson se sont rendus jusqu'à Sarnia dans la voiture de Mme Rose, le

trunk. After dark, they tied cement blocks to the body and pushed it into the St. Clair River.

corps de cette dernière se trouvant toujours dans le coffre. À la nuit tombée, ils ont attaché des blocs de béton au cadavre et l'ont jeté dans la rivière St. Clair.

In mid-March of 1990, Henderson told Gregory Jackson, a mutual friend, that the appellant had killed his mother. Jackson testified at trial that approximately one to two weeks later, the appellant told him that he had indeed killed his mother.

74 À la mi-mars 1990, Henderson a dit à Gregory Jackson, un ami commun, que l'appelant avait tué sa mère. Jackson a témoigné au procès qu'environ une ou deux semaines plus tard, l'appelant lui a dit avoir de fait tué sa mère.

Forensic evidence was called by both the appellant and the Crown. The experts agreed that Ms. Rose's death was probably caused by soft asphyxia, which would be consistent with either gentle hanging or soft ligature strangulation. Thus, in light of the medical evidence and Ms. Rose's history of attempted suicides, suicide was a viable defence.

75 Une expertise médico-légale a été présentée tant par l'appelant que par le ministère public. Les experts s'entendent pour dire que la mort de Mme Rose a probablement été causée par une asphyxie (*soft asphyxia*), compatible tant avec une pendaison sans violence qu'avec une strangulation au lien, avec compression légère. Par conséquent, vu la preuve médicale et les tentatives de suicide antérieures de Mme Rose, le suicide constituait une défense viable.

Dr. Jaffe, the last witness called by the defence, testified that a ligature around the neck causes a blue pallor above the ligature. Neither counsel had questioned the appellant about the colour of his mother's skin above the ligature. When Dr. Jaffe was asked by the Crown during cross-examination whether the blue pallor would be noticeable at the time the person was discovered, he responded that it would be apparent to a "reasonably skilled observer". He was not asked and did not explain what training or skill would be required in order to meet this standard.

76 Dernier témoin à être cité par la défense, le Dr Jaffe a affirmé que la constriction du cou sous l'effet du lien provoque une pâleur bleue au-dessus du lien. Aucun des avocats n'a interrogé l'appelant au sujet de la coloration de la peau de sa mère au-dessus du lien. Lorsque le ministère public a demandé au Dr Jaffe au cours du contre-interrogatoire si cette pâleur bleue pouvait être remarquée au moment de la découverte du corps, il a répondu qu'un [TRADUCTION] «observateur raisonnablement averti» l'aurait vue. Il n'a pas précisé, et on ne le lui a pas demandé, quelle formation ou aptitude serait nécessaire pour satisfaire à cette norme.

Following the presentation of the defence evidence, counsel for the appellant was required, pursuant to s. 651(3) of the *Code*, to make his closing address to the jury before Crown counsel did so. Prior to the closing arguments, counsel for the appellant sought a ruling pursuant to the *Charter* permitting him to address the jury last or to reply to the Crown's closing address. His application was denied. Counsel for the appellant then addressed the jury, making no reference to Dr. Jaffe's evidence concerning skin colour. Subsequently, counsel for the Crown addressed the jury and twice asked the jury to draw negative infer-

77 À la suite de la présentation de la preuve de la défense, l'avocat de l'appelant s'est vu dans l'obligation, conformément au par. 651(3) du *Code*, de livrer son exposé final au jury avant que le ministère public ne le fasse. Mais auparavant, l'avocat de l'appelant a sollicité en invoquant la *Charte* une ordonnance l'autorisant à s'adresser au jury en dernier ou à répondre à l'exposé final du ministère public. Sa demande a été rejetée. L'avocat de l'appelant a alors présenté son exposé au jury sans faire référence aux remarques du Dr Jaffe concernant la coloration de la peau. Le ministère public s'est ensuite adressé au jury et, par deux fois, lui a

ences with regard to the appellant's credibility based on his failure to notice that his mother's face was blue. Following the judge's charge to the jury, defence counsel stated that he had not anticipated that the colour of the deceased's skin was a live issue and thus had not mentioned it in his address. Defence counsel requested that the trial judge review the evidence on this issue with the jury but he refused to do so.

78 The jury found the appellant guilty of second degree murder. The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal. The principal issue before the Court of Appeal on the conviction appeal was the constitutionality of the *Code* provisions which compel counsel for the defence to address the jury before Crown counsel at the close of the case. The appeal was dismissed by the majority of the court. The two dissenting members of the Court of Appeal would have set aside the conviction and ordered a new trial on the basis that the impugned provisions violate s. 7 of the *Charter* and ought to be declared of no force or effect.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

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

651. . . .

(3) Where no witnesses are examined for an accused, he or his counsel is entitled to address the jury last, but otherwise counsel for the prosecution is entitled to address the jury last.

(4) Where two or more accused are tried jointly and witnesses are examined for any of them, all the accused or their respective counsel are required to address the jury before it is addressed by the prosecutor.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

demandé de tirer des conclusions défavorables quant à la crédibilité de l'appelant parce qu'il n'avait pas remarqué que sa mère avait le visage bleu. Après que le juge eut donné ses directives au jury, l'avocat de la défense a déclaré qu'il ne s'attendait pas à ce que la coloration du visage de la défunte soit une question réelle et qu'il n'en avait donc pas fait mention dans son exposé. L'avocat de la défense a demandé au juge du procès de réexaminer la preuve sur ce point à l'intention du jury, mais le juge a refusé.

Le jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au deuxième degré. L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. La question principale soulevée devant la Cour d'appel quant à l'appel formé contre la déclaration de culpabilité portait sur la constitutionnalité des dispositions du *Code* qui obligent l'avocat de la défense à s'adresser au jury avant le ministère public lorsque la présentation de la preuve est terminée. À la majorité, les juges de la Cour d'appel ont rejeté l'appel. Les deux juges dissidents de la Cour d'appel étaient d'avis d'infirmer la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès pour le motif que les dispositions contestées violent l'art. 7 de la *Charte* et devraient être déclarées inopérantes.

II. Dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

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

651. . . .

(3) Lorsque aucun témoin n'est interrogé pour un accusé, celui-ci ou son avocat est admis à s'adresser au jury en dernier lieu, mais autrement l'avocat de la poursuite a le droit de s'adresser au jury le dernier.

(4) Lorsque deux ou plusieurs accusés subissent leur procès conjointement et que des témoins sont interrogés pour l'un d'entre eux, tous les accusés, ou leurs avocats respectifs, sont tenus de s'adresser au jury avant que le poursuivant le fasse.

Charte canadienne des droits et libertés

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

be demonstrably justified in a free and democratic society.

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

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. . . .

III. Judicial History

A. *Ontario Court of Appeal* (1996), 28 O.R. (3d) 602

(1) Dubin C.J., Brooke and Osborne JJ.A. concurring

Dubin C.J. observed that the issue of the constitutionality of the prescribed order of jury addresses under the *Code* was not a new one. Rather, he noted that it had been fully canvassed in *R. v. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304 (Ont. C.A.), leave to appeal denied, [1987] 1 S.C.R. xv, in which the Court of Appeal concluded that s. 651(3) did not violate ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. As in *Tzimopoulos*, Dubin C.J. stated that the court in the instant appeal was concerned not with whether changing the order of jury addresses would result in fairer trials, but with whether such a change is necessary to preserve the principles of fundamental justice guaranteed under the *Charter*.

After reviewing several authorities which followed *Tzimopoulos*, *supra*, Dubin C.J. stated that no arguments had been advanced which would warrant a departure from the holding in that case. He found that there was no evidence to support the assertion that the order of jury addresses prescribed by the *Code* deprives the accused of the

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable . . .

III. Historique judiciaire

A. *Cour d'appel de l'Ontario* (1996), 28 O.R. (3d) 602

(1) Le juge en chef Dubin, avec l'appui des juges Brooke et Osborne

80 Le juge en chef Dubin a fait remarquer que la question de la constitutionnalité des dispositions du *Code* qui prescrivent l'ordre dans lequel les exposés doivent être présentés au jury n'est pas nouvelle. Il a noté qu'elle avait été au contraire examinée à fond dans l'arrêt *R. c. Tzimopoulos* (1986), 29 C.C.C. (3d) 304 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. xv, où la Cour d'appel avait conclu que le par. 651(3) ne violait ni l'art. 7 ni l'al. 11*d*) de la *Charte*. Comme dans *Tzimopoulos*, le juge en chef Dubin a affirmé qu'en l'espèce la cour devait trancher non la question de savoir si un changement dans l'ordre de la présentation des exposés au jury résulterait en des procès plus équitables, mais celle de savoir si un tel changement était nécessaire pour assurer le respect des principes de justice fondamentale garantis par la *Charte*.

81 Après avoir examiné plusieurs des décisions qui ont suivi l'arrêt *Tzimopoulos*, précité, le juge en chef Dubin a affirmé qu'aucun argument justifiant que l'on s'écarte de la position adoptée dans cet arrêt n'avait été présenté. Il a jugé qu'aucune preuve n'étayait l'affirmation selon laquelle l'ordre de présentation des exposés au jury prescrit par

right to a fair trial or violates the principles of fundamental justice. In Dubin C.J.'s view, it was "well known" that many defence counsel prefer to address the jury first. He also noted that in making full answer and defence, it is the evidence that the accused must meet and not the closing address of the Crown.

le *Code* nie à l'accusé le droit à un procès équitable ou viole les principes de justice fondamentale. Selon le juge en chef Dubin, il est [TRADUCTION] «bien connu» que de nombreux avocats de la défense préfèrent s'adresser au jury en premier. Il a aussi fait remarquer que pour présenter une défense pleine et entière, c'est à la preuve présentée que l'accusé doit répondre et non à l'exposé final du ministère public.

82 Dubin C.J. acknowledged that there are some defence counsel who prefer to address the jury last. He also took note of the body of opinion that suggests that order of address is of little significance. In his opinion, the divergence of opinion on this matter tends to support a finding that the question of order does not raise constitutional issues. Furthermore, Dubin C.J. observed that it is the trial judge, not Crown counsel, who has the last word to the jury. In his view, any unfairness in the Crown's address can be rectified by a complaint to the trial judge, who should correct those mistakes by Crown counsel that would result in an unfair trial. Dubin C.J. concluded on this point by citing the wide acceptance of *Tzimopoulos*, *supra*, and the advisability of uniformity in the practice of criminal law, as additional reasons why it would be inappropriate to find that *Tzimopoulos* had been wrongly decided.

Le juge en chef Dubin a reconnu que certains avocats de la défense préfèrent s'adresser au jury en dernier. Il a aussi pris en considération le courant d'opinion selon lequel l'ordre de présentation des exposés a peu d'importance. À son avis, les différences d'opinions sur la question tendraient à montrer que l'ordre de présentation ne soulève pas de questions constitutionnelles. En outre, le juge en chef Dubin a fait remarquer que c'est le juge du procès, non le ministère public, qui s'adresse le dernier au jury. À son avis, tout manque d'équité de l'exposé du ministère public peut être corrigé au moyen d'une plainte présentée au juge du procès, qui devrait rectifier les erreurs du ministère public qui sont susceptibles de rendre le procès inéquitable. Le juge en chef Dubin a conclu sur ce point en mentionnant l'acceptation généralisée de l'arrêt *Tzimopoulos*, précité, et l'avantage de l'uniformité dans la pratique du droit criminel, comme raisons supplémentaires pour lesquelles il ne serait pas approprié de conclure que l'arrêt *Tzimopoulos* a été rendu de manière erronée.

83 Dubin C.J. turned next to the appellant's submission that even if the trial judge had been correct to order defence counsel to address the jury first, the trial judge ought to have given the defence a right of reply. In his view, where Crown counsel's jury address oversteps the bounds of propriety to such a degree that the resulting unfairness cannot be remedied by the comments of the trial judge, the only way to ensure a fair trial is to give the defence a brief right of reply. He concluded that in the circumstances of the case at bar, there was no need to grant that limited right of reply.

Le juge en chef Dubin a ensuite examiné l'argument de l'appelant selon lequel même si le juge du procès avait eu raison d'ordonner à l'avocat de la défense de s'adresser au jury en premier, il aurait dû accorder à la défense un droit de réplique. À son avis, lorsque l'exposé du ministère public au jury dépasse les bornes au point que le manque d'équité en résultant ne peut pas être corrigé par le juge du procès, la seule façon de garantir le caractère équitable du procès est de donner à la défense le droit de répondre brièvement. Le juge en chef Dubin a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas nécessaire d'accorder ce droit de réplique limité.

(2) Carthy J.A., Laskin J.A. concurring (dissenting)

Carthy J.A. considered the right of reply to the Crown's address at the outset of his reasons. In his view, isolating this right confuses the real issue. He stated that the right of reply raises a vast number of problematic sub-issues, all of which detract from the fundamental questions as to whether *Charter* protections are violated by imposing a condition on defence counsel's choice of calling and examining or not calling and examining witnesses, and whether requiring the defence to address the jury first can be justified under the *Charter*. In his view, at p. 618, the "'only pure answer' to the *Charter* issue comes from determining" the answer to these questions.

Carthy J.A. found that both the right to make full answer and defence and the "generally accepted value in any context of having the last word" (at p. 619) support the position that those accused persons who wish to address the jury last should, at least, have that choice. In his view, neither the imposition of an arbitrary condition upon the choice as to whether to call and examine witnesses nor requiring the defence to address the jury first where the accused calls and examines witnesses appears to benefit the trial process in any perceptible way. Rather, Carthy J.A. found that the rules in question appear to penalize the accused and are of no apparent benefit to the efficient search for truth.

For those who consider the order of address to be an important factor, Carthy J.A. was of the opinion that the impugned provisions of the *Code* would prejudice their unrelated decision with respect to the calling of evidence. In his view, the presentation of defence evidence is part of full answer and defence and should not be impinged upon arbitrarily. In addition, he maintained that the final address to the jury was also part of the right to make full answer and defence. This, he stated,

(2) Le juge Carthy, avec l'appui du juge Laskin (dissidents)

84 Le juge Carthy a, au tout début de ses motifs, examiné le droit de répondre à l'exposé du ministère public. À son avis, considérer ce droit de façon isolée brouille la vraie question. Il a affirmé que le droit de réplique soulève un nombre considérable de sous-questions difficiles qui détournent toutes des questions fondamentales, savoir si les protections prévues par la *Charte* sont violées du fait que la décision de l'avocat de la défense de produire et d'interroger des témoins ou de ne pas le faire est subordonnée au respect d'une condition et si l'obligation pour la défense de s'adresser au jury en premier peut être justifiée en vertu de la *Charte*. Il a jugé, à la p. 618, que la [TRADUCTION] «"seule réponse nette" à la question concernant la *Charte* dépend» de la solution apportée à ces questions.

85 Le juge Carthy a conclu que tant le droit de présenter une défense pleine et entière que [TRADUCTION] «la valeur généralement attachée en toutes circonstances au fait d'avoir le dernier mot» (à la p. 619) étayent la position selon laquelle les accusés qui désirent s'adresser au jury en dernier devraient, au moins, pouvoir faire ce choix. À son avis, ni la subordination de la décision de produire et d'interroger des témoins au respect d'une condition arbitraire ni l'obligation faite à la défense de s'adresser en premier au jury lorsque l'accusé produit et interroge des témoins ne paraissent présenter le moindre avantage pour le processus judiciaire. Au contraire, le juge Carthy a conclu que les règles en question semblent pénaliser l'accusé sans apparemment favoriser la recherche efficace de la vérité.

86 Quant aux avocats qui considèrent que l'ordre de présentation des exposés est un facteur important, le juge Carthy a exprimé l'avis que les dispositions contestées du *Code* leur nuiraient dans la prise d'une décision indépendante quant à savoir s'ils devaient présenter une preuve. Selon lui, la présentation d'éléments de preuve par la défense fait partie intégrante du droit à une défense pleine et entière sur lequel il ne faut pas empiéter arbitrairement. De plus, il a soutenu que l'exposé final au

was clearly manifested in the case at bar by the Crown's use of rhetoric and persuasive logic to invite inferences detrimental to the appellant's case for his failure to address the pallor of the deceased's face and the defence's inability to match it. He added that it cannot continue to be said that the trial judge can complete an answer by the defence that is less than full. He cautioned against the trial judge's becoming an advocate on behalf of either party.

87 Turning to s. 11(*d*) of the *Charter*, Carthy J.A. found that s. 651 of the *Code* offends the appellant's right to be presumed innocent. He questioned why, when the jury hears that the burden is always upon the Crown, the defence has to speak first and defend itself. He was of the opinion that the presumption of innocence could best be upheld if addresses to the jury were made in the same order as evidence is called. In the present case, he noted that Crown counsel's address had challenged the appellant's credibility on the basis of his imputed failure to notice the colour of his mother's face. Carthy J.A. was of the view that the jury might have considered the appellant's counsel's silence on this matter to be a significant factor and, if this in fact occurred, the onus of proof was reversed. Carthy J.A. found that the presumption of innocence is a factor to be "synthesized" with others in considering the fairness of the trial. In assessing the degree of unfairness he found it noteworthy that no one was contending that any societal purpose was served by the impugned provisions. He queried why unfairness should be tolerated if nothing is to be gained from its perpetuation.

88 On the basis of all of these considerations, Carthy J.A. at p. 621 held that the impugned provisions of the *Code* "impose manifest unfairness upon an accused person". As to the jurisprudence on the subject, he reviewed the leading cases and

jury était aussi visé par le droit de présenter une défense pleine et entière et que cela ressortait clairement en l'espèce du recours par le ministère public à l'éloquence et à la logique persuasive pour inciter le jury à tirer des conclusions défavorables à l'appelant parce que ce dernier a omis de parler de la pâleur du visage de la défunte et que la défense n'a pas su répondre. Il a ajouté qu'on ne peut continuer d'affirmer que le juge du procès peut suppléer aux lacunes d'une défense qui ne serait pas pleine et entière. Il a fait une mise en garde contre la possibilité que le juge du procès ne prenne fait et cause pour l'une ou l'autre partie.

Passant à l'examen de l'al. 11*d*) de la *Charte*, le juge Carthy a conclu que l'art. 651 du *Code* porte atteinte au droit de l'appelant d'être présumé innocent. Il s'est demandé pourquoi, alors que le jury se fait dire que le fardeau de la preuve repose toujours sur le ministère public, la défense serait obligée de prendre la parole la première et de se défendre. Il était d'avis que la meilleure façon d'assurer le respect de la présomption d'innocence était d'adopter pour les exposés au jury le même ordre de présentation que pour la preuve. En l'espèce, il a souligné que le substitut du procureur général avait attaqué la crédibilité de l'appelant dans son exposé en lui reprochant de ne pas avoir remarqué la coloration du visage de sa mère. Selon le juge Carthy, le jury a pu considérer que le silence de l'avocat de la défense sur ce point était un facteur significatif et, si c'est cela qui est arrivé, il y a eu inversion du fardeau de la preuve. Le juge Carthy a conclu que la présomption d'innocence devait être intégrée aux autres facteurs à prendre en considération pour juger du caractère équitable du procès. Évaluant ce caractère équitable, il a conclu qu'il convenait de noter que personne n'avait affirmé que les dispositions contestées permettaient de réaliser un but social. Il s'est demandé pourquoi le manque d'équité devrait être toléré s'il n'y a rien à en retirer.

Se fondant sur toutes ces considérations, le juge Carthy a conclu, à la p. 621, que les dispositions contestées du *Code* [TRADUCTION] «sont manifestement inéquitables envers l'accusé». Ayant examiné les arrêts de principe sur le sujet et fait remarquer

noted that the majority upheld the constitutionality of the sections now under review. However, he considered it to be of great import (at p. 622) that *Tzimopoulos*, *supra*, the leading case in this area, had been decided "when the *Charter* was in its relative infancy". In his opinion, since that time, courts have become increasingly willing to assume an assertive role under s. 7 of the *Charter* and, in appropriate circumstances, have set aside well-established rules of procedure. Further, he observed that, over time, societal values, or the lack thereof, have assumed a greater role in defining the rights of the accused. It is this "evolution" which served as the basis for Carthy J.A.'s conclusion that the issue before him warranted fresh analysis in the context of the *Charter* as it is being applied today.

Carthy J.A. went on to note that several jurisdictions outside Canada have amended their laws to permit the defence to address the jury last in all circumstances and that the Law Reform Commission of Canada has recommended that this country follow suit.

Carthy J.A. concluded that the provisions under attack violated s. 7 of the *Charter*. He noted that the Crown had not suggested a justification for the violation under s. 1 and stated that he could not find one. Thus, he would have declared the impugned provisions of no force or effect but suspended the declaration for six months to permit Parliament to pass amending legislation.

IV. Issues

The following constitutional questions were set for determination in this appeal:

1. Does s. 651(3) or 651(4) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of an accused person to a trial in accordance with the principles of fundamental justice and/or the right of an accused person to make full answer and defence, as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to Question #1 is yes, is the said infringement or denial of the s. 7 right, a reasonable

que la majorité d'entre eux confirmaient la constitutionnalité des articles en cause, il a cependant attaché une grande importance au fait que l'arrêt *Tzimopoulos*, précité, a été rendu [TRADUCTION] «alors que la *Charte* était encore relativement nouvelle» (à la p. 622). À son avis, depuis, les tribunaux acceptent de plus en plus de faire preuve d'autorité dans l'application de l'art. 7 de la *Charte* et, lorsque les circonstances s'y prêtaient, ils ont écarté des règles de procédure bien établies. En outre, il a fait observer qu'au fil du temps, les valeurs sociales, ou leur absence, ont joué un rôle plus grand dans la définition des droits de l'accusé. C'est cette «évolution» qui a servi de fondement à la conclusion du juge Carthy selon laquelle la question qui lui était soumise justifiait une toute nouvelle analyse dans le contexte de l'application actuelle de la *Charte*.

89 Le juge Carthy a ajouté que plusieurs ressorts étrangers avaient modifié leurs lois de manière à permettre à la défense de s'adresser au jury la dernière en toutes circonstances et que la Commission de réforme du droit du Canada avait recommandé que le Canada fasse de même.

90 Le juge Carthy a conclu que les dispositions contestées violent l'art. 7 de la *Charte*. Il a souligné que le ministère public n'avait pas proposé de justification pour cette violation en application de l'article premier et il a affirmé qu'il ne pouvait en trouver aucune. Par conséquent, il était d'avis de déclarer les dispositions contestées inopérantes, mais de suspendre cette déclaration pour six mois de manière à permettre au législateur fédéral de modifier la loi.

IV. Les questions en litige

91 Dans le présent pourvoi, la Cour doit trancher les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les paragraphes 651(3) ou 651(4) du *Code criminel* portent-ils atteinte au droit de l'inculpé à un procès en conformité avec les principes de justice fondamentale ou à son droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. En cas de réponse affirmative à la première question, l'atteinte portée au droit garanti par l'art. 7 constitue-

limit which can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does s. 651(3) or 651(4) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of an accused person to a fair trial at which he or she is presumed innocent, as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to Question #3 is yes, is the said infringement or denial of the s. 11(*d*) right, a reasonable limit which can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Introduction*

92 Subsection 651(3) of the *Code* reads as follows:

651. . . .

(3) Where no witnesses are examined for an accused, he or his counsel is entitled to address the jury last, but otherwise counsel for the prosecution is entitled to address the jury last.

Subsection 651(4) ensures that this same order of address is maintained where two or more accused are tried jointly and any one of them calls and examines witnesses:

651. . . .

(4) Where two or more accused are tried jointly and witnesses are examined for any of them, all the accused or their respective counsel are required to address the jury before it is addressed by the prosecutor.

93 The appellant submits that these provisions violate s. 7 of the *Charter*, because (1) they interfere with the accused's right to make full answer and defence, by restricting the accused's ability to know the Crown's full case prior to responding with the final jury address, and (2) they create procedural unfairness by requiring an accused person to choose between two fundamental protections, namely, the right to call and examine witnesses in one's own defence on the one hand, and the right to answer the Crown's entire case on the other hand. The requirements of the impugned sections

t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Les paragraphes 651(3) ou 651(4) du *Code criminel* portent-ils atteinte au droit de l'inculpé d'être présumé innocent tant qu'il n'aura pas été déclaré coupable à l'issue d'un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. En cas de réponse affirmative à la troisième question, l'atteinte portée au droit garanti par l'al. 11*d*) constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Introduction*

Le paragraphe 651(3) du *Code* est ainsi conçu:

651. . . .

(3) Lorsque aucun témoin n'est interrogé pour un accusé, celui-ci ou son avocat est admis à s'adresser au jury en dernier lieu, mais autrement l'avocat de la poursuite a le droit de s'adresser au jury le dernier.

Le paragraphe 651(4) garantit que l'ordre de présentation des exposés au jury est le même lorsque deux ou plusieurs accusés sont jugés conjointement et que l'un d'eux produit et interroge un témoin:

651. . . .

(4) Lorsque deux ou plusieurs accusés subissent leur procès conjointement et que des témoins sont interrogés pour l'un d'entre eux, tous les accusés, ou leurs avocats respectifs, sont tenus de s'adresser au jury avant que le poursuivant le fasse.

L'appelant allègue que ces dispositions violent l'art. 7 de la *Charte* pour les raisons suivantes: (1) elles portent atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière parce qu'elles l'empêchent de prendre connaissance de l'ensemble des arguments du ministère public avant de répondre dans l'exposé final au jury; (2) elles sont à l'origine d'un manque d'équité procédurale parce qu'elles exigent de l'accusé qu'il choisisse entre deux protections fondamentales, c'est-à-dire le droit de produire et d'interroger des témoins pour sa défense, d'une part, et, le droit de répondre

also violate the right to be presumed innocent and to a fair trial under s. 11(*d*) of the *Charter*, the appellant submits, largely for the same reasons.

à tous les arguments du ministère public, d'autre part. L'appelant soutient, en bonne partie pour les mêmes raisons, que les exigences des dispositions contestées violent aussi le droit à la présomption d'innocence et à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte*.

B. *Interplay of Sections 7 and 11(d) of the Charter*

B. *Interrelation de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la Charte*

Sections 7 and 11(*d*) of the *Charter* provide as follows:

L'article 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* sont ainsi conçus: 94

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.

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

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. . . .

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable . . .

It is well established that the legal rights set out in ss. 8 through 14 of the *Charter* address, among other things, specific deprivations of the right to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and that these provisions are therefore illustrative of the meaning of the principles of fundamental justice: see *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 502, *per* Lamer J. (as he then was). Similarly, all of the legal rights provisions are to be informed in their interpretation and application by the principles of fundamental justice. In particular, ss. 7 through 14 are informed by the cardinal principles of the presumption of innocence and the right to a fair trial. The principles of fundamental justice and the requirements of s. 11(*d*) are "inextricably intertwined": see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603.

Il est bien établi que les garanties juridiques énoncées aux art. 8 à 14 de la *Charte* portent, entre autres, sur des atteintes précises au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et constituent donc des illustrations du sens de l'expression principes de justice fondamentale: voir *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 502, le juge Lamer (maintenant Juge en chef). De façon similaire, toutes les dispositions ayant trait aux garanties juridiques doivent être interprétées et appliquées à la lumière des principes de justice fondamentale. Plus particulièrement, les art. 7 à 14 reposent sur les principes fondamentaux de la présomption d'innocence et du droit à un procès équitable. Les principes de justice fondamentale et les exigences de l'al. 11*d*) sont «inextricablement liés»: voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603. 95

The appellant has articulated his claim under both s. 7 and s. 11(*d*) of the *Charter*, although he concedes that much of his argument relating to s. 7

L'appelant invoque tant l'art. 7 que l'al. 11*d*) de la *Charte*, bien qu'il admette qu'une bonne partie de son argumentation se rapportant à l'art. 7 s'ap- 96

applies equally to s. 11(*d*). We agree with the proposition that *Charter* claims should be articulated under the more specific legal rights guarantees where an alleged infringement falls squarely within a particular provision: see, e.g., *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 311, *per* Lamer C.J. In this case, the appellant's focus is upon the alleged infringement of the right to make full answer and defence, as well as upon the procedural unfairness of being required to choose between exercising this right and exercising the right to choose whether to defend oneself through the calling and examination of witnesses. These are matters which are governed by both ss. 7 and 11(*d*) in cases where, as here, the potential loss of life, liberty or security of the person is at issue. Although the appellant invokes the presumption of innocence and the right to a fair trial under s. 11(*d*) in articulating his claim, we are of the view that in the circumstances of this case it will serve no analytical purpose to attempt to isolate certain aspects of his claim as being best dealt with under s. 11(*d*) rather than s. 7. In this case, a finding that one provision of the *Charter* has been infringed by the impugned legislative provisions will entail a finding that the other provision has been infringed as well.

C. *Full Answer and Defence*

97 It will be useful to address the appellant's full answer and defence claim at the outset, as it affects his argument that ss. 651(3) and (4) set up an unfair requirement to choose between two constitutionally protected rights.

98 The right to make full answer and defence is protected under s. 7 of the *Charter*. It is one of the principles of fundamental justice. In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336, Sopinka J., writing for the Court, described this right as "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted". The right to make full answer and defence manifests itself in several more specific rights and principles, such as the right to full and timely disclosure, the right to

plique également à l'al. 11*d*). Nous sommes d'accord avec la proposition selon laquelle les demandes fondées sur la *Charte* devraient invoquer les garanties juridiques précises qui y sont énoncées lorsqu'une violation alléguée relève carrément de l'une de ces dispositions particulières; voir, par exemple, *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 311, le juge en chef Lamer. En l'espèce, l'appelant met l'accent sur une atteinte présumée de son droit à une défense pleine et entière et sur le manque d'équité procédurale d'une règle qui l'oblige à choisir entre l'exercice de ce droit et l'exercice du droit de se défendre en produisant et en interrogeant des témoins. Ce sont des questions qui relèvent tant de l'art. 7 que de l'al. 11*d*) dans les cas où, comme en l'espèce, la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne sont potentiellement en cause. Bien que l'appelant invoque la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable en application de l'al. 11*d*) dans sa demande, nous sommes d'avis que dans les circonstances de l'espèce, il n'est pas utile aux fins de l'analyse de tenter d'isoler les aspects de sa demande qui relèvent davantage de l'al. 11*d*) que de l'art. 7. En l'espèce, la conclusion que l'une des dispositions de la *Charte* a été violée par les dispositions législatives contestées entraînera la conclusion que l'autre disposition a aussi été violée.

C. *Défense pleine et entière*

Il est utile de commencer par l'examen du moyen fondé sur le droit de l'appelant à une défense pleine et entière, car il concerne l'argument voulant que les par. 651(3) et (4) établissent l'exigence inéquitable d'un choix à faire entre deux droits protégés par la Constitution.

Le droit à une défense pleine et entière est protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit de l'un des principes de justice fondamentale. Dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 336, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour, a décrit ce droit comme étant «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables». Le droit à une défense pleine et entière se manifeste par l'entremise de plusieurs autres droits et principes particuliers, tel

know the case to be met before opening one's defence, the principles governing the re-opening of the Crown's case, as well as various rights of cross-examination, among others. The right is integrally linked to other principles of fundamental justice, such as the presumption of innocence, the right to a fair trial, and the principle against self-incrimination.

As suggested by Sopinka J. for the majority of this Court in *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, however, the right to make full answer and defence does not imply an entitlement to those rules and procedures most likely to result in a finding of innocence. Rather, the right entitles the accused to rules and procedures which are fair in the manner in which they enable the accused to defend against and answer the Crown's case. As stated by Sopinka J., at p. 1515:

> The right to full answer and defence does not imply that an accused can have, under the rubric of the *Charter*, an overhaul of the whole law of evidence such that a statement inadmissible under, for instance, the hearsay exclusion, would be admissible if it tended to prove his or her innocence.

The sentiment expressed by Sopinka J. in *Dersch* accords with the more general principle stated by La Forest J. for the majority of the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 361-62, that while "at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness", nevertheless the entitlement to procedural fairness does not entitle the accused to "the most favourable procedures that could possibly be imagined". Similar statements of this principle are found in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at p. 573, *per* La Forest J.; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 744, *per* La Forest J.; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 225, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077, *per* Iacobucci J.; and *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices*

le droit d'obtenir en temps opportun une divulgation complète, le droit de l'accusé de connaître la preuve à laquelle il doit répondre avant d'ouvrir sa défense, les principes gouvernant la réouverture de la preuve du ministère public, de même que les divers droits relatifs au contre-interrogatoire, entre autres. Ce droit est intégralement lié à d'autres principes de justice fondamentale, comme la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable et le principe interdisant l'auto-incrimination.

99 Comme l'a donné à entendre le juge Sopinka au nom des juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas cependant un droit à l'application des règles et des procédures les plus favorables à un acquittement. Il s'agit plutôt du droit pour l'accusé aux règles et aux procédures qui sont équitables en ce qu'elles lui permettent de répondre aux arguments du ministère public et de se défendre. Comme l'a affirmé le juge Sopinka, à la p. 1515:

> Le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas qu'un accusé peut obtenir, en vertu de la *Charte*, une révision de l'ensemble du droit de la preuve qui aille jusqu'à rendre admissible une affirmation qui ne le serait pas, par exemple en vertu des règles du ouï-dire, parce qu'elle tend à prouver son innocence.

L'avis exprimé par le juge Sopinka dans *Dersch* s'accorde avec le principe plus général énoncé par le juge La Forest au nom des juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 361 et 362, selon lequel même si «les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure», néanmoins le droit à l'équité procédurale ne signifie pas que l'accusé ait le droit de bénéficier «des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer». Ce principe a été formulé de façon similaire dans *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, à la p. 573, le juge La Forest; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 744, le juge La Forest; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 225, le juge L'Heureux-Dubé; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, à la p. 1077, le juge Iacobucci; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des*

Commission), [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 540, *per* La Forest J.

100 In order for the appellant to demonstrate that s. 651(3) of the *Code* infringes his right to make full answer and defence, he must show that the inability to address the jury after the Crown has done so unfairly interferes with his ability to defend himself and to answer the Crown's case. The essential question is whether the order of jury addresses set out in the impugned legislative provision creates an unfairness. Unfairness would exist, for example, if addressing the jury last provided an advantage to the Crown which was therefore denied to the defence, or if addressing the jury first interfered with the accused's right not to incriminate himself. Although there may be better ways that Parliament could structure the determination of the order of jury addresses, the question of whether or not the appellant's *Charter* rights have been infringed is concerned only with whether the existing provisions are unfair.

101 In the court below, Dubin C.J. stated, at p. 613, that in making full answer and defence, "it is the evidence that the defence must meet, not the address of Crown counsel". The appellant rejects this conceptualization of the right as being overly narrow. He suggests that the right to make full answer and defence contemplates the right to make a "complete" answer to all aspects of the Crown's case, and not merely to those aspects or theories of the case which defence counsel may be able to ascertain from the evidence at trial, without the benefit of first hearing the actual theory of the Crown as revealed by its jury address.

102 In our view, it is useful to distinguish here between two discrete aspects of the right to make full answer and defence. One aspect is the right of the accused to have before him or her the full "case to meet" before answering the Crown's case

enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 540, le juge La Forest.

Pour parvenir à démontrer que le par. 651(3) du *Code* porte atteinte à son droit à une défense pleine et entière, l'appelant doit établir que le fait de ne pouvoir s'adresser au jury après le ministère public porte atteinte de manière inéquitable à sa capacité de se défendre et de répondre aux arguments du ministère public. La question essentielle est de savoir si l'ordre de présentation des exposés au jury prévu par les dispositions législatives contestées entraîne un manquement à l'équité. Ce serait le cas si, par exemple, le fait de s'adresser au jury en dernier procurait au ministère public un avantage qui était refusé, par voie de conséquence, à la défense, ou si le fait de s'adresser au jury en premier portait atteinte au droit de l'accusé de ne pas s'auto-incriminer. Même si le législateur fédéral pourrait mieux structurer la façon de déterminer l'ordre des exposés au jury, la question de savoir si oui ou non les droits garantis à l'appelant par la *Charte* ont été violés ne porte que sur la question de savoir si les dispositions actuelles sont inéquitables.

En Cour d'appel, le juge en chef Dubin a affirmé, à la p. 613, que pour présenter une défense pleine et entière, [TRADUCTION] «c'est à la preuve que la défense doit répondre, non à l'exposé du substitut du procureur général». L'appelant rejette ce point de vue qu'il juge exagérément étroit. Il affirme que le droit à une défense pleine et entière comprend le droit de donner une réponse «complète» à tous les aspects des arguments avancés par le ministère public, pas seulement aux aspects et thèses que l'avocat de la défense est en mesure de constater à partir des éléments de preuve présentés au procès, sans avoir eu le bénéfice d'entendre d'abord la véritable thèse du ministère public telle qu'elle est énoncée par ce dernier dans son exposé au jury.

Selon nous, il est utile de distinguer ici entre deux aspects distincts du droit à une défense pleine et entière. L'un de ces aspects est le droit de l'accusé de connaître la totalité de la «preuve à réfuter» du ministère public avant de répondre aux

by adducing defence evidence. The right to know the case to meet is long settled, and it is satisfied once the Crown has called all of its evidence, because at that point all of the facts that are relied upon as probative of guilt are available to the accused in order that he or she may make a case in reply: see *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, at p. 473, *per* McIntyre J.; John Sopinka, Sidney Lederman and Alan Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 880. This aspect of the right to make full answer and defence has links with the right to full disclosure and the right to engage in a full cross-examination of Crown witnesses, and is concerned with the right to respond, in a very direct and particularized form, to the Crown's evidence. Inherent in this aspect of the right to make full answer and defence is the requirement that the Crown act prior to the defence's response.

arguments du ministère public en présentant sa propre preuve. Ce droit de connaître la preuve à réfuter est reconnu depuis longtemps et il est respecté dès lors que le ministère public a produit l'ensemble de ses éléments de preuve, parce qu'à partir de ce moment, l'accusé dispose, aux fins de présenter une contre-preuve, de tous les faits allégués pour établir la culpabilité; voir *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, à la p. 473, le juge McIntyre; John Sopinka, Sidney Lederman et Alan Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 880. Cet aspect du droit à une défense pleine et entière est lié au droit à la divulgation complète et au droit de contre-interroger tous les témoins du ministère public et il intéresse le droit de répondre, de façon très directe et particularisée, à la preuve du ministère public. L'obligation faite au ministère public d'agir avant que la défense ne réponde est inhérente à cet aspect du droit à une défense pleine et entière.

A second and broader aspect of the right to make full answer and defence, which might be understood as encompassing the first aspect, is the right of an accused person to defend himself or herself against all of the state's efforts to achieve a conviction. The Crown is not entitled to engage in activities aimed at convicting an accused unless that accused is permitted to defend against those state acts. However, it is not always the case that defending against the Crown's efforts to convict will necessarily imply answering words already spoken or deeds already engaged in by the Crown. In our view, the jury address is an example of a situation in which an accused is equally capable of defending himself or herself against the Crown regardless of whether the Crown acts first or last. The defence jury address is both a response to the Crown's evidence and a defence against the argument and persuasion to be contained in the Crown jury address. As we discuss below, there is no evidence that an accused who addresses the jury first is less able to defend against the persuasive aspects of the Crown jury address than an accused who goes last. As such, although the jury address does bring into play the right to make full answer and

Le second aspect du droit à une défense pleine et entière, plus large que le premier et dont on pourrait dire qu'il l'inclut, est le droit de l'accusé de se défendre contre tous les moyens déployés par l'État pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas le droit d'agir en vue de faire déclarer l'accusé coupable à moins que ce dernier soit autorisé à se défendre contre les moyens qu'il fait valoir. Cependant, se défendre contre les moyens déployés par le ministère public pour obtenir une déclaration de culpabilité ne veut pas nécessairement dire répondre à des paroles déjà prononcées ou à des actions déjà menées par le ministère public. Selon nous, l'exposé au jury est un exemple de cas où l'accusé est tout aussi capable de se défendre contre le ministère public, que celui-ci ait agi en premier ou en dernier. L'exposé de la défense au jury est à la fois une réponse à la preuve présentée par le ministère public et une défense contre les arguments et les moyens de persuasion que contiendra l'exposé du ministère public au jury. Comme nous l'expliquons ci-dessous, rien ne permet de penser que l'accusé qui s'adresse au jury en premier est moins en mesure de se défendre contre les éléments persuasifs de l'exposé du ministère public au jury qu'un accusé qui prend la parole en dernier. Bien que l'exposé 103

defence, that right is not infringed by the procedures prescribed in s. 651(3) of the *Code*.

104 The purpose of the jury address was accurately described by Robert White, Q.C., in *The Art of Trial* (1993), at p. 213, as being "to present a party's case clearly and in a way that is of help to the court in the performance of its duty". Generally speaking, counsel are "limited to reviewing and commenting on the evidence and to the making of submissions which may properly be supported by the evidence adduced": see *Gray v. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597 (C.A.), at p. 601. Nonetheless, few would deny the powerful persuasive force which well-crafted and skilfully presented submissions may have in a jury trial. What is more debatable are the persuasive force and other advantages associated with addressing the jury either first or last.

105 The appellant submits that the right to address the jury last is a "fundamental advantage which simply speaks for itself": see *Raysor v. State*, 272 So.2d 867 (Fla. 1973), at p. 869. In particular, he focuses on the idea that being required to address the jury first deprives an accused person of the ability to know the Crown's theory of the case, and to structure the closing jury address in such a manner as to respond most effectively to the Crown's submissions. The accused cannot defend against or answer a theory of the case, and an interpretation of the evidence in light of that theory, the appellant suggests, when the accused is required to speak first. Moreover, because it occurs first, the accused's jury address provides the Crown with the ability to structure its submissions in such a manner as to counter and undercut the accused's defence.

106 We do not agree that the order of jury addresses significantly affects the knowledge that the accused will have, at the time of the defence address, regarding the Crown's theory of the case and interpretation of the evidence. The accused who addresses the jury first may not know in pre-

au jury fasse bel et bien intervenir le droit à une défense pleine et entière, ce droit en tant que tel n'est pas violé par la procédure édictée au par. 651(3) du *Code*.

Dans son ouvrage intitulé *The Art of Trial* (1993), Robert White, c.r., décrit avec justesse, à la p. 213, le but de l'exposé au jury, soit [TRADUCTION] «présenter les arguments de chaque partie clairement et d'une manière qui soit utile à la cour dans l'accomplissement de sa tâche». En général, les avocats [TRADUCTION] «doivent se borner à revoir et à commenter la preuve et à présenter des observations qui s'appuient correctement sur la preuve déposée»: voir *Gray c. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597 (C.A.), à la p. 601. Néanmoins, peu de gens nieront la grande force de persuasion que peuvent avoir dans un procès devant jury des observations bien préparées et habilement présentées. Ce qui est plus discutable, c'est la force de persuasion et les autres avantages liés au fait de s'adresser au jury en premier ou en dernier.

L'appelant soutient que le droit de s'adresser au jury en dernier est un [TRADUCTION] «avantage fondamental évident»: voir *Raysor c. State*, 272 So.2d 867 (Fla. 1973), à la p. 869. Plus particulièrement, il fait valoir que l'accusé, forcé de s'adresser au jury en premier, est empêché de connaître la thèse du ministère public et de structurer son exposé final au jury de façon à répondre le plus efficacement aux observations du ministère public. Selon l'appelant, l'accusé n'est pas en mesure de répondre à la thèse du ministère public ni à l'interprétation de la preuve à la lumière de cette thèse lorsque l'accusé doit prendre la parole en premier. En outre, parce que l'avocat de la défense s'adresse au jury en premier, le ministère public a la possibilité de structurer ses observations de manière à anéantir la défense de l'accusé.

Nous ne sommes pas d'accord pour dire que l'ordre de présentation des exposés au jury a des répercussions importantes sur la connaissance qu'a l'accusé, au moment où il présente son exposé, de la thèse du ministère public et de son interprétation de la preuve. L'accusé qui s'adresse au jury en pre-

cise detail the manner in which the Crown will articulate to the jury the reasons why it should find the accused guilty. However, the Crown will already have articulated its preliminary theory of the case at the opening of the trial, and will have made fairly clear any refinements or re-directions in this theory through the questions asked of witnesses and through the nature of the non-testimonial evidence adduced. There is no evidence which the Crown will be interpreting in its jury address of which the defence will not be aware. The defence will also know, as the result of events during the trial, the likely manner in which the Crown will present the evidence to the jury.

mier ne saura peut-être pas de façon précise de quelle manière le ministère public va présenter au jury les raisons pour lesquelles il devrait déclarer l'accusé coupable. Cependant, le ministère public aura déjà exposé de façon préliminaire sa thèse à l'ouverture du procès et l'accusé aura pu se faire une idée assez claire des précisions ou des nouvelles orientations apportées à cette thèse, grâce aux questions posées aux témoins et à la nature de la preuve non testimoniale déposée. Aucun élément de preuve interprété par le ministère public dans son exposé au jury ne sera inconnu de la défense. La défense saura aussi, en raison des événements survenus au cours du procès, de quelle façon le ministère public présentera vraisemblablement sa preuve au jury.

Moreover, the Crown's ability to take the defence by surprise is severely curtailed by the restrictions placed on the scope of the Crown's closing address to the jury. In presenting closing submissions to the jury, Crown counsel must be accurate and dispassionate. Counsel should not advert to any unproven facts and cannot put before the jury as facts to be considered for conviction assertions in relation to which there is no evidence or which come from counsel's personal observations or experiences. As noted by Lamer C.J. writing for the majority in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 580, "[o]nce the defence starts to 'meet the case', thus revealing its own case, the Crown should, except in the narrowest of circumstances be 'locked into' the case which, upon closing, it has said the defence must answer. The Crown must not be allowed in any way to change that case". Although the comments of Lamer C.J. in *P. (M.B.)* were addressed to the issue of the ability of the Crown to re-open its case, they are also applicable to the content of the Crown jury address. Crown counsel is duty bound during its jury address to remain true to the evidence, and must limit his or her means of persuasion to facts found in the evidence presented to the jury: see, e.g., *Pisani v. The Queen*, [1971] S.C.R. 738; *R. v. Munroe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 431 (Ont. C.A.), aff'd [1995] 4 S.C.R. 53; *R. v. Neverson* (1991), 69 C.C.C. (3d) 80 (Que. C.A.), aff'd [1992] 1 S.C.R. 1014; and *R. v. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312

107 De plus, la possibilité que le ministère public ne prenne la défense au dépourvu est grandement réduite en raison des limites imposées à l'envergure de l'exposé final que le ministère public présente au jury. Dans cet exposé, le substitut du procureur général doit faire preuve de rigueur et d'objectivité. Il ne doit faire allusion à aucun fait qui n'a pas été établi et il ne peut présenter comme des faits à prendre en considération en vue de déclarer l'accusé coupable des affirmations pour lesquelles il n'y a pas de preuve ou qui sont fondées sur son observation et son expérience personnelles comme avocat. Comme le juge en chef Lamer l'a souligné au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 580, «[l]orsque la défense commence à répondre à la preuve présentée contre elle et révèle ainsi sa propre preuve, le ministère public devrait, sauf dans les circonstances les plus particulières, être limité à la preuve à laquelle il a dit, au moment de la terminer, que la défense devait répondre. Il ne devrait nullement être permis au ministère public de modifier cette preuve». Même si les commentaires du juge en chef Lamer dans *P. (M.B.)* portaient sur la question de la réouverture de la preuve par le ministère public, ils s'appliquent aussi à l'exposé du ministère public au jury. Lorsqu'il présente son exposé, le substitut du procureur général a le devoir de s'en tenir à la preuve et de limiter ses moyens de persuasion aux faits qui ont été déposés en preuve devant le jury; voir, par

(Que. C.A.). As is discussed in more detail below, the discretion of the trial judge to deal with those situations in which Crown counsel's address oversteps the bounds of propriety is a sufficient safeguard against any potential unfairness to the accused.

108 For the parties to a jury trial, success in convincing the jury to find in their favour flows from three essential ingredients, namely, a sufficient evidentiary foundation to support the legal result sought to be reached, skilful advocacy in interpreting the evidence for the jury, and appropriate jury instructions by the trial judge. Skilful advocacy involves taking the information acquired as a result of the trial — the evidence, the other party's theory of the case, and various other, intangible factors — and weaving this information together with law, logic, and rhetoric into a persuasive argument. Although not all jury addresses are, in actuality, either logically or rhetorically persuasive, there can be no denying the role of a party's persuasive skill in influencing the result in some jury trials. In this respect, we find little if any evidence to support the proposition that addressing the jury last would provide the accused with a persuasive advantage.

109 The enterprise of defending oneself against a criminal charge does not intrinsically imply a temporal order of speaking, with the accused "answering" the Crown's jury address with a jury address in reply. What is being answered in the accused's jury address is the evidence and the Crown's theory of the case, both of which, as just discussed, the accused will know prior to addressing the jury at the close of the defence evidence. The accused's jury address is his or her opportunity to answer the Crown evidence and theory of the case with argument and persuasion. Persuasion is a subtle force, which cannot be easily linked with any strict procedural rule regarding the order in which the par-

exemple, *Pisani c. La Reine*, [1971] R.C.S. 738; *R. c. Munroe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 431 (C.A. Ont.), conf. par [1995] 4 R.C.S. 53; *R. c. Neverson* (1991), 69 C.C.C. (3d) 80 (C.A. Qué.), conf. par [1992] 1 R.C.S. 1014; *R. c. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312 (C.A. Qué.). Comme nous l'expliquons plus en détail ci-dessous, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de régler les cas où l'exposé du ministère public dépasse les bornes est une mesure de protection suffisante contre la possibilité d'un manque d'équité envers l'accusé.

Pour que les parties à un procès devant jury réussissent à convaincre le jury de trancher en leur faveur, trois ingrédients essentiels doivent être réunis, soit une preuve suffisante pour étayer le résultat juridique recherché, une plaidoirie habile pour présenter au jury de leur interprétation de la preuve et des directives appropriées données par le juge du procès au jury. La plaidoirie habile se sert de l'information recueillie au cours du procès — la preuve, la thèse de l'autre partie et divers autres éléments intangibles — à laquelle elle incorpore le droit, la logique et l'éloquence pour bâtir une argumentation convaincante. Bien que les exposés au jury ne soient pas tous convaincants sur le plan de la logique ou de l'éloquence, on ne peut nier l'influence que peut exercer le talent de persuasion d'une partie sur le résultat de certains procès devant jury. À cet égard, nous ne voyons guère d'éléments de preuve pour étayer la proposition voulant que l'accusé a de meilleures chances de convaincre le jury s'il s'adresse à lui en dernier.

Se défendre contre une accusation criminelle n'implique pas intrinsèquement que l'on prenne la parole dans un ordre temporel donné, c'est-à-dire que l'accusé «réponde» à l'exposé du ministère public par un contre-exposé. Ce à quoi l'accusé répond dans l'exposé au jury, c'est à la preuve et à la thèse du ministère public, qu'il connaît, nous l'avons déjà dit, lorsqu'il s'adresse au jury à la clôture de sa preuve. L'exposé au jury constitue l'occasion pour l'accusé de répondre à la preuve et à la thèse du ministère public en usant d'arguments et de persuasion. La persuasion est une force subtile, qui ne peut facilement être reliée à aucune règle de procédure stricte portant sur l'ordre dans lequel les

ties are entitled to attempt to persuade the jury. Some would argue, as the respondent has suggested, that the party who is given the opportunity to address the jury first has an advantage in being able to create in the jury's minds a vivid image and a story regarding what is alleged to have occurred, which will be difficult for the other party to replace. The result of the accused's addressing the jury first in a criminal trial may be to place the Crown on the defensive by undercutting in advance the argument sought to be made against the accused.

parties peuvent tenter de persuader le jury. Certains prétendent, comme l'intimée l'a fait, que la partie qui a la possibilité de s'adresser au jury en premier bénéficie d'un avantage, en ce sens qu'elle peut créer dans l'esprit des jurés une image et un récit vivants quant à ce qui est censé s'être passé, que l'autre partie aura de la difficulté à remplacer. Le fait que l'accusé s'adresse au jury en premier dans les procès criminels peut placer le ministère public dans une position défensive en sapant à l'avance les arguments qu'il avait l'intention de présenter contre l'accusé.

The view that addressing the jury first may be an advantage for some accused persons has been endorsed by more than one provincial court of appeal. In the Court of Appeal below, Dubin C.J. stated, at p. 613, that it is "well known that many learned and experienced defence counsel prefer to address a jury first. . . . Many defence counsel are of the opinion that there is an advantage in addressing the jury first, shortly after the evidence of the defence is tendered, when it is fresh in the jury's mind". Similarly, in its earlier decision in *Tzimopoulos*, *supra*, at p. 338, the Court of Appeal noted that, "[t]here are undoubtedly many circumstances in which defence counsel would prefer to go first". In *R. v. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88, at p. 95, the Nova Scotia Court of Appeal concluded as follows:

110 Plus d'une cour d'appel provinciale a exprimé l'avis qu'il pouvait être avantageux pour certains accusés de s'adresser au jury en premier. Dans la présente affaire, le juge en chef Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé, à la p. 613, qu'il est [TRADUCTION] «bien connu que de nombreux avocats de la défense chevronnés préfèrent s'adresser au jury en premier. . . Bon nombre sont d'avis qu'il est avantageux de s'adresser au jury en premier, peu après que la preuve a été présentée, alors qu'elle est encore bien présente dans l'esprit des jurés». De façon similaire, la Cour d'appel avait noté dans l'arrêt *Tzimopoulos*, précité, à la p. 338, que [TRADUCTION] «indéniablement, dans de nombreux cas, l'avocat de la défense préférerait passer en premier». Dans *R. c. Hutchinson* (1995), 99 C.C.C. (3d) 88, à la p. 95, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu:

There is also a body of opinion that counsel who first addresses the jury has the advantage. If the jury is persuaded by that counsel's argument it is difficult for the counsel who speaks last to move the jurors from an established view. On the other hand there are those who consider the right to speak to the jury last is of great value. It would not appear to be of great significance who speaks first or last.

[TRADUCTION] Il y a aussi un courant d'opinion selon lequel l'avocat qui s'adresse au jury en premier est avantagé. Si le jury est persuadé par l'argumentation de cet avocat, il est difficile pour l'avocat qui parle en dernier de faire abandonner au jury l'opinion qu'il s'est faite. Par contre, il y a ceux qui attachent beaucoup de valeur au droit de s'adresser au jury en dernier. Il ne semble pas être d'une grande importance que l'on parle en premier ou en dernier.

See also *R. v. F.G.*, [1994] M.J. No. 732 (C.A.); and *R. v. Strebakowski* (1997), 93 B.C.A.C. 139.

Voir également *R. c. F.G.*, [1994] M.J. nº 732 (C.A.); *R. c. Strebakowski* (1997), 93 B.C.A.C. 139.

111 The accuracy of these jurisprudential remarks is generally supported by the social science literature, much of which indicates that under conditions similar to those which exist in a courtroom, the

La justesse de ces remarques tirées de la jurisprudence est généralement corroborée par les ouvrages de sciences sociales, qui en grande part, montrent que, dans des conditions semblables à

address which is presented first will be more effective and influential than the address given last: see, e.g., Robert G. Lawson,"The Law of Primacy in the Criminal Courtroom" (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121; D. P. Schultz, "Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework" (1963) 13 *Psychol. Rec.* 129; Robert E. Lana, "Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications" (1961) 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573; and Michael J. Saks and Reid Hastie, *Social Psychology in Court* (1978), at p. 103.

112 The appellant submits that the studies and judicial statements which contend that addressing the jury first is an advantage are "speculative" and without "factual underpinning". We agree that there are inherent frailties in studies which attempt to simulate courtroom conditions. Thus, the social science evidence is not in itself determinative of whether, in fact, it is an advantage to address the jury either first or last. However, the appellant has not referred us to social science evidence which suggests that there is a persuasive advantage to addressing the jury last. In our view, and with respect for those who hold a contrary opinion, the social science evidence and the observations of experienced appellate court judges support a finding that the right to address the jury last is not a fundamental advantage, as the appellant suggests. In these circumstances, we agree with the conclusion of Dubin C.J. in the court below that the divergence of opinion on this issue counsels against a finding that the *Charter* has been violated, because it is not unfair to require an accused person to engage in one of two equally advantageous jury address procedures. The impugned provisions of the *Code* therefore do not infringe upon the appellant's right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*.

celles qui existent dans une salle d'audience, l'exposé qui est présenté en premier sera plus efficace et convaincant que celui qui est présenté en dernier; voir, par exemple, Robert G. Lawson, «The Law of Primacy in the Criminal Courtroom» (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121; D. P. Schultz, «Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework» (1963) 13 *Psychol. Rec.* 129; Robert E. Lana, «Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications» (1961) 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573; Michael J. Saks et Reid Hastie, *Social Psychology in Court* (1978), à la p. 103.

L'appelant soutient que les études et les commentaires tirés de la jurisprudence qui veulent que le fait de s'adresser au jury en premier soit un avantage sont des «spéculations» sans «fondement factuel». Nous convenons des faiblesses inhérentes aux études qui tentent de simuler les conditions d'une salle d'audience. Par conséquent, les résultats des études menées en sciences sociales ne permettent pas à eux seuls de trancher la question de savoir si, en fait, il est avantageux de s'adresser au jury en premier ou en dernier. Cependant, l'appelant ne nous a renvoyés à aucune étude en sciences sociales qui donnerait à penser qu'il est plus facile de convaincre le jury lorsqu'on s'adresse à lui en dernier. À notre avis, et avec égards pour ceux qui ont une opinion contraire, les études des sciences sociales et les observations faites par des juges d'expérience siégeant en appel permettent de conclure que le droit de s'adresser au jury en dernier n'est pas un avantage fondamental, comme l'appelant le prétend. Dans ces circonstances, nous sommes d'accord avec le juge en chef Dubin de la Cour d'appel qui estime que la divergence d'opinions sur cette question incite à ne pas conclure que la *Charte* a été violée, parce qu'il n'est pas inéquitable d'exiger que l'accusé présente son exposé au jury en conformité avec l'une ou l'autre des deux méthodes prévues, l'une et l'autre étant également avantageuses. Les dispositions contestées du *Code* ne portent donc pas atteinte au droit de l'appelant de présenter une défense pleine et entière protégé par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*.

In the present case, the appellant asserts that it is not primarily the persuasive advantage of addressing the jury last which has resulted in a denial of the right to make full answer and defence, but rather the fact that addressing the jury first has deprived the accused of the ability to respond to specific statements made by the Crown in its address with which the accused disagrees. The appellant refers in particular to the inferences which the Crown asked the jury to draw from the expert evidence that the deceased would have had a blue pallor to her face after death had she hanged herself, and the failure of the accused to advert to having seen such a pallor.

En l'espèce, l'appelant soutient que ne ce n'est pas tant le fait d'être privé de l'avantage persuasif que confère la possibilité de s'adresser au jury en dernier qui l'a empêché d'exercer son droit à une défense pleine et entière, mais plutôt le fait qu'en s'adressant au jury en premier, il n'a pas pu répondre à des affirmations précises faites par le ministère public dans son exposé et avec lesquelles il n'est pas d'accord. L'appelant renvoie en particulier aux inférences que le ministère public a demandé au jury de tirer du témoignage d'expert selon lequel la victime aurait eu une pâleur bleue au visage après sa mort si elle s'était pendue, et de l'omission de l'accusé de mentionner qu'il avait noté cette pâleur. 113

The "blue-face" evidence was elicited by the Crown in cross-examination of the defence expert, Dr. Jaffe. Dr. Jaffe testified that a ligature around the neck would cause a blue pallor above the ligature, and that this blue pallor would be noticeable to "a reasonably skilled observer". The appellant's submission with respect to the "blue-face" evidence relates primarily to the facts that (a) it was not clear from the expert's testimony who would qualify as a reasonably skilled observer, and (b) when the appellant had testified prior to Dr. Jaffe, he was not questioned about the colour of the victim's face. The appellant contends that, had he been given the opportunity to address the jury after the Crown, his counsel would have been able to relate these concerns about the evidence to the jury.

La preuve concernant la «coloration bleue du visage» a été obtenue par le ministère public pendant le contre-interrogatoire de l'expert de la défense, le Dr Jaffe. Ce dernier a témoigné que la constriction du cou sous l'effet d'un lien cause normalement une pâleur bleue au-dessus du lien et qu'un «observateur raisonnablement averti» peut s'en rendre compte. Les observations de l'appelant au sujet de la preuve concernant la «coloration bleue du visage» portent principalement sur les faits suivants: a) il n'a pas été clairement établi dans le témoignage de l'expert qui peut être qualifié d'observateur raisonnablement averti; b) au cours de son témoignage qui a précédé celui du Dr Jaffe, l'appelant n'a pas été interrogé au sujet de la coloration du visage de la victime. L'appelant affirme que, s'il avait pu s'adresser au jury après le ministère public, son avocat aurait pu lui transmettre ses préoccupations au sujet de la preuve. 114

It was open to counsel for the accused to address this evidence in his closing address to the jury. It was also open to counsel to re-examine Dr. Jaffe in order to determine whether the appellant could be considered "a reasonably skilled observer", or to ask that the appellant be recalled in order to question him regarding the existence of the blue pallor. Counsel for the accused apparently did not consider the issue of the blue pallor to be significant enough to do any of these things. In our view, standing alone, the fact that the Crown adverted to the blue pallor in his jury address, while the

Il était loisible à l'avocat de l'accusé d'aborder cet élément de preuve dans son exposé final. Il lui était loisible aussi de réinterroger le Dr Jaffe afin de déterminer si l'appelant pouvait être considéré comme un «observateur raisonnablement averti», ou de demander que l'appelant soit rappelé pour l'interroger au sujet de la pâleur bleue du visage de la victime. L'avocat de l'accusé a apparemment jugé que cette dernière question n'était pas assez importante. À notre avis, le seul fait que le ministère public ait fait allusion à la pâleur bleue du visage dans son exposé au jury, alors que l'accusé 115

accused did not do so in his, reveals not an unfairness in the jury address procedure but merely a tactical choice by each party as to what to emphasize in its submissions. The appellant's trial counsel was fully aware of the "blue face" evidence that had been adduced, and must have known from the nature of the Crown's cross-examination of Dr. Jaffe on this point that the Crown viewed the existence of the blue pallor as relevant to the question of the appellant's guilt. If, as occurred here, trial counsel for the accused chose not to answer this evidence in his jury address, this was a strategic decision and not an unfairness imposed upon the appellant by the *Code*.

ne l'avait pas fait dans le sien, ne révèle pas le manque d'équité de la procédure suivie pour présenter les exposés au jury, mais simplement un choix tactique effectué par chaque partie quant aux éléments sur lesquels il fallait insister. L'avocat de l'appelant au procès était parfaitement au courant de la preuve concernant la «coloration bleue du visage» qui avait été présentée et devait savoir, vu la nature du contre-interrogatoire du Dr Jaffe par le ministère public sur ce point, que ce dernier considérait l'existence d'une pâleur bleue pertinente quant à la détermination de la culpabilité de l'appelant. Si, comme cela s'est produit en l'espèce, l'avocat de l'accusé au procès choisit de ne pas répondre à cette preuve dans son exposé au jury, c'est qu'il a fait un choix stratégique et cela n'a rien à voir avec un manque d'équité du *Code* envers l'appelant.

116 Having said this, it is important to stress the following: the appellant's focus in this case has been not only upon the alleged unfairness which flows from not being able to reply to the Crown's submissions as a general matter, but also and perhaps most importantly upon the unfairness which flows from not being able to reply, in particular, to Crown submissions to the jury which are misleading or unsupported by the evidence. The right of an accused in the latter circumstance to a corrective instruction by the trial judge, or to a limited reply, is discussed in more detail below. In stating that s. 651(3) of the *Code* does not infringe as a general matter upon an accused person's right to make full answer and defence to the Crown's case under s. 7 of the *Charter*, we do not intend to derogate from the principles governing those exceptional cases in which an accused will have a right of reply or a right to a corrective instruction.

Cela dit, il est important de souligner que l'appelant en l'espèce a mis l'accent non seulement sur le manque d'équité qui résulterait de l'impossibilité de répondre aux arguments du ministère public en général, mais aussi, et cela est peut-être encore plus important, sur le manque d'équité qu'entraîne l'impossibilité de répondre en particulier aux arguments trompeurs ou non appuyés sur la preuve qui sont présentés par le ministère public au jury. Le droit de l'accusé dans ce dernier cas à une directive correctrice du juge du procès, ou à une réplique limitée, fait l'objet d'une analyse plus détaillée ci-dessous. En affirmant que le par. 651(3) du *Code* ne porte pas atteinte en général au droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* à un accusé de présenter une défense pleine et entière pour réfuter les arguments du ministère public, nous n'avons pas l'intention de déroger aux principes gouvernant les cas exceptionnels où l'accusé aura un droit de réplique ou le droit d'obtenir que le juge émette une directive correctrice.

117 It is also important to comment upon the appellant's submissions regarding the inconsistency of the *Code* jury address provisions with comparable provisions in other jurisdictions. The appellant notes that legislation similar to ss. 651(3) and (4) has been recognized as procedurally unfair and abolished in several jurisdictions. The Law

Il est important aussi de commenter les observations de l'appelant en ce qui a trait à la disparité entre les dispositions du *Code* se rapportant à l'exposé au jury et les dispositions comparables en vigueur dans d'autres ressorts. L'appelant souligne que des dispositions législatives semblables aux par. 651(3) et (4) ont été jugées inéquitables sur le

Reform Commission of Canada expressed similar sentiments in its 1982 *Report on the Jury*, and recommended that the *Code* be amended to require the Crown to address the jury first, followed by the accused. It commented as follows, at p. 68:

> Section 578 [now s. 651] of the *Criminal Code* provides that the right to address the jury last falls to the prosecutor if witnesses are examined by the defence. We are unaware of any compelling reason why this should be so. Indeed, reason would seem to compel the opposite result if it is accepted that the party whose interests are most in jeopardy in a criminal trial should have the last word. Because the sequence of an accusatorial system requires that the prosecution prove its case before the accused is called upon to respond to the accusation against him, we believe that sequence should equally be respected in closing arguments. The Commission therefore recommends that the accused always have the right of last address.

We, like the Court of Appeal for Ontario in *Tzimopoulos*, *supra*, and in this case, believe that adopting the recommendations of the Law Reform Commission or, alternatively, allowing the accused to elect whether to address the jury first or last, could very well be an improvement upon the existing legislation. Granting the accused an option as to whether to address the jury first or last would presumably be welcomed by defence counsel, who may feel that it assists differently in different cases to address the jury last rather than first, or the opposite. However, as was stated earlier, granting the accused an additional advantage in this way does not equate to remedying an unfairness in the legislation. The existing provisions regarding the order of jury addresses are fair; they may just not be the most desirable.

D. *Procedural Fairness*

The appellant submits that, beyond infringing his right to make full answer and defence, the

plan de la procédure et abrogées dans plusieurs pays. La Commission de réforme du droit du Canada a exprimé un avis en ce sens dans son *Rapport sur le jury* de 1982 et recommandé que le *Code* soit modifié pour obliger le ministère public à s'adresser au jury en premier, avant l'accusé. Elle a fait les commentaires suivants, aux pp. 70 et 71:

> Selon l'article 578 [maintenant l'art. 651] du *Code criminel*, le poursuivant a le droit de s'adresser en dernier au jury si l'accusé a fait entendre des témoins. Nous ne voyons pas pourquoi il devrait absolument en être ainsi. En fait, nous serions plutôt enclins à opter pour la solution contraire si l'on pose pour principe que c'est à la partie dont les intérêts sont les plus menacés que devrait revenir le droit de parler la dernière. Dans un système de type accusatoire, la poursuite doit faire la preuve de la culpabilité de l'accusé avant que celui-ci n'ait à répondre à l'accusation portée contre lui. Nous croyons que les plaidoiries devraient être présentées dans le même ordre. Par conséquent, la Commission recommande que l'accusé ait, dans tous les cas, le droit de présenter en dernier sa plaidoirie au jury.

118 Nous croyons, tout comme la Cour d'appel de l'Ontario dans *Tzimopoulos*, précité, et dans la présente affaire, qu'adopter les recommandations de la Commission de réforme du droit du Canada ou, subsidiairement, que permettre à l'accusé de décider s'il s'adresse au jury en premier ou en dernier pourrait très bien constituer une amélioration de la loi actuelle. Accorder à l'accusé le choix de s'adresser au jury en premier ou en dernier serait vraisemblablement bien accueilli par les avocats de la défense, qui peuvent avoir le sentiment que le fait de s'adresser au jury en premier plutôt qu'en dernier, ou l'inverse, leur serait plus utile dans certains cas. Cependant, comme nous l'avons dit précédemment, accorder de cette façon à l'accusé un avantage additionnel n'équivaut pas à remédier au manque d'équité de la loi. Les dispositions existantes relatives à l'ordre de présentation des exposés au jury sont équitables; il se peut seulement qu'elles ne soient pas idéales.

D. *Équité procédurale*

119 L'appelant soutient qu'en plus de porter atteinte à son droit de présenter une défense pleine et

impugned sections of the *Code* infringe upon his right to procedural fairness as guaranteed by ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. He bases this submission primarily upon the view that ss. 651(3) and (4) of the *Code* unfairly require the accused to choose between two constitutionally protected rights, namely, the right to call and examine witnesses in one's own defence, and the right to make full answer and defence to the case for the Crown. The appellant suggests that the impugned provisions impose a penalty for exercising what should be an unqualified right to call and examine witnesses in one's defence. The provisions, he contends, legislate an unjustifiable "no win" procedural trap for an accused, since any choice he or she makes will result in the loss of one right or the other.

120 It has just been explained that the accused's inability to address the jury last does not constitute a violation of the right to make full answer and defence. As such, the accused who is faced with the choice of whether or not to call and examine witnesses in defence is not confronted with the unfair requirement to choose between two constitutionally protected rights. At most, if the accused's counsel in a particular case subjectively views addressing the jury last as an advantage, the accused is faced with having to weigh one perceived tactical advantage among the various other factors which go towards determining whether or not to call and examine defence witnesses. Objectively speaking, though, there is little evidence to suggest that there is a tactical advantage to addressing the jury last, and at least some evidence in favour of the view that it is advantageous to address the jury first. In these circumstances, we do not find any procedural unfairness in the manner in which the *Code* orders jury addresses by counsel.

E. *Presumption of Innocence*

121 A final argument which requires comment is the submission that ss. 651(3) and (4) of the *Code*

entière, les paragraphes contestés du *Code* portent atteinte à son droit à l'équité procédurale garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Il se fonde principalement sur l'idée que les par. 651(3) et (4) du *Code* exigent injustement que l'accusé choisisse entre deux droits protégés par la Constitution, c'est-à-dire, le droit de produire et d'interroger des témoins pour sa propre défense et le droit de présenter une défense pleine et entière pour réfuter les arguments du ministère public. L'appelant affirme que les dispositions contestées pénalisent l'exercice de ce qui devrait être un droit absolu, celui de produire et d'interroger des témoins pour sa propre défense. Selon lui, ces dispositions législatives tendent de manière injustifiable un piège procédural à l'accusé, qui ne peut que «tomber dans le panneau» puisque son choix entraînera la perte de l'un ou de l'autre droit.

Nous venons d'expliquer que le fait que l'accusé ne puisse s'adresser au jury en dernier ne constitue pas une violation du droit de présenter une défense pleine et entière. En tant que tel, l'accusé qui doit décider s'il produit et interroge des témoins pour sa défense n'est pas confronté à l'exigence inéquitable de devoir choisir entre deux droits protégés par la Constitution. Tout au plus, si l'avocat de l'accusé dans une affaire donnée estime subjectivement que le fait de s'adresser au jury en dernier constitue un avantage, l'accusé est obligé de soupeser ce qu'il estime être un avantage tactique par rapport à divers autres facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer s'il y a lieu de produire et d'interroger des témoins pour sa défense. Objectivement parlant, cependant, il n'y a guère d'éléments de preuve permettant d'affirmer que le fait de s'adresser au jury en dernier constitue un avantage tactique, et il y a, à tout le moins, certains éléments de preuve pour appuyer l'opinion qu'il est avantageux de s'adresser au jury en premier. Dans ces circonstances, nous ne pouvons conclure au manque d'équité procédurale de l'ordre de présentation des exposés au jury qui est prévu par le *Code*.

E. *Présomption d'innocence*

Le dernier point à aborder est l'argument voulant que les par. 651(3) et (4) du *Code* portent

infringe upon the appellant's right to be presumed innocent under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Here we are concerned, not with the violation of the presumption of innocence which is inherent in an infringement of the right to make full answer and defence, but with the possibility that the order in which counsel address the jury may influence the jury's perception of who bears the burden of proof in a criminal trial. The jury may assume that, because the accused addresses them first, he or she is presumed to be guilty unless able to persuade the jury otherwise.

atteinte au droit de l'appelant d'être présumé innocent qui est garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Ce dont il est question ici, ce n'est pas de la violation de la présomption d'innocence qui est inhérente à toute atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière, mais de la possibilité que l'ordre dans lequel les avocats s'adressent au jury influe sur l'identification par les jurés de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve dans un procès criminel. Le jury peut supposer que, parce que l'accusé s'adresse à lui en premier, il est présumé coupable à moins qu'il n'arrive à convaincre le jury du contraire.

We do not agree that a properly instructed jury would presume guilt on the part of the accused from the fact that he or she addresses the jury first following the presentation of the evidence. It is a fundamental principle of our criminal justice system that a jury must be instructed in clear terms by the trial judge that it is the prosecution which bears the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt. A failure to instruct the jury regarding this essential point will justify a new trial: see *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320. Moreover, the entire trial itself proceeds on the same basis. The Crown presents its evidence in support of a finding of guilt. That evidence is usually rigorously challenged by the defence, and is followed in many cases by defence evidence seeking to show that the Crown has not satisfied its burden of proof. Defence counsel's address unfailingly confirms the prosecution's burden of proof, by emphasizing the nature of the burden and explaining why it has not been met. Indeed, if he or she considers it desirable to do so, defence counsel is permitted to inform the jury of the existence of *Code* provisions requiring the defence to address the jury first. The argument that the order of the jury addresses may cause the jury to ignore the clear instructions of the trial judge is, therefore, not a plausible one. In these circumstances, we find that ss. 651(3) and

Nous ne sommes pas d'accord pour dire qu'un jury ayant reçu des directives appropriées présumerait que l'accusé est coupable parce qu'il s'adresse à lui en premier, après la présentation de la preuve. C'est un principe fondamental de notre système de justice pénale que le juge du procès doit expliquer au jury, au moyen de directives claires, que c'est la poursuite qui a le fardeau de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Le défaut de donner des directives au jury sur ce point essentiel justifiera la tenue d'un nouveau procès; voir *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320. Au surplus, le déroulement de tout le procès repose sur ce principe. Le ministère public présente sa preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité qu'il demande. Cette preuve est généralement contestée rigoureusement par la défense et est suivie dans bien des cas par la preuve de la défense, qui cherche à établir que le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de preuve. Dans son exposé, l'avocat de la défense confirme immanquablement que c'est le ministère public qui a le fardeau de la preuve, en soulignant la nature de ce fardeau et en expliquant pourquoi le ministère public ne s'en est pas acquitté. En fait, s'il l'estime souhaitable, l'avocat de la défense peut informer le jury de l'existence de dispositions du *Code* qui exigent que la défense s'adresse au jury en premier. L'argument selon lequel l'ordre de présentation des exposés puisse amener le jury à ne pas tenir compte des directives claires du juge du procès n'est donc pas plausible. Dans ces circonstances, nous concluons que les 122

(4) do not infringe upon the appellant's right to the presumption of innocence.

F. *Subsection 651(4)*

123 The analysis to this point has dealt with s. 651(3) of the *Code*. However, it applies equally to s. 651(4). Subsection 651(4) of the *Code* sets out the order of address for multiple accused, and states that where any of the accused calls and examines witnesses, all of the accused are required to address the jury before the Crown does so. Although the present case does not provide a factual basis for the determination of whether s. 651(4) violates ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*, the principles outlined above mandate a finding that s. 651(4) is similarly constitutional. Because the order of address does not violate the right to make full answer and defence or otherwise effect procedural unfairness upon the accused, the fact that s. 651(4) deals with multiple accused does not change the *Charter* inquiry. It is true that in the case of multiple accused, one or more accused may be forced to address the jury before the Crown does so even when he or she did not call and examine witnesses. However, since the order of address does not infringe the *Charter* rights of an accused, the fact that the accused did not have the choice to address the jury before the Crown is of no consequence.

G. *The Ability of the Trial Judge to Rectify Errors in Jury Addresses of Counsel*

124 What action can be taken by a trial judge when the Crown or defence counsel's closing address to the jury contains gross inaccuracies, seriously misstates the evidence or misuses the evidence in connection with the inferences to be drawn? As Dubin C.J. observed in the court below, there are two approaches available to a trial judge to remedy unfairness resulting from an improper closing address.

par. 651(3) et (4) ne portent pas atteinte au droit de l'appelant d'être présumé innocent.

F. *Le paragraphe 651(4)*

Jusqu'ici, notre analyse a porté sur le par. 651(3) du *Code*. Elle s'applique également toutefois au par. 651(4). Le paragraphe 651(4) du *Code* établit l'ordre de présentation des exposés lorsqu'il y a plus d'un accusé et prévoit que, si l'un de ces accusés produit et interroge des témoins, tous les accusés doivent s'adresser au jury avant le ministère public. Bien que les faits de l'espèce ne nous permettent pas de nous prononcer sur la question de savoir si le par. 651(4) viole l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*, les principes énoncés précédemment nous commandent de conclure que le par. 651(4) est constitutionnel pour des raisons similaires. Étant donné que l'ordre de présentation des exposés au jury ne viole pas le droit à une défense pleine et entière et n'entraîne pas par ailleurs un manque d'équité procédurale envers l'accusé, le fait que le par. 651(4) concerne plus d'un accusé ne change rien à l'analyse fondée sur la *Charte*. Il est vrai que dans le cas où il y a plus d'un accusé, l'un ou plusieurs d'entre eux peuvent être forcés de s'adresser au jury avant le ministère public, même s'ils n'ont pas eux-mêmes produit et interrogé de témoins. Toutefois, étant donné que l'ordre de présentation des exposés ne porte pas atteinte aux droits d'un accusé garantis par la *Charte*, le fait que l'accusé ait été forcé de s'adresser au jury avant le ministère public est sans conséquence.

G. *La capacité du juge du procès de corriger les erreurs commises par les avocats dans les exposés au jury*

Que peut faire le juge du procès lorsque l'exposé final du ministère public ou de la défense renferme des inexactitudes importantes, comporte de graves erreurs dans la récapitulation de la preuve ou se fonde abusivement sur la preuve pour tirer des conclusions? Comme le juge en chef Dubin l'a noté en Cour d'appel, le juge du procès dispose de deux moyens pour remédier au manque d'équité résultant d'un exposé final incorrect.

First, if a trial judge is of the opinion that an irregularity in counsel's address has jeopardized the fairness of the trial, then, in most situations, it may be rectified by a specific correcting reference to it in the charge to the jury. This should suffice in most cases. Second, if the trial judge is of the opinion that curative instructions alone will not suffice to remedy the damage, then in those relatively rare situations, the prejudiced party may be granted a limited opportunity to reply. Let us first consider a correction made by the trial judge as part of the charge to the jury.

(1) Curative Jury Instructions

It cannot be forgotten that the trial judge is the last person to speak to the jury. The trial judge is also in the best position to assess the significance of the remarks of counsel, to determine if they need to be corrected, and, if necessary, to correct inaccuracies and remedy any unfairness that may arise from the addresses of counsel. Indeed, from the point of view of counsel, it is a humbling experience to have the trial judge point out errors in their addresses. It is this ability of the trial judge to correct addresses of counsel that provides an element of control which helps to curb inaccuracies, exaggeration and unfair comments by counsel. Moreover, it ensures that the trial process is fair which, after all, is one of the fundamentally important functions of the presiding judge. The judge should not hesitate to correct errors of counsel in order to preserve the fairness of the trial process. Taking this step will ensure fairness in the vast majority of cases. On this issue we are in complete agreement with these comments of Dubin C.J., at p. 613:

It is the duty of the trial judge to present the case for the defence as fully and fairly as the case for the Crown. If there is unfairness in the Crown's address, a complaint can be brought to the attention of the trial judge who should correct any mistake by Crown counsel in overstepping the bounds of propriety, resulting in an unfair trial.

The Ontario Court of Appeal correctly observed in *Munroe*, *supra*, that the trial judge is best able to

Premièrement, si le juge du procès est d'avis qu'une irrégularité de l'exposé des avocats a compromis le caractère équitable du procès, dans la plupart des cas, il peut y remédier en apportant une correction dans ses directives au jury. Cela devrait suffire dans la plupart des cas. Deuxièmement, dans les cas relativement rares où le juge du procès estime que des directives correctrices seules ne suffiront pas à réparer le préjudice, il peut accorder à la partie lésée un droit de réplique limité. Examinons d'abord la correction apportée par le juge du procès dans ses directives au jury. 125

(1) Directives correctrices au jury

Il ne faut pas oublier que le juge du procès est la dernière personne à s'adresser au jury. Il est aussi la personne la mieux placée pour évaluer la portée des remarques faites par les avocats, pour déterminer si elles nécessitent des corrections et, le cas échéant, pour corriger les inexactitudes et remédier à tout manque d'équité pouvant résulter des exposés. Certes, du point de vue des avocats, il est humiliant d'entendre le juge du procès relever les erreurs commises dans les exposés, mais cette capacité du juge du procès de corriger les exposés est une mesure de contrôle qui permet de mettre un frein aux inexactitudes, aux exagérations et aux commentaires déloyaux des avocats. Qui plus est, elle garantit le caractère équitable du procès, ce qui, après tout, est l'une des fonctions fondamentales du juge présidant le procès. Celui-ci ne doit pas hésiter à corriger les erreurs des avocats afin de préserver le caractère équitable du procès. Cette mesure assurera l'équité dans la vaste majorité des cas. Sur ce point, nous sommes en parfait accord avec les commentaires du juge en chef Dubin, à la p. 613: 126

[TRADUCTION] Le juge du procès a l'obligation de présenter les arguments de la défense d'une manière aussi complète et juste que ceux du ministère public. Si l'exposé du ministère public est injuste, la défense peut porter plainte au juge du procès, qui doit corriger les erreurs que le substitut du procureur général a commises en dépassant les bornes et qui sont susceptibles de conduire à un procès inéquitable.

La Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de faire remarquer dans *Munroe*, précité, que le juge du 127

assess the impact that improper remarks will have on a jury and to determine whether remedial steps are necessary. However, where the trial judge fails to redress properly the harm caused by a clearly inflammatory, unfair or significantly inaccurate jury address, a new trial could well be ordered. It is not only appropriate for a trial judge, in the charge to the jury, to undertake to remedy any improper address by counsel, but it is the duty of the trial judge to do so when it is required. This has been emphasized in a number of decisions of this Court: see, e.g., *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434, at p. 455; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *Finta*, *supra*; *R. v. Michaud*, [1996] 2 S.C.R. 458.

128 In the course of correcting the addresses of counsel, the trial judge should deal in a fair and balanced fashion with both sides of the case. The curative instructions should not indicate that the judge is favouring the arguments of one party over another, nor should they appear to engage in contentious argument with the address of counsel for one of the parties: see *R. v. Pouliot*, [1993] 1 S.C.R. 456, rev'g (1992), 47 Q.A.C. 1.

129 In the case at bar, it would have been preferable if the trial judge had directed the jury to consider the qualifying testimony of the defence pathologist that the discolouration would only have been apparent to a trained observer. This comment would have alleviated any unfairness or perception of unfairness in the eyes of the accused arising from the Crown's address. However we agree with the Court of Appeal's conclusion that in light of the evidence presented in this case and taking into account the entire charge to the jury no miscarriage of justice resulted from his failure to do so.

(2) The Inherent Jurisdiction of Superior Court Judges Provides a Basis For Granting a Limited Opportunity to Reply

130 The obligation of a trial judge to ensure that an accused's right to a fair trial is preserved has been enshrined in s. 11(*d*) of the *Charter*. However, the

procès est celui qui est le plus en mesure d'évaluer l'incidence que des remarques déplacées auront sur le jury et de déterminer si des mesures correctrices s'imposent. Toutefois, lorsque le juge du procès omet de remédier comme il le doit au préjudice causé par un exposé manifestement incendiaire, injuste ou comportant des inexactitudes graves, il se pourrait qu'un nouveau procès doive être ordonné. Il est non seulement opportun que le juge du procès, dans ses directives au jury, s'attache à corriger les irrégularités des exposés des avocats, mais il est de son devoir de le faire lorsque cela est nécessaire. Notre Cour a insisté sur ce point dans de nombreux arrêts; voir, par exemple, *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, à la p. 455; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *Finta*, précité; *R. c. Michaud*, [1996] 2 R.C.S. 458.

Lorsqu'il apporte des corrections aux exposés des avocats, le juge du procès doit traiter les deux parties de manière équitable et juste. Les directives correctrices ne devraient pas laisser entendre que les arguments de l'une des parties emportent son adhésion ni donner l'impression qu'il conteste la position de l'une des parties; voir *R. c. Pouliot*, [1993] 1 R.C.S. 456, infirmant (1992), 47 Q.A.C. 1.

En l'espèce, il aurait été préférable que le juge du procès demande au jury de prendre en considération la précision apportée dans le témoignage du pathologiste cité par la défense selon laquelle seul un observateur averti aurait remarqué la coloration du visage. Ce commentaire aurait redressé tout manque d'équité, réel ou perçu par l'accusé, pouvant résulter de l'exposé du ministère public. Cependant, nous sommes d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel qu'à la lumière de la preuve présentée en l'espèce et compte tenu l'ensemble des directives au jury, aucune erreur judiciaire n'a été commise en raison de cette omission.

(2) La compétence inhérente des juges des cours supérieures leur permet d'accorder un droit de réplique limité

L'obligation du juge du procès de veiller au respect du droit de l'accusé à un procès équitable a été constitutionnalisée à l'al. 11*d*) de la *Charte*.

inherent jurisdiction of superior court judges to remedy procedural unfairness during the trial has always existed at common law. In *R. v. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152, the Ontario Court of Appeal correctly observed that courts have from the earliest times invoked an inherent jurisdiction to prevent the abuse of trial process resulting from oppressive or vexatious proceedings. In *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497, at p. 520, Lord Guest referred to the overriding duty of the trial judge to ensure that a trial is fair. He wrote that this duty: "springs from the inherent power of the judge to control the trial before him and to see that justice is done in fairness to the accused".

Cependant, la compétence inhérente des juges des cours supérieures de remédier à un manque d'équité procédurale au cours du procès a toujours existé en common law. Dans l'arrêt *R. c. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152, la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de faire remarquer que les cours de justice ont de tout temps invoqué une compétence inhérente pour faire obstacle au recours abusif au tribunal au moyen de procédures abusives ou vexatoires. Dans *Selvey c. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497, à la p. 520, lord Guest a parlé de l'obligation impérieuse du juge du procès de faire en sorte que le procès soit équitable. Il a écrit que cette obligation [TRADUCTION] «a pour origine la compétence inhérente du juge de présider au procès et de voir à ce que la justice soit rendue en toute équité pour l'accusé».

The appellant argued that the explicit language of s. 651 makes it impossible for a trial judge to allow a right of reply. However, this contention appears to confuse the exercise of discretion with the exercise of inherent jurisdiction. As I. H. Jacob noted in "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 25: 131

L'appelant a fait valoir que le libellé explicite de l'art. 651 interdisait au juge du procès d'accorder un droit de réplique. Cependant, cette affirmation paraît être le résultat d'une confusion entre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et l'exercice d'une compétence inhérente. Comme l'a noté I. H. Jacob dans «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, à la p. 25:

> The inherent jurisdiction of the court is a concept which must be distinguished from the exercise of judicial discretion. These two concepts resemble each other, particularly in their operation, and they often appear to overlap, and are therefore sometimes confused the one with the other. There is nevertheless a vital juridical distinction between jurisdiction and discretion, which must always be observed.

> [TRADUCTION] La compétence inhérente de la cour est un concept qui doit être distingué de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le juge. Ces deux concepts se ressemblent, particulièrement dans leur application, paraissent souvent se chevaucher et sont donc parfois confondus l'un avec l'autre. Il existe néanmoins une distinction d'une importance vitale sur le plan juridique entre compétence et pouvoir discrétionnaire, et cette distinction doit toujours être respectée.

Discretion is usually conferred on a judge by the words of a statutory provision. For instance, the use of the words "may" or "can" provides a judge with the ability to make a choice between two or more alternatives. By contrast, a trial judge always possesses an inherent jurisdiction to ensure that the trial is conducted fairly. Inherent jurisdiction cannot be circumvented by narrow or confining statutory language. Jacob aptly described this fundamentally important residual power in this way, at pp. 27-28:

Un pouvoir discrétionnaire est généralement conféré à un juge par les dispositions d'une loi. Par exemple, l'utilisation du mot «peut» habilite le juge à choisir entre deux ou plusieurs options. Cependant, le juge du procès jouit toujours d'une compétence inhérente lui permettant de garantir que le procès se déroulera équitablement. La compétence inhérente ne peut être battue en brèche au moyen d'un texte législatif étroit ou restrictif. Jacob a pertinemment décrit ce pouvoir résiduel fondamentalement important de la façon suivante, aux pp. 27 et 28:

For the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life-blood, its very essence, its immanent attribute. Without such a power, the court would have form but would lack substance. The jurisdiction which is inherent in a superior court of law is that which enables it to fulfil itself as a court of law. The juridical basis of this jurisdiction is therefore the authority of the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner.

[TRADUCTION] En raison de son caractère essentiel, une cour supérieure de justice doit nécessairement être investie du pouvoir de maintenir son autorité et d'empêcher qu'on fasse obstacle à sa procédure ou qu'on en abuse. Il s'agit d'un pouvoir intrinsèque d'une cour supérieure; c'est son âme et son essence mêmes, son attribut immanent. Dénuée de ce pouvoir, la cour serait une entité ayant une forme mais aucune substance. La compétence inhérente d'une cour supérieure est celle qui lui permet de se réaliser en tant que cour de justice. Le fondement juridique de cette compétence est donc le pouvoir des juges de maintenir, protéger et remplir leur fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d'une manière régulière, ordonnée et efficace.

132 Similarly in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, at p. 449, Estey J. quoted with approval the words of Jessup J.A. in *Osborn*, *supra*, at p. 155: ". . . the Courts of this Province have from the earliest times invoked an inherent jurisdiction to prevent the abuse of their process through oppressive or vexatious proceedings".

De façon similaire, dans *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, à la p. 449, le juge Estey a fait siennes les remarques du juge Jessup de la Cour d'appel dans *Osborn*, précité, à la p. 155: [TRADUCTION] «[. . .] les cours de cette province ont de tout temps invoqué une compétence inhérente pour empêcher l'abus de procédures devant elles au moyen de procédures opprimantes ou vexatoires».

Estey J. continued, at p. 453:

It follows therefore that the observations of Jessup J.A. in *Osborn* with reference to the origins and breadth of the trial court discretion to protect the processes of the courts from abuse remain substantially unimpaired by succeeding decisions in this Court.

Aux pages 453 et 454, le juge Estey ajoute:

Il s'ensuit par conséquent que les remarques que fait le juge Jessup en Cour d'appel dans l'arrêt *Osborn*, sur les origines et l'ampleur du pouvoir discrétionnaire qu'a le tribunal de première instance pour protéger les procédures des tribunaux contre l'abus, ne sont pas infirmées par les décisions de cette Cour qui l'ont suivi.

See also *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520 (C.A.), at pp. 541 and 547.

Voir également *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520 (C.A.), aux pp. 541 et 547.

133 It can be seen that the inherent jurisdiction of superior courts is a significant and effective basis for preventing abuse of the court's process and ensuring fairness in the trial process. This enduring and important jurisdiction of the court, if it is to be removed can only be accomplished by clear and precise statutory language. There is not that clear and precise language in s. 651 which removes or impairs the inherent jurisdiction of the court to achieve trial fairness by prohibiting the court from granting a right of reply to defence counsel when that is required.

On peut constater que la compétence inhérente des cours supérieures est un moyen important et efficace pour empêcher l'abus des procédures et garantir l'équité du procès. Cette compétence historique et non négligeable de la cour ne peut être abolie que par un texte législatif clair et précis. L'article 651 ne constituant pas ce texte clair et précis, il n'abolit pas la compétence inhérente de la cour de sauvegarder le caractère équitable du procès et n'y porte point atteinte en interdisant à la cour d'accorder un droit de réplique à l'avocat de la défense au besoin.

134 It is the existence of this significant residual jurisdiction which enables a trial judge to permit

C'est l'existence de cette compétence résiduelle importante qui habilite le juge du procès à autori-

defence counsel to reply to an improper Crown address.

Thus, if a trial judge concludes that the unfairness caused by an improper jury address cannot be remedied in the instructions to the jury, the inherent jurisdiction can be exercised to allow the prejudiced party an opportunity to reply. The position was clearly and correctly outlined in the reasons of Dubin C.J. in these words, at p. 614:

> There may be cases where, by reason of the Crown addressing the jury last, the only way a fair trial can be assured is by giving defence counsel a brief right of reply. That would be so when Crown counsel's jury address gives rise to an issue that is so serious that comment by the trial judge in his charge to the jury will not suffice to ensure a fair trial.

It must be emphasized that the reply must be confined to those issues improperly dealt with by Crown counsel. It cannot be used simply to restate the original position of the defence or to advance new arguments or theories.

It follows that, where the Crown is entitled to address the jury last pursuant to s. 651, the trial judge may grant defence counsel an opportunity to reply in those limited circumstances where the accused's ability to make a full answer and defence and his or her right to a fair trial have been prejudiced. The intervener the Attorney General for Alberta properly observed that just such prejudice may arise where the substantive legal theory of liability which the Crown has added or substituted in its closing has so dramatically changed that the accused could not reasonably have been expected to answer such an argument. It may also be appropriate to grant a reply where the accused is actually misled by the Crown as to the theory intended to be advanced. It is only in the clearest cases of unfairness that the trial judge should grant an opportunity to reply as an exercise of inherent jurisdiction.

ser l'avocat de la défense à répondre à un exposé incorrect du ministère public.

Par conséquent, si le juge du procès conclut que le manque d'équité attribuable à l'exposé au jury incorrect ne peut pas être corrigé au moyen de directives au jury, il peut, dans le cadre de sa compétence inhérente, permettre à la partie lésée de répondre. Le juge en chef Dubin a clairement et correctement expliqué cette possibilité dans ses motifs: 135

> [TRADUCTION] Il peut y avoir des cas où, en raison du fait que le ministère public s'adresse au jury en dernier, la seule façon de garantir que le procès sera équitable est d'accorder à l'avocat de la défense le droit de répondre brièvement. Ce serait le cas si l'exposé du ministère public soulevait une question si grave que les commentaires du juge du procès dans ses directives au jury ne suffiraient pas pour garantir le caractère équitable du procès.

Il est important de souligner que la réplique doit porter uniquement sur les questions dont le ministère public a traité de façon incorrecte. La défense ne peut s'en servir pour réaffirmer simplement sa position initiale ni pour faire valoir de nouveaux arguments ou de nouvelles thèses.

Il s'ensuit que, lorsque le ministère public a le droit de s'adresser au jury en dernier conformément à l'art. 651, le juge du procès peut accorder à la défense un droit de réplique dans les cas limités où il y a atteinte à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et à son droit à un procès équitable. L'intervenant, le procureur général de l'Alberta, fait observer à juste titre qu'un tel préjudice peut survenir lorsque le ministère public a tellement modifié la thèse relative à la responsabilité qu'il avançait initialement, en ajoutant des éléments ou en en remplaçant, que l'on ne peut plus raisonnablement continuer de supposer que l'accusé peut répondre à une telle argumentation. Il peut aussi être approprié d'accorder un droit de réplique lorsque l'accusé est induit en erreur par le ministère public quant à la thèse qu'il entend avancer. Ce n'est que dans les cas de manquement manifeste à l'équité que le juge du procès devrait accorder un droit de réplique en vertu de sa compétence inhérente. 136

137 Nonetheless, in light of the evidence presented in this case and the addresses of counsel, and taking into account the entire charge to the jury, we agree with the Court of Appeal that it was not incumbent upon the trial judge to grant Mr. Rose's counsel an opportunity to reply. Nor did any substantial miscarriage of justice result from his failure to refer specifically to and to correct the improper statements of Crown counsel in his charge to the jury.

VI. Disposition

138 In the result, the appeal must be dismissed and the Order of Court of Appeal confirmed.

139 We would thus answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does s. 651(3) or 651(4) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of an accused person to a trial in accordance with the principles of fundamental justice and/or the right of an accused person to make full answer and defence, as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 2: If the answer to Question #1 is yes, is the said infringement or denial of the s. 7 right, a reasonable limit which can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: In light of the answer to Question 1, it is not necessary to answer this question.

Question 3: Does s. 651(3) or 651(4) of the *Criminal Code* infringe or deny the right of an accused person to a fair trial at which he or she is presumed innocent, as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 4: If the answer to Question #3 is yes, is the said infringement or denial of the s. 11(*d*)

Néanmoins, vu la preuve déposée en l'espèce, les exposés des avocats et l'ensemble des directives du juge au jury, nous sommes d'avis, comme la Cour d'appel, que le juge du procès n'avait pas à accorder à l'avocat de M. Rose un droit de réplique. Son omission de relever spécifiquement et de corriger dans ses directives au jury les déclarations irrégulières faites par le ministère public dans son exposé ne constitue pas non plus une erreur judiciaire grave.

VI. Dispositif

En définitive, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel.

Nous sommes donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1: Les paragraphes 651(3) ou 651(4) du *Code criminel* portent-ils atteinte au droit de l'inculpé à un procès en conformité avec les principes de justice fondamentale ou à son droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 2: En cas de réponse affirmative à la première question, l'atteinte portée au droit garanti par l'art. 7 constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse donnée à la question 1, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Question 3: Les paragraphes 651(3) ou 651(4) du *Code criminel* portent-ils atteinte au droit de l'inculpé d'être présumé innocent tant qu'il n'aura pas été déclaré coupable à l'issue d'un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 4: En cas de réponse affirmative à la troisième question, l'atteinte portée au droit

right, a reasonable limit which can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: In light of the answer to Question 3, it is not necessary to answer this question.

Appeal dismissed, LAMER C.J. *and* MCLACHLIN, MAJOR *and* BINNIE JJ. *dissenting. The first and third constitutional questions should be answered in the negative; it was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.*

Solicitor for the appellant: Keith E. Wright, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

garanti par l'al. 11*d*) constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse donnée à la question 3, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER *et* les juges MCLACHLIN, MAJOR *et* BINNIE *sont dissidents. Les première et troisième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.*

Procureur de l'appelant: Keith E. Wright, Toronto.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 1998 Vol. 3

3e cahier, 1998 Vol. 3

Cited as [1998] 3 S.C.R. 339-532

Renvoi [1998] 3 R.C.S. 339-532

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Ordon Estate *v.* Grail **437**

Maritime law — Negligence actions — Negligence actions brought following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Actions including claims for loss of guidance, care and companionship — Whether provincial legislation constitutionally applicable to maritime negligence claims — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 646 — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 61(2)(e) – Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23, s. 38(1) — Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1.

Courts — Jurisdiction — Maritime negligence claims — Negligence actions brought in provincial superior court following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Whether Federal Court, Trial Division has exclusive jurisdiction over *in personam* maritime fatal accident claims by dependants — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 646 — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

R. *c.* Arp **339**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Norme de preuve applicable aux conclusions tirées d'une preuve de faits similaires — L'application de la norme civile porterait-elle atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit à la présomption d'innocence garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Norme de preuve applicable aux conclusions tirées d'une preuve de faits similaires — L'application de la norme civile porterait-elle atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit à la présomption d'innocence garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Échantillons de substances corporelles obtenus avec le consentement de l'intéressé dans le cours

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Limitation of actions — Maritime negligence claims — Negligence actions brought following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Whether applicable limitation period for bringing dependant's fatal accident claim under s. 646 of Canada Shipping Act is one-year period or two-year period — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 572(1), 649.

R. *v.* Arp **339**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Standard of proof to be applied to conclusions drawn from similar fact evidence — Whether application of civil standard would offend Charter principles of fundamental justice and right to be presumed innocent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Standard of proof to be applied to conclusions drawn from similar fact evidence — Whether application of civil standard would offend Charter principles of fundamental justice and right to be presumed innocent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Body samples given with consent during investigation of earlier crime — Samples seized under warrant and analysed with respect to investigation of second crime — Whether admission of bodily samples offended right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed in ss. 7 and 8 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

R. *v.* M. (MR) **393**

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Search and seizure in schools — Student at junior high school suspected of drug dealing and searched at school by vice-principal in presence of RCMP — Whether guarantee against unreasonable search and seizure applicable to searches of students in schools — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Schools — Student at junior high school suspected of drug dealing and searched at school by vice-principal in presence of RCMP — Illegal drugs found — Circumstances in which search by school officials unreasonable — Whether normal standards for search and seizure applicable in school situations — Whether evidence seized admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Detention — Schools — Student suspected of drug dealing compelled to attend at school official's office and to submit to search by vice-principal in presence of RCMP — Whether student detained within meaning of s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Suite)

d'une enquête sur un premier crime — Échantillons saisis en vertu d'un mandat et analysés dans le cadre d'une enquête sur un second crime — L'admission en preuve des échantillons de substances corporelles a-t-elle porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par les art. 7 et 8 de la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

R. *c.* M. (MR) **393**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Fouilles, perquisitions et saisies à l'école — Élève d'école secondaire de premier cycle soupçonné de trafic de drogue et fouillé à l'école par le directeur adjoint en présence de la GRC — La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives s'applique-t-elle aux fouilles d'étudiants à l'école? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Élève d'école secondaire de premier cycle soupçonné de trafic de drogue et fouillé à l'école par le directeur adjoint en présence de la GRC — Drogue illégale découverte — Circonstances dans lesquelles une fouille par un responsable d'école est abusive — Les normes habituelles en matière de fouille, perquisition et saisie s'appliquent-elles en contexte scolaire? — La preuve saisie est-elle admissible? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits – Détention — Écoles — Élève soupçonné de trafic de drogue forcé de se rendre au bureau d'un responsable d'école et d'y subir une fouille par le directeur adjoint en présence de la GRC — L'élève était-il détenu au sens de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Succession Ordon *c.* Grail **437**

Droit maritime — Actions pour négligence — Actions pour négligence intentées à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — Actions incluant des réclamations pour perte de conseils, de soins et de compagnie — Les lois provinciales sont-elles constitutionnellement applicables aux actions pour négligence en matière maritime? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 646 — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 61(2)e) — Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 38(1) — Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990, ch. N.1.

Tribunaux — Compétence — Actions pour négligence en matière maritime — Actions pour négligence intentées en cour supérieure provinciale à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — La Cour fédérale, Section de première instance, a-t-elle compétence exclusive quant aux demandes *in personam* en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formées par les personnes à charge des victimes? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 646 — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Prescription des actions — Actions pour négligence en matière maritime — Actions pour négligence intentées à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — Le délai dans lequel une personne à charge doit intenter une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel en vertu de l'art. 646 de la Loi sur la marine marchande du Canada est-il d'un an ou de deux ans? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 572(1), 649.

Brian Arp *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* ARP

File No.: 26100.

1998: June 18; 1998: November 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Standard of proof to be applied to conclusions drawn from similar fact evidence — Whether application of civil standard would offend Charter principles of fundamental justice and right to be presumed innocent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Standard of proof to be applied to conclusions drawn from similar fact evidence — Whether application of civil standard would offend Charter principles of fundamental justice and right to be presumed innocent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Body samples given with consent during investigation of earlier crime — Samples seized under warrant and analysed with respect to investigation of second crime — Whether admission of bodily samples offended right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed in ss. 7 and 8 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

Brian Arp *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* ARP

N° du greffe: 26100.

1998: 18 juin; 1998: 26 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Norme de preuve applicable aux conclusions tirées d'une preuve de faits similaires — L'application de la norme civile porterait-elle atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit à la présomption d'innocence garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Norme de preuve applicable aux conclusions tirées d'une preuve de faits similaires — L'application de la norme civile porterait-elle atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit à la présomption d'innocence garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Échantillons de substances corporelles obtenus avec le consentement de l'intéressé dans le cours d'une enquête sur un premier crime — Échantillons saisis en vertu d'un mandat et analysés dans le cadre d'une enquête sur un second crime — L'admission en preuve des échantillons de substances corporelles a-t-elle porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par les art. 7 et 8 de la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

Two women were murdered some two-and-a-half years apart in the same city and in similar circumstances.

The accused was arrested after the first murder. He gave the investigating officers scalp and pubic hair samples when asked if he was interested in helping them eliminate him as a suspect. The samples were to be used to determine whether any of his hair was found where the victim was found and he was released when none matched the samples taken from the victim's coat. (Use for DNA analysis was not contemplated at the time.) The officer advised him that any evidence gathered as a result of the hair sample would be used in court.

During the investigation of the second murder, the accused refused to provide samples for DNA testing. Cigarette butts belonging to him, however, were taken after his police interview, analysed as to DNA composition and found to match the semen fraction taken from the second victim. The scalp and pubic hairs taken from the accused during the first murder investigation were analysed as to DNA composition and found to match the analysis of the cigarette butts and the semen. The accused was arrested and charged with the first degree murder of the second victim and then re-arrested and charged with the first degree murder of the first victim as well.

Defence counsel twice unsuccessfully applied to sever the two murder counts in the indictment, before the trial and at the end of a lengthy *voir dire*. Counsel also objected to the admissibility of the samples taken and used by the police for DNA analysis and the DNA evidence itself. The evidence was ruled admissible. A jury convicted the accused on both counts. His appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Two principal issues arose here. First, whether a jury, to draw conclusions from similar fact evidence, was to be satisfied on a civil or criminal standard of proof that the same person committed the acts in question, and if the civil standard applied, whether the principles of fundamental justice (s. 7) and the right to be presumed innocent (s. 11(*d*)) in the *Canadian Charter of Rights*

Deux femmes ont été assassinées à deux ans et demi d'intervalle dans la même ville et dans des circonstances similaires.

L'accusé a été arrêté après le premier meurtre. Il a fourni des échantillons de cheveux et de poils pubiens aux policiers chargés de l'enquête, qui lui avaient demandé s'il était intéressé à les aider à l'éliminer comme suspect. Les échantillons devaient servir à déterminer si des cheveux ou des poils lui appartenant avaient été trouvés à l'endroit où la victime avait été découverte. L'accusé a été libéré étant donné qu'aucun échantillon ne correspondait à ceux prélevés sur le manteau de la victime. (L'utilisation des échantillons pour fins d'analyse génétique n'avait pas été envisagée à ce moment-là.) Un policier a avisé l'accusé que si ces échantillons permettaient de recueillir quelque élément de preuve, cet élément serait utilisé devant les tribunaux.

Dans le cadre de l'enquête menée sur le second meurtre, l'accusé a refusé de fournir des échantillons de substances corporelles pour fins d'analyse génétique. Toutefois, des mégots de cigarettes fumées par l'accusé ont été ramassés après l'interrogatoire policier et soumis à des analyses génétiques. On a constaté une concordance entre ces mégots et le sperme prélevé sur la seconde victime. Les cheveux et les poils pubiens fournis par l'accusé au cours de l'enquête sur le premier meurtre ont été utilisés pour des analyses génétiques et une concordance a été constatée entre ces échantillons et les mégots de cigarette et le sperme. L'appelant a été arrêté et inculpé du meurtre au premier degré de la seconde victime, puis il a à nouveau été arrêté à l'égard du meurtre de la première victime et inculpé de meurtre au premier degré.

L'avocat de la défense a vainement demandé à deux reprises — avant le procès ainsi qu'à la fin d'un long voir-dire — que les deux chefs d'accusation de meurtre contenus dans l'acte d'accusation soient séparés. L'avocat a également contesté l'admissibilité des échantillons prélevés et utilisés par les policiers pour les analyses génétiques ainsi que l'admissibilité de la preuve génétique elle-même. La preuve a été déclarée admissible. Un jury a reconnu l'accusé coupable des deux chefs d'accusation. L'appel formé par ce dernier devant la Cour d'appel a été rejeté.

La présente affaire soulevait deux questions principales. Premièrement, pour tirer des conclusions fondées sur une preuve de faits similaires, le jury doit-il être convaincu que la même personne a commis les actes en question selon la norme de preuve applicable en matière civile ou selon celle applicable en matière criminelle, et si la norme civile s'appliquait, y aurait-il atteinte aux

and Freedoms would be offended. Second, did the admission into evidence of hair samples obtained by consent for one police investigation and used in connection with the separate later investigation offend the accused's right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed in ss. 7 and 8 of the *Charter*?

Held: The appeal should be dismissed.

In considering whether similar fact evidence should be admitted the basic question to be determined is whether the probative value outweighs the prejudicial effect. Therefore, in cases where identity is at issue and the accused is shown to have committed acts with a striking similarity to the alleged crime the jury is not asked to infer from the accused's habits or disposition that he or she is the type of person who would commit the crime. Instead the jury is asked to infer from the distinctiveness or uniqueness that exists between the manner in which the crime under consideration was committed and the similar act that the accused is the very person who committed the crime. This inference is made possible only if the high degree of similarity between the acts renders the likelihood of coincidence objectively improbable. Once this preliminary determination is made, the evidence related to similar fact (or count, in a multi-count indictment) may be admitted to prove the commission of another act (or count).

Several suggestions were put forward to assist judges in their approach to similar fact evidence. Where similar fact evidence is adduced to prove identity, a high degree of similarity between the acts is required since in order to be admissible the similar fact evidence must have the requisite probative value necessary to outweigh its prejudicial effect. The similarity between the acts may consist of a unique trademark or signature on a series of significant similarities. In assessing the similarity of the acts, the trial judge should only consider the manner in which the acts were committed and not the evidence as to the accused's involvement in each act. There may well be exceptions but as a general rule, if upon assessing the similarity of the acts in this manner, the trial judge is satisfied that there is such a degree of similarity between the acts that they were likely committed by the same person, the similar fact evidence will ordinarily have sufficient probative force to outweigh its prejudicial effect and may be admitted. The jury will then be

principes de justice fondamentale (art. 7) et au droit à la présomption d'innocence (al. 11*d*)) garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, l'admission en preuve d'échantillons de cheveux et de poils obtenus avec le consentement de l'intéressé au cours d'une enquête policière puis utilisés dans le cadre d'une enquête distincte a-t-elle porté atteinte au droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par les art. 7 et 8 de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Pour décider si une preuve de faits similaires doit être déclarée admissible, la question fondamentale qui doit être tranchée est de savoir si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Par conséquent, lorsque l'identité est un point litigieux dans une affaire et qu'il est démontré que l'accusé a commis des actes présentant des similitudes frappantes avec le crime reproché, le jury n'est pas invité à inférer des habitudes ou de la disposition de l'accusé qu'il est le genre de personne qui commettrait ce crime. Au contraire, le jury est plutôt invité à inférer du degré de particularité ou de singularité qui existe entre le crime perpétré et l'acte similaire que l'accusé est la personne même qui a commis le crime. Cette inférence n'est possible que si le haut degré de similitude entre les actes rend une coïncidence objectivement improbable. Une fois cette constatation préliminaire faite, les éléments de preuve relatifs aux faits similaires (ou au chef d'accusation, dans un acte d'accusation comportant plusieurs chefs) peuvent être admis pour prouver la perpétration d'un autre acte (ou chef d'accusation).

Plusieurs suggestions ont été faites pour aider les juges dans leur démarche concernant la preuve de faits similaires. Lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, un degré élevé de similitude doit exister entre les actes puisque cette preuve doit avoir une valeur probante qui l'emporte sur son effet préjudiciable, conformément à ce qui est requis pour qu'elle soit admissible. La similitude entre les actes peut consister en une marque ou signature singulière caractérisant une série de similitudes importantes. Dans l'appréciation de la similitude des actes, le juge du procès devrait uniquement examiner la façon dont les actes ont été commis et non la preuve relative à la participation de l'accusé à chaque acte. Il est bien possible qu'il y ait des exceptions, mais, en règle générale, si le juge du procès est convaincu, lorsqu'il apprécie la similitude des actes de cette façon, qu'il existe entre les actes un degré de similitude tel qu'il est probable que ces derniers ont été commis par la même personne, la preuve de faits simi-

able to consider all the evidence related to the alleged similar acts in determining the accused's guilt for any one act. The test for admissibility of similar fact evidence adduced to prove identity is the same whether the alleged similar acts are definitively attributed to the accused, or are the subject of a multi-count indictment against the accused.

Where the similar acts are alleged as part of a multi-count indictment, the consideration of the admissibility of similar fact evidence must be taken into account in deciding whether the counts should be severed. A motion to sever must be brought by the accused, who bears the burden of establishing on a balance of probabilities that the interests of justice require an order for severance. The burden of demonstrating that similar fact evidence should be admitted must be borne by the Crown.

Where the similar fact evidence adduced to prove identity suggests that the same person committed the similar acts, then logically this finding makes the evidence linking the accused to each similar act relevant to the issue of identity for the offence being tried. Similarly, in a multi-count indictment, the link between the accused and any one count will be relevant to the issue of identity on the other counts which disclose a striking similarity in the manner in which those offences were committed.

A link between the accused and the alleged similar acts is also a precondition to admissibility. The evidence linking the accused to the similar acts does not have to link the acts to the accused as well. Once the trial judge has concluded that the similar acts were likely committed by one person and there is evidence linking the accused to the acts it is not necessary to conclude that the acts were likely committed by the accused. This question must be determined by the trier of fact on the basis of all the evidence relating to the acts. Evidence of mere opportunity showing no more than the possibility that the similar act is that of the accused will not suffice to show the accused's participation in the alleged similar act.

laires aura ordinairement une force probante suffisante pour l'emporter sur son effet préjudiciable et elle peut être admise. Le jury sera alors en mesure d'examiner toute la preuve relative aux faits qui, prétend-on, sont similaires pour déterminer si l'accusé est coupable d'avoir commis l'un ou l'autre des actes. Le critère d'admissibilité d'une preuve de faits similaires produite pour établir l'identité est le même, que les actes similaires allégués soient définitivement attribués à l'accusé ou qu'ils fassent l'objet d'un acte d'accusation reprochant plusieurs chefs d'accusation à l'accusé.

Lorsque les actes similaires allégués font partie d'un acte d'accusation reprochant plusieurs chefs, la question de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires doit être prise en considération pour décider s'il convient de séparer les chefs d'accusation. Une requête sollicitant la tenue de procès distincts doit être présentée par l'accusé, lequel a alors le fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de la justice exigent une ordonnance en ce sens. C'est au ministère public qu'il appartient de démontrer que la preuve de faits similaires devrait être admise.

Lorsque la preuve de faits similaires produite pour établir l'identité tend à indiquer que les actes similaires ont été commis par la même personne, alors, logiquement, cette constatation rend la preuve rattachant l'accusé à chaque acte similaire pertinente à l'égard de la question de l'identité pour ce qui concerne l'infraction en cause. De même, dans un acte d'accusation comportant plusieurs chefs d'accusation, le lien entre l'accusé et un chef d'accusation sera pertinent à l'égard de la question de l'identité pour ce qui est des autres chefs d'accusation qui révèlent une similitude frappante du point de vue du mode de perpétration de ces infractions.

L'existence d'un lien entre l'accusé et les actes similaires allégués est également une condition préalable à l'admissibilité. Il n'est pas nécessaire que la preuve liant l'accusé aux actes similaires rattache les actes à l'accusé aussi. Une fois que le juge du procès a conclu que les actes similaires sont probablement le fait d'une seule et même personne, et qu'il existe des éléments de preuve rattachant l'accusé aux actes, il n'est pas nécessaire de conclure que les actes similaires ont probablement été commis par l'accusé. Le juge des faits doit trancher cette question en tenant compte de l'ensemble des éléments de preuve se rapportant aux actes. La preuve d'une simple occasion ne révélant rien d'autre que la possibilité que l'acte similaire soit le fait de l'accusé ne suffira pas pour démontrer la participation de celui-ci à l'acte similaire allégué.

The proper standard to apply to the primary inference drawn from the similar fact evidence is proof on a balance of probabilities. Since the probative value of similar fact evidence, as circumstantial evidence, lies in the unlikelihood of coincidence, it simply does not make sense to require one of the allegations to be proved beyond a reasonable doubt as a prerequisite to the trier of fact's consideration of it. Though the similar fact evidence, standing alone, may fall short of proof beyond a reasonable doubt, it can be relied upon to assist in proving another allegation beyond a reasonable doubt. (The general rule that preliminary findings of fact may be determined on a balance of probabilities is departed from in those certainly rare occasions when admission of the evidence may itself have a conclusive effect with respect to guilt.) The correct approach to a consideration of similar fact evidence by a jury is therefore the "cumulative" or "pooling" approach. Thus, as a general rule where similar fact evidence is adduced to prove identity, the jury should be instructed that once they have concluded that there is sufficient likelihood that the same person committed the alleged similar acts, they may consider all the evidence relating to the similar acts in considering whether the accused is guilty of the act in question.

La norme de preuve qu'il convient d'appliquer à l'inférence fondamentale tirée de la preuve de faits similaires est la prépondérance des probabilités. Comme la valeur probante d'une preuve de faits similaires, en tant que preuve circonstancielle, réside dans l'improbabilité d'une coïncidence, il n'est tout simplement pas logique d'exiger qu'une des allégations soit prouvée hors de tout doute raisonnable comme condition préalable à l'examen de cette preuve par le juge des faits. Bien qu'il soit possible que, à elle seule, la preuve de faits similaires n'apporte pas une preuve hors de tout doute raisonnable, elle peut être invoquée pour aider à prouver une autre allégation hors de tout doute raisonnable. (Il y a dérogation à la règle générale selon laquelle les conclusions de fait préliminaires peuvent être tirées selon la prépondérance des probabilités dans les cas, certes rares, où l'admission de la preuve peut elle-même avoir un effet concluant en ce qui concerne la question de la culpabilité.) La bonne approche en ce qui concerne l'examen d'une preuve de faits similaires par un jury est donc l'approche «cumulative» ou approche de la «mise en commun». Par conséquent, en règle générale, lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, il faudrait donner aux jurés la directive qu'une fois qu'ils ont conclu à l'existence d'une probabilité suffisante que la même personne a commis les actes similaires allégués, ils peuvent tenir compte de tous les éléments de preuve se rapportant aux actes similaires pour décider si l'accusé est coupable de l'acte en question.

The following should be included in a proper charge to the jury where similar fact evidence is admitted to prove identity in a multi-count indictment situation:

Lorsqu'une preuve de faits similaires est admise pour établir l'identité dans le cadre d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs, un bon exposé au jury devrait inclure les facteurs suivants:

(1) The trial judge should instruct the jury that they may find from the evidence, though they are not required to do so, that the manner of the commission of the offences is so similar that it is likely they were committed by the same person.

(1) Le juge du procès devrait dire aux jurés qu'ils peuvent conclure, à la lumière de la preuve — quoique rien ne les oblige à le faire — que le mode de perpétration des infractions présente des similitudes telles qu'il est probable qu'elles ont été commises par la même personne.

(2) The judge should then review the similarities between the offences.

(2) Le juge du procès devrait ensuite passer en revue les similitudes entre les infractions.

(3) The jury should then be instructed that if they conclude it is likely the same person committed more than one of the offences, then the evidence on each of those counts may assist them in deciding whether the accused committed the other similar count or counts.

(3) Puis, le juge du procès devrait dire aux jurés que, s'ils concluent qu'il est probable que la même personne a commis plus d'une des infractions, alors la preuve relative à chacun de ces chefs d'accusation peut les aider à décider si l'accusé a commis les autres chefs d'accusation similaires.

(4) The trial judge must instruct the jury that if it accepts the evidence of the similar acts, it is relevant for the limited purpose for which it was admitted.

(5) The jury must be warned that they are not to use the evidence on one count to infer that the accused is a person whose character or disposition is such that he or she is likely to have committed the offence or offences charged in the other count or counts.

(6) If they do not conclude that it is likely the same person committed the similar offences, they must reach their verdict by considering the evidence related to each count separately, and put out of their minds the evidence on any other count or counts.

(7) Finally, the trial judge must make it clear that the accused must not be convicted on any count unless the jury are satisfied beyond a reasonable doubt that he or she is guilty of that offence.

The trial judge's charge to the jury that, if they concluded both counts were likely committed by the same person, they could use the evidence on each count to assist in deciding the appellant's guilt on both counts does not offend s. 7 or s. 11(*d*) of the *Charter*. The additional charge instructing the jury to decide whether the appellant was guilty of the second murder and to decide whether both counts were committed by one person before using the evidence on both counts in respect of either count could not have prejudiced the accused.

If consent to the provision of bodily samples is to be valid it must be an informed consent. Yet if neither the police nor the consenting person limit the use which may be made of the evidence then, as a general rule, no limitation or restriction should be placed on the use of that evidence. The obligation imposed on the police in obtaining a valid consent extends only to the disclosure of those anticipated purposes known to the police at the time the consent was given. In the absence of any limitation placed by the police or the consenting party on the use to be made of the hair sample, there is nothing inherently unfair or illegal about the police retaining evidence obtained in connection with one investigation and using it in connection with a later investigation which was not anticipated by the police at the time the

(4) Le juge du procès doit dire aux jurés que, s'ils acceptent la preuve des actes similaires, cette preuve est pertinente, mais uniquement à l'égard de la fin limitée pour laquelle elle a été admise.

(5) Les jurés doivent être avertis qu'ils ne peuvent pas utiliser la preuve relative à un chef d'accusation pour inférer que l'accusé est une personne possédant une nature ou une disposition telle qu'elle a probablement commis les infractions reprochées dans les autres chefs d'accusation.

(6) Si les jurés ne concluent pas qu'il est probable que la même personne a commis les infractions similaires, ils doivent rendre leur verdict en examinant la preuve relative à chaque chef d'accusation séparément, et faire abstraction de la preuve relative aux autres chefs d'accusation.

(7) Enfin, le juge du procès doit indiquer clairement aux jurés qu'ils ne doivent déclarer l'accusé coupable d'un chef d'accusation que s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable de l'infraction en question.

La directive qu'a donnée le juge du procès aux jurés — c'est-à-dire que s'ils concluaient que les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation avaient probablement été commises par la même personne, ils pouvaient utiliser la preuve relative à chaque chef pour statuer sur la culpabilité de l'accusé à l'égard des deux chefs d'accusation — ne porte atteinte ni à l'art. 7 ni à l'al. 11*d*) de la *Charte*. La directive supplémentaire indiquant aux jurés de décider si l'accusé était coupable du second meurtre et si les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation avaient été commises par une seule et même personne avant d'utiliser la preuve relative aux deux chefs à l'égard de l'un et l'autre chef ne peut pas avoir causé préjudice à l'accusé.

Pour que le consentement au prélèvement d'échantillons de substances corporelles soit valide, il doit reposer sur un consentement éclairé. Toutefois, si ni les policiers ni la personne qui donne son consentement ne limitent l'utilisation qui peut être faite de l'élément de preuve, alors, en règle générale, l'utilisation de cet élément de preuve ne devrait être assortie d'aucune limite ou restriction. L'obligation faite aux policiers d'obtenir un consentement valide ne concerne que la divulgation des objectifs visés et déjà connus des policiers lorsque le consentement est donné. En l'absence de toute restriction dont les policiers ou la partie donnant son consentement auraient assorti l'utilisation devant être faite des échantillons de cheveux ou de poils, il n'y a rien d'intrinsèquement injuste ou illégal dans le fait de permettre

consent was given. Once the accused's hair samples were taken by the police with his unconditional and reasonably informed consent, he ceased to have any expectation of privacy in them. It was not necessary to consider whether the accused may have had a subsisting privacy interest in the samples or in the information that could be obtained from them after he gave his unconditional consent to the authorities to take the samples.

Cases Cited

Disagreed with: *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; **considered:** *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. P.*, [1991] 3 All E.R. 337; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; **referred to:** *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Lawson* (1994), 45 B.C.A.C. 14; *R. v. Doan* (1996), 81 B.C.A.C. 192; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481; *R. v. Morris*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *Hoch v. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Barnes*, [1995] 2 Cr. App. R. 491; *R. v. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125; *R. v. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160; *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *R. v. Ross*, [1980] 5 W.W.R. 261; *R. v. J.T.S.*, [1997] A.J. No. 125; *R. v. Eng* (1995), 56 B.C.A.C. 18; *R. v. Studer* (1996), 181 A.R. 399; *R. v. N. (R.S.)* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257, aff'd [1985] 2 S.C.R. 485; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *R. v. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459; *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *R. v. M. (R.A.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 459; *R. v. Merdsoy* (1994), 91 C.C.C. (3d) 517; *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810; *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *G. (an infant) v. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(*d*), 24(2).

à des policiers de conserver des éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une enquête donnée et de les utiliser dans une enquête subséquente qui n'était pas prévue au moment où le consentement a été donné. Une fois les échantillons de cheveux et de poils prélevés par les policiers avec le consentement inconditionnel et raisonnablement éclairé de l'accusé, celui-ci a cessé d'avoir à l'égard de ces échantillons des attentes en matière de respect de sa vie privée. Il est inutile de se demander si, après avoir consenti inconditionnellement au prélèvement des échantillons par les policiers, l'accusé a pu conserver un droit au respect de sa vie privée à l'égard de ces échantillons ou des renseignements susceptibles d'en être tirés.

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421; **arrêts examinés:** *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. P.*, [1991] 3 All E.R. 337; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; **arrêts mentionnés:** *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. c. Lawson* (1994), 45 B.C.A.C. 14; *R. c. Doan* (1996), 81 B.C.A.C. 192; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Koufis c. The King*, [1941] R.C.S. 481; *R. c. Morris*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *Hoch c. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292; *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Barnes*, [1995] 2 Cr. App. R. 491; *R. c. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125; *R. c. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160; *R. c. Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949; *Harris c. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; *R. c. Ross*, [1980] 5 W.W.R. 261; *R. c. J.T.S.*, [1997] A.J. No. 125 (QL); *R. c. Eng* (1995), 56 B.C.A.C. 18; *R. c. Studer* (1996), 181 A.R. 399; *R. c. N. (R.S.)* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257, conf. par [1985] 2 R.C.S. 485; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *R. c. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459; *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363; *R. c. M. (R.A.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 459; *R. c. Merdsoy* (1994), 91 C.C.C. (3d) 517; *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758; *G. (an infant) c. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11*d*), 24(2).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487.04 [ad. S.C. 1995, c. 27, s. 1], 591(3)(*a*) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 119].

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper No. 34. *Investigative Tests*. Ottawa: The Commission, 1984.

Eggleston, Richard. *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983.

Ferguson, Gerry. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 3rd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1997 (loose-leaf updated November 1997, release PB97874).

Mahoney, R. "Similar Fact Evidence and the Standard of Proof", [1993] *Crim. L. Rev.* 185.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated November 1997, release 19).

Percival, Richard. Case and Comment on *R. v. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502.

Smith, J. C. Case and Comment on *R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 92 B.C.A.C. 286, 150 W.A.C. 286, 116 C.C.C. (3d) 168, [1997] B.C.J. No. 1193 (QL), dismissing an appeal from conviction by Parrett J. sitting with jury, [1995] B.C.J. No. 882 (QL). Appeal dismissed.

Gil David McKinnon, Q.C., and *Thomas Arbogast*, for the appellant.

Oleh S. Kuzma, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., and *Chantal Proulx*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jamie C. Klukach, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submission only by *Arnold Schlayer*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487.04 [aj. L.C. 1995, ch. 27, art. 1], 591(3)*a*) [abr. et rempl. L.R.C. (1985), ch. 27 (1er suppl.), art. 119].

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 34. *Les méthodes d'investigation scientifiques*. Ottawa: La Commission, 1984.

Eggleston, Richard. *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983.

Ferguson, Gerry. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 3rd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1997 (loose-leaf updated November 1997, release PB97874).

Mahoney, R. «Similar Fact Evidence and the Standard of Proof», [1993] *Crim. L. Rev.* 185.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated November 1997, release 19).

Percival, Richard. Case and Comment on *R. v. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502.

Smith, J. C. Case and Comment on *R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 92 B.C.A.C. 286, 150 W.A.C. 286, 116 C.C.C. (3d) 168, [1997] B.C.J. No. 1193 (QL), qui a rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Parrett au terme d'un procès devant jury, [1995] B.C.J. No. 882 (QL). Pourvoi rejeté.

Gil David McKinnon, c.r., et *Thomas Arbogast*, pour l'appelant.

Oleh S. Kuzma, pour l'intimée.

S. Ronald Fainstein, c.r., et *Chantal Proulx*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jamie C. Klukach, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Arnold Schlayer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

CORY J. — There are two principal issues raised in this appeal. First, should a jury be instructed that they may draw conclusions from similar fact evidence on a balance of probabilities? The appellant contends that such an instruction offends the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the right to be presumed innocent under s. 11(*d*) of the *Charter*.

Second, does the admission into evidence of hair samples obtained by consent for one police investigation and used in connection with a separate investigation two-and-a-half years later offend the appellant's right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed in ss. 7 and 8 of the *Charter*?

I. Factual Background

Marnie Blanchard was last seen at approximately 2:00 a.m. on November 22, 1989, standing alone outside a bar in Prince George, British Columbia. A taxi driver saw a lone male driver of what he believed was a small grey Toyota or Nissan pickup truck pull up beside Marnie Blanchard. He saw that the driver of the truck had black shoulder-length hair and some hair on the side of his face. He observed Ms. Blanchard hesitate and then get into the truck, which drove away.

Almost three weeks later, a cross-country skier found a human jawbone in a clearing approximately 10 kilometres from downtown Prince George. Police later found a skull and various human bones in the clearing. The remains had been disturbed by animals, and as a result medical examiners were unable to establish a cause of death. A pathologist testified that there had been no pre-death injury to the bones. A comparison of dental records established the identity of the body as that of Marnie Blanchard.

LE JUGE CORY — Deux questions principales sont soulevées dans le cadre du présent pourvoi. Premièrement, devrait-on donner au jury la directive qu'il peut tirer, selon la prépondérance des probabilités, des conclusions fondées sur une preuve de faits similaires? Selon l'appelant, une telle directive porte atteinte aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et au droit à la présomption d'innocence énoncé à l'al. 11*d*) de la *Charte*. 1

Deuxièmement, l'admission en preuve d'échantillons de cheveux et de poils qui ont été obtenus avec le consentement de l'intéressé au cours d'une enquête policière puis utilisés dans le cadre d'une enquête distincte deux ans et demi plus tard porte-t-elle atteinte au droit de l'appelant d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par les art. 7 et 8 de la *Charte*? 2

I. Les faits

Marnie Blanchard a été vue pour la dernière fois vers 2 h le 22 novembre 1989. Elle était alors seule à l'extérieur d'un bar de Prince George, en Colombie-Britannique. Un chauffeur de taxi a vu un homme seul, au volant d'un véhicule qui lui a semblé être une petite camionnette grise de marque Toyota ou Nissan, s'arrêter à côté de Marnie Blanchard. Il a vu que le conducteur de la camionnette avait des cheveux noirs jusqu'aux épaules et des poils sur le côté du visage. Il a remarqué que Mme Blanchard a hésité et est ensuite montée dans la camionnette, qui a démarré. 3

Presque trois semaines plus tard, un skieur de fond a trouvé un maxillaire humain dans une clairière située à une dizaine de kilomètres du centre-ville de Prince George. Les policiers ont par la suite trouvé un crâne et divers autres ossements humains dans la clairière. Comme des animaux avaient remué les restes, les médecins légistes ont été incapables de déterminer la cause de la mort. Un pathologiste a témoigné que les ossements ne laissaient voir aucune trace de lésion antérieure au décès. La comparaison des fiches dentaires a permis d'identifier le cadavre comme étant celui de Marnie Blanchard. 4

5 Police also discovered Ms. Blanchard's coat, sweater and a piece of nylon pantyhose in a pile. The remainder of her clothes, as well as portions of clothing and personal possessions were scattered around the clearing. There was evidence that a sharp-edged implement had been used to cut some of the clothing (the skirt in the area of the zipper and the camisole) and that the victim's sweater had been extensively damaged by cutting or tearing. A hair and fibre analyst also testified that animal chewing could have caused some of the damage to the clothes.

6 The Crown's forensic pathologist expressed the opinion that the death was the result of homicidal violence for three reasons: the clothing had been cut and torn, then placed where it was found; the area was remote; the skeletonization of the bones and scattering by animal activity did not fit with a natural death.

7 Thorone Fontaine, an acquaintance of the appellant, testified that he went out drinking with the appellant one evening in November 1989, though he was not sure of the date. When the appellant dropped off Mr. Fontaine at the end of the evening, he noticed that the appellant drove back downtown, the opposite direction to where he lived. The next day the appellant went to Mr. Fontaine's home and told him that he had arrived home late because he had picked up a young woman and driven her to Vanderhoof. The appellant told Mr. Fontaine that when he dropped her off, the woman had left some jewellery on his dashboard. Mr. Fontaine observed that the sleeve around the gear shift in the appellant's truck was damaged and that the arm controlling the signal switch and windshield wipers was broken.

8 Evidence was given by Sharon Olson, another acquaintance of the appellant, that on or about November 22, 1989, the appellant told her that he had dropped off a friend with whom he had been drinking, and then picked up an attractive blonde woman and drove her home. He gave Ms. Olson

Les policiers ont également découvert des vêtements empilés, soit le manteau, le chandail et une partie du bas-culotte que portait Mme Blanchard. Le reste des vêtements, ainsi que des morceaux d'étoffe et des effets personnels étaient éparpillés dans la clairière. Il y avait des indices qu'un instrument tranchant avait été utilisé pour taillader certains vêtements (la jupe près de la fermeture éclair et le cache-corset) et que le chandail de la victime avait été très abîmé par des taillades ou des déchirures. Un spécialiste des cheveux et fibres a témoigné qu'il était également possible que des animaux aient abîmé les vêtements en les mâchant.

Le médecin légiste qui a témoigné pour le ministère public a exprimé l'opinion que la mort était attribuable à des violences meurtrières pour trois raisons: les vêtements avaient été tailladés et déchirés, puis placés à l'endroit où ils ont été trouvés; les restes avaient été trouvés dans une région éloignée; la squelettisation des os et leur dispersion par des animaux ne concordaient pas avec une mort naturelle.

Thorone Fontaine, une connaissance de l'appelant, a témoigné qu'il était allé prendre un verre avec celui-ci un soir de novembre 1989, bien qu'il ne fût pas certain de la date. Lorsque l'appelant l'a déposé à la fin de la soirée, M. Fontaine a remarqué que ce dernier était reparti vers le centre-ville, dans la direction inverse de son domicile. Le lendemain, l'appelant s'est rendu chez M. Fontaine et lui a dit qu'il était rentré tard parce qu'il avait fait monter une jeune femme et l'avait conduite à Vanderhoof. L'appelant a déclaré à M. Fontaine que, lorsqu'il avait déposé la jeune femme, celle-ci avait laissé des bijoux sur le tableau de bord de la camionnette. Monsieur Fontaine a remarqué que la gaine du levier de vitesse de la camionnette de l'appelant était endommagée et que le bras commandant l'interrupteur de signalisation et les essuie-glaces était brisé.

Sharon Olson, une autre connaissance de l'appelant, a témoigné que, le 22 novembre 1989 ou vers cette date, l'appelant lui a dit qu'il avait déposé un ami avec lequel il avait pris un verre et qu'il avait ensuite fait monter une jolie blonde qu'il avait ramenée chez elle. Ces propos ont donné à

the impression that he had had sex with the woman and that she had given him jewellery in exchange. He told Ms. Olson that his common-law wife found the jewellery in his pocket. Arlene Spencer, another acquaintance, testified that on or about November 23, 1989, the appellant also told her that the night before he had picked up a girl and had driven her to Vanderhoof. She did not have the money she had promised him for gas, so she gave him some jewellery instead. The appellant had said his wife was upset when she found the jewellery in his pocket.

Mme Olson l'impression que l'accusé avait eu des rapports sexuels avec la femme en question et que celle-ci lui avait donné des bijoux en échange. Il a déclaré à Mme Olson que sa conjointe de fait avait trouvé les bijoux dans sa poche. Arlene Spencer, une autre connaissance de l'appelant, a témoigné que, le 23 novembre 1989 ou vers cette date, l'appelant lui a également dit que, le soir précédent, il avait fait monter une jeune fille et l'avait conduite à Vanderhoof. Comme la jeune fille n'avait pas l'argent qu'elle lui avait promis pour l'essence, elle lui avait donné des bijoux à la place. L'appelant avait déclaré que sa conjointe avait été contrariée lorsqu'elle avait trouvé les bijoux en question dans sa poche.

On April 18, 1990, police searched a grey Nissan pickup truck registered in the name of the appellant's common-law wife. In the driver's door pocket they found a double-edged knife with a four-inch blade. Under the passenger seat they found a small silver ring that was later identified as Ms. Blanchard's by several of her friends. In searching the pickup, the officers also recovered two small purple fibres from the carpet underneath the passenger seat area, and they cut out a section of the carpeting. A hair and fibre expert testified that he examined those fibres and others he extracted from the carpet. He compared them to Ms. Blanchard's sweater found in the clearing with her remains. He concluded that the fibres taken from the vehicle were consistent with the fibres used in the manufacture of the purple sweater. 9

Le 18 avril 1990, des policiers ont fouillé une camionnette grise de marque Nissan immatriculée au nom de la conjointe de fait de l'appelant. Dans la poche aumônière de la porte du conducteur, ils ont trouvé un couteau à double tranchant muni d'une lame de quatre pouces. Sous le siège du passager, ils ont découvert une petite bague en argent, qui a par la suite été identifiée comme appartenant à Mme Blanchard par plusieurs de ses amis. En fouillant la camionnette, les policiers ont également trouvé deux petites fibres de couleur mauve dans le tapis sous le siège du passager, et ils ont taillé une partie du tapis. Un expert en cheveux et fibres a témoigné qu'il avait examiné ces fibres et d'autres fibres qu'il avait extraites du tapis. Il les a comparées avec le chandail de Mme Blanchard qui avait été découvert avec ses restes dans la clairière. L'expert est arrivé à la conclusion que les fibres trouvées dans le véhicule correspondaient aux fibres utilisées pour fabriquer le chandail mauve.

On July 26, 1990, the appellant was arrested for the second degree murder of Ms. Blanchard. The appellant was advised of his *Charter* rights and given an opportunity to call a lawyer. After his call to a lawyer, the appellant told police that he had been advised not to say anything. Nevertheless, the officers questioned the appellant for approximately 25 minutes, during which the appellant insisted that he did not pick up a girl in November. One of the officers then asked the appellant if he would be interested in helping them eliminate him as a sus- 10

Le 26 juillet 1990, l'appelant a été arrêté pour le meurtre au deuxième degré de Mme Blanchard. On l'a informé des droits que lui garantit la *Charte* et on lui a donné la possibilité de téléphoner à un avocat. Après avoir téléphoné à un avocat, l'appelant a déclaré aux policiers que l'avocat lui avait conseillé de ne rien dire. Néanmoins, les policiers ont interrogé l'appelant pendant environ 25 minutes, au cours desquelles celui-ci a affirmé qu'il n'avait fait monter aucune jeune fille en novembre. L'un des policiers a ensuite demandé à

pect. The appellant replied, "That would be great with me" and agreed to give scalp and pubic hair samples. He was informed that the samples would be used to determine whether any of his hair was found where Ms. Blanchard's body was discovered. He acknowledged that he did not have to give this sample. The officer further informed the appellant that if he gathered any evidence as a result of the hair sample, it would be used in court.

11 It is common ground that the investigating officers did not contemplate using the hair samples for DNA analysis; the use of the technology was not common in July 1990. The hair samples were forwarded to the RCMP forensic laboratory in Vancouver for physical comparisons with hairs found at the scene where Ms. Blanchard's body was discovered. The appellant's hair did not match with 16 hair samples taken from Ms. Blanchard's coat and other items.

12 Following a preliminary inquiry into the charge for the murder of Marnie Blanchard, the provincial court judge declined to commit the appellant for trial. He was discharged and released on December 17, 1990.

13 On February 13, 1993, Theresa Umphrey arrived in Prince George and drank with friends at several pubs. Between 2:20 and 3:40 a.m. on February 14 she was seen near a convenience store. She was intoxicated. She asked some men for a ride home and they drove her around, but when she was unable to identify where she lived, they returned her to the vicinity of the convenience store. At approximately 2:30 p.m. on February 14, Ms. Umphrey's nude, partially frozen body was found on a snowbank approximately 50 kilometres southwest of Prince George.

14 The forensic pathologist who performed the autopsy on the body of Ms. Umphrey testified that

l'appelant s'il était intéressé à les aider à l'éliminer comme suspect. L'appelant a répondu que [TRADUCTION] «ce serait génial», et il a accepté de fournir des échantillons de cheveux et de poils pubiens. Il a été avisé que les échantillons serviraient à déterminer si des cheveux ou des poils lui appartenant avaient été trouvés à l'endroit où l'on avait découvert les restes de Mme Blanchard. Il a reconnu qu'il n'était pas obligé de donner ces échantillons. Le policier a en outre dit à l'appelant que si ces échantillons lui permettaient de recueillir quelque élément de preuve, cet élément serait utilisé devant les tribunaux.

Il est acquis que les enquêteurs n'envisageaient pas d'utiliser les échantillons de cheveux et de poils pour effectuer une analyse génétique; le recours à cette technologie n'était pas courant en 1990. Les échantillons ont été remis au laboratoire judiciaire de la GRC à Vancouver pour qu'on procède à des comparaisons physiques avec des cheveux et des poils trouvés à l'endroit où les restes de Mme Blanchard avaient été découverts. Les cheveux et les poils de l'appelant ne concordaient pas avec les 16 échantillons de cheveux et de poils tirés du manteau et d'autres effets de Mme Blanchard.

À la suite de l'enquête préliminaire tenue à l'égard de l'accusation relative au meurtre de Marnie Blanchard, le juge de la cour provinciale a refusé de citer l'appelant à procès. Celui-ci a été libéré le 17 décembre 1990.

Le 13 février 1993, Theresa Umphrey est arrivée à Prince George et a pris un verre avec des amis dans plusieurs pubs. Entre 2 h 20 et 3 h 40 le 14 février, elle a été vue près d'un dépanneur. Elle était ivre. Elle a demandé à des hommes de la reconduire chez elle. Après avoir roulé dans la ville, ils l'ont ramenée près du dépanneur parce qu'elle était incapable de reconnaître l'endroit où elle habitait. Vers 14 h 30 le 14 février, on a découvert le corps nu et partiellement gelé de Mme Umphrey sur un banc de neige à une cinquantaine de kilomètres au sud-ouest de Prince George.

Le médecin légiste qui a fait l'autopsie du cadavre de Mme Umphrey a témoigné que la mort avait

death was caused by manual strangulation and then ligature strangulation. The ligature marks were consistent with being caused by shoelaces such as those found at the scene. There were numerous scrapes on her body consistent with having been dragged over a rough surface. Her skull was severely crushed. A portion of her hair close to the scalp wound had been cut short with a sharp instrument such as scissors or a knife. The pathologist confirmed that Ms. Umphrey had sexual intercourse some time during the last 24 to 28 hours of her life, based on sperm found in her vaginal cavity. There was no physical evidence of sexual assault. Semen was also found on Ms. Umphrey's sweatshirt.

eu lieu par strangulation manuelle et ensuite par strangulation par ligature. Les marques de ligature étaient compatibles avec les marques qu'auraient laissées des lacets de chaussures semblables à ceux trouvés sur le lieu du crime. Le corps de la victime portait de nombreuses éraflures, comme s'il avait été traîné sur une surface rugueuse. Son crâne avait été gravement enfoncé. Près de la blessure au cuir chevelu, ses cheveux avaient été coupés court avec un instrument tranchant comme des ciseaux ou un couteau. Le médecin légiste a confirmé que, d'après le sperme trouvé dans son vagin, Mme Umphrey avait eu des rapports sexuels de 24 à 28 heures avant sa mort. Il n'y avait aucun signe physique d'agression sexuelle. On a également trouvé du sperme sur le sweatshirt de Mme Umphrey.

Most of Ms. Umphrey's clothes were found at the scene scattered down the embankment near her body in a pattern consistent with having been thrown. Her brassiere was found at the side of the road 1.4 kilometres north of her body. An RCMP expert in fibre analysis and damage to fabrics testified that the brassiere was cut apart between the cups and knotted at the back where it is normally fastened. One of the shoelaces was also cut. The cuts had been made by a sharp-edged instrument. Other articles of Ms. Umphrey's clothing did not disclose any evidence of damage.

15 La plupart des vêtements de Mme Umphrey ont été trouvés sur le lieu du crime, éparpillés au pied du banc de neige près de son corps, comme s'ils avaient été lancés là. Son soutien-gorge a été retrouvé au bord de la route, à 1,4 kilomètre au nord de l'endroit où se trouvait le corps. Un membre de la GRC spécialisé dans l'analyse des fibres et des dommages causés aux tissus a témoigné que le soutien-gorge avait été coupé entre les deux bonnets et noué dans le dos à l'endroit où il est normalement attaché. L'un des lacets avait également été coupé. Dans les deux cas, on s'était servi d'un instrument tranchant. D'autres vêtements de Mme Umphrey étaient intacts.

While out of custody and prior to being charged, the appellant was interviewed by the police on several occasions. During the last interview, a police officer told the appellant that some human tissue not belonging to Ms. Umphrey had been found on her body and asked the appellant to provide samples for DNA testing. The officer said they were in the process of comparing the appellant's hair sample taken in 1990 to the human tissue sample taken from the body of Ms. Umphrey. The appellant refused to give samples for DNA testing.

16 L'appelant a été interrogé à plusieurs reprises par des policiers pendant qu'il était en liberté et avant qu'il ne soit accusé. Au cours du dernier interrogatoire, un policier a dit à l'appelant que certains tissus humains n'appartenant pas à Mme Umphrey avaient été trouvés sur le corps de celle-ci, et il a demandé à l'appelant de fournir des échantillons en vue d'analyses génétiques. Le policier a dit qu'ils étaient en train de comparer les échantillons de cheveux et de poils prélevés sur l'appelant en 1990 avec l'échantillon de tissus humains provenant du corps de Mme Umphrey. L'appelant a refusé de fournir les échantillons en question.

During the interview, the appellant had been allowed to smoke several of his own cigarettes.

17 Pendant l'interrogatoire, l'appelant avait été autorisé à fumer plusieurs de ses propres ciga-

After the interview, an officer returned to the interview room and gathered the butts of the cigarettes that the appellant had been smoking and which he had placed in an ashtray. A few days later, an officer executed a search warrant at the RCMP forensic laboratory in Vancouver and took possession of the appellant's scalp and pubic hairs that had been taken from him on July 26, 1990.

18 Barbara Fraser, a forensic biology specialist employed at the RCMP forensic laboratory found there was a five-probe visual match between the pubic hairs obtained from the appellant on July 26, 1990, the cigarette butts retrieved from the interview room and the semen fraction located in the vagina of Ms. Umphrey and the semen fraction located on her sweater. Ms. Fraser explained in her testimony that a five-probe match occurs when there is a match between five different regions in two samples of DNA. A five-probe match is an extremely rare event to occur between unrelated individuals. Based on these results, Ms. Fraser expressed the opinion that this frequency of occurrence in the Canadian Caucasian population was less than one in 31 billion.

19 Ms. Fraser also compared the DNA from the cigarette butts with DNA from the blood of the appellant's natural mother and father over five probes. The analysis showed that the rules of inheritance were followed, with one of the appellant's DNA bands matching one of his father's DNA bands and the other matching one of his mother's DNA bands. Ms. Fraser concluded that in her opinion it was 30 million times more likely that the DNA in the semen samples came from a biological child of the appellant's parents than from an individual selected randomly from the Canadian population.

20 On October 4, 1993, the appellant was arrested and charged with the first degree murder of Theresa Umphrey. The appellant was also re-arrested and charged with the first degree murder of Marnie Blanchard.

rettes. Après l'interrogatoire, un agent est retourné dans la salle d'interrogatoire et a ramassé les mégots des cigarettes que l'appelant avait fumées et qu'il avait déposés dans un cendrier. Quelques jours plus tard, un agent a exécuté un mandat de perquisition au laboratoire judiciaire de la GRC à Vancouver et a pris possession des cheveux et des poils pubiens qui avaient été prélevés sur l'appelant le 26 juillet 1990.

Barbara Fraser, spécialiste en biologie judiciaire au laboratoire judiciaire de la GRC, a constaté qu'il y avait concordance visuelle de cinq sondes entre les poils pubiens prélevés sur l'appelant le 26 juillet 1990, les mégots récupérés dans la salle d'interrogatoire, le sperme trouvé dans le vagin de Mme Umphrey et celui trouvé sur son chandail. Dans son témoignage, Mme Fraser a expliqué qu'il y a concordance de cinq sondes lorsque cinq régions différentes de deux échantillons d'ADN sont identiques. Une telle adéquation est extrêmement rare entre des personnes qui n'ont aucun lien de parenté. En s'appuyant sur ces résultats, Mme Fraser a exprimé l'opinion que cette fréquence d'apparition au sein de la population canadienne de race blanche était inférieure à un sur 31 milliards.

Madame Fraser a également comparé l'ADN provenant des mégots avec l'ADN provenant du sang de la mère et du père biologiques de l'appelant au moyen de cinq sondes. L'analyse a révélé que les règles d'hérédité étaient respectées puisque l'une des bandes d'ADN de l'appelant était identique à une des bandes d'ADN de son père, et que l'autre bande était identique aux bandes d'ADN de sa mère. Madame Fraser a conclu que, à son avis, il y avait 30 millions de fois plus de chances que l'ADN des échantillons de sperme provienne d'un enfant biologique des parents de l'appelant plutôt que d'une personne choisie au hasard dans la population canadienne.

Le 4 octobre 1993, l'appelant a été arrêté et inculpé du meurtre au premier degré de Theresa Umphrey. En outre, il a à nouveau été arrêté à l'égard du meurtre de Marnie Blanchard et inculpé de meurtre au premier degré.

Prior to trial, defence counsel twice applied to sever the two murder counts in the indictment. These applications were refused. Counsel also objected to the admissibility of the samples taken and used by the police for DNA analysis and the DNA evidence itself. The evidence was ruled admissible. A jury convicted the appellant of the two counts of first degree murder. His appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Avant le procès, l'avocat de la défense a demandé à deux reprises que les deux chefs d'accusation de meurtre contenus dans l'acte d'accusation soient séparés. Ces demandes ont été rejetées. L'avocat a également contesté l'admissibilité et des échantillons prélevés par les policiers et utilisés pour les analyses génétiques, et de la preuve génétique elle-même. Cette preuve a été déclarée admissible. Un jury a reconnu l'appelant coupable des deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. L'appel formé par ce dernier devant la Cour d'appel a été rejeté. 21

II. Judgments Below

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Supreme Court of British Columbia*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL), (Parrett J.)

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL) (le juge Parrett)

1. The Rulings on Severance

1. Les décisions relatives à la séparation des chefs d'accusation

On October 13, 1994, the appellant applied under s. 591(3)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to sever the two murder counts. The trial judge noted that on such an application, the onus is on the accused to show that the interest of justice requires severance. The defence pointed to the discharge of the appellant at the preliminary inquiry into the Blanchard murder in 1990, and submitted that the Crown was attempting to use the similar fact evidence of the Umphrey murder to establish primarily that Ms. Blanchard's death was the result of homicide. Defence counsel argued there was no precedent for this use of similar fact evidence. The defence further submitted that there was no nexus in time between the two murders, that there are numerous differences between the two events, and that the similarities that do exist are not unique. 22

Le 13 octobre 1994, l'appelant a demandé la séparation des deux chefs d'accusation de meurtre en application de l'al. 591(3)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le juge du procès a fait remarquer que l'accusé qui présente une telle demande a la charge de prouver que les intérêts de la justice commandent la séparation. La défense a souligné que l'appelant avait été libéré au terme de l'enquête préliminaire concernant le meurtre de Mme Blanchard en 1990, et a soutenu que le ministère public tentait d'utiliser la preuve des faits similaires du meurtre de Mme Umphrey principalement pour établir que le décès de Mme Blanchard résultait d'un homicide. L'avocat de la défense a affirmé qu'il n'y avait aucun précédent pour cette utilisation d'une preuve de faits similaires. La défense a en outre fait valoir qu'il n'y avait aucune connexité dans le temps entre les deux meurtres, qu'il y avait de nombreuses différences entre les deux événements et que les similitudes qui existaient n'étaient pas singulières.

The Crown opposed the application and asserted that even in the case of severance, it would seek to adduce the evidence of each offence in the other trial as similar fact evidence. The Crown conceded that unless the evidence concerning the Umphrey murder was admissible to establish that the 23

Le ministère public s'est opposé à la demande et a plaidé que, même s'il y avait séparation des chefs d'accusation, il chercherait à produire la preuve de chaque infraction dans l'autre procès comme preuve de faits similaires. Le ministère public a concédé que les deux chefs d'accusation devraient

accused committed the Blanchard murder, there should be a severance of the two counts. However, the Crown argued that there were many similarities between the two events indicative of pattern and design.

24 The trial judge noted that medical examiners were unable to determine the cause of Ms. Blanchard's death. He noted that her clothing was found near her body and that some of it was torn and some of it appeared to have been cut with a sharp instrument such as a knife. The trial judge found it was a fair inference that Ms. Blanchard's death was not natural and that her clothing had been removed prior to her body's being left in the snow.

25 The trial judge reviewed the evidence related to the murder of Theresa Umphrey. The trial judge noted that the Crown submitted the crimes were similar in that the victims were young single females who were vulnerable and who were without funds or transportation in the early morning hours; there was evidence that each was picked up by the accused in a grey pickup truck; the Umphrey case clearly involved sexual intercourse, while in the Blanchard murder a sexual purpose could be inferred; the victims were left in isolated but accessible areas outside Prince George; the victims' clothes were found discarded nearby; there was evidence that in both cases a sharp-edged instrument such as a knife was used.

26 The trial judge further noted that in the Umphrey case, the DNA analysis linked the accused to the victim. In the Blanchard case, circumstantial evidence also linked the accused to the victim, e.g., the testimony of a witness who saw Ms. Blanchard get into a pickup truck similar to one used by the appellant; the ring found in the appellant's truck identified as belonging to Ms. Blanchard; the purple fibres in the truck found to be consistent with Ms. Blanchard's sweater. The Crown submitted that this evidence demonstrates a

être séparés, sauf si la preuve relative au meurtre de Mme Umphrey était admissible pour prouver que l'accusé avait assassiné Mme Blanchard. Le ministère public a toutefois soutenu qu'il y avait, entre les deux événements, de nombreuses similitudes indicatives d'une méthode et d'un plan.

Le juge du procès a signalé que les médecins légistes avaient été incapables de déterminer la cause du décès de Mme Blanchard. Il a indiqué que les vêtements de la victime avaient été trouvés près de son corps et que certains d'entre eux avaient été déchirés tandis que d'autres semblaient avoir été tailladés avec un instrument tranchant tel un couteau. Selon le juge du procès, il était raisonnable d'en déduire que Mme Blanchard n'était pas morte naturellement et qu'on l'avait dévêtue avant d'abandonner son corps dans la neige.

Le juge du procès a examiné la preuve relative au meurtre de Theresa Umphrey. Il a souligné que le ministère public avait affirmé que les crimes étaient similaires en ce que les victimes étaient de jeunes femmes célibataires qui étaient vulnérables et sans argent ou sans moyen de transport aux petites heures du matin; il y avait des preuves indiquant que, dans chaque cas, l'accusé avait fait monter la victime dans une camionnette grise; dans l'affaire Umphrey, il y avait manifestement eu rapports sexuels, tandis que dans l'affaire Blanchard, on pouvait inférer que le meurtre était lié à une fin sexuelle; les victimes avaient été abandonnées dans des régions isolées mais néanmoins accessibles à l'extérieur de Prince George; leurs vêtements avaient été trouvés abandonnés à proximité; dans les deux cas, il y avait des preuves de l'utilisation d'un instrument tranchant tel un couteau.

Le juge du procès a en outre signalé que, dans l'affaire Umphrey, l'analyse génétique rattachait l'accusé à la victime. Dans l'affaire Blanchard, il y avait des éléments de preuve circonstancielle rattachant également l'accusé à la victime, par exemple la déposition d'un témoin ayant vu Mme Blanchard monter dans une camionnette semblable à celle conduite par l'appelant; la bague trouvée dans la camionnette de l'appelant et qui avait été identifiée comme appartenant à Mme Blanchard; les fibres mauves trouvées dans la camionnette et qui avaient

system and method by which the accused seeks out and identifies his victims, as well as the way he deals with them and disposes of the bodies.

The trial judge reviewed the governing authorities on similar fact evidence, the similarities between the two offences and the potential prejudice to the appellant. He found that the appellant had not met his burden under s. 591 of the *Code*. He found "significant and striking similarities" between the two deaths. The trial judge concluded that if the evidence linking the appellant to both victims on the nights they disappeared were admitted, then the evidence related to the Umphrey killing "is both relevant and highly probative of material issues in the Blanchard case". The trial judge denied the appellant's motion for severance, but invited the appellant to renew the application for severance once the rulings on admissibility were completed.

At the end of a lengthy *voir dire*, the defence renewed its application for severance. The trial judge found that although some evidence had been excluded, the Crown's case remained essentially unchanged. The application for severance was again denied. There was no separate consideration of the admissibility of the similar fact evidence aside from the motion for severance.

2. Ruling on Admissibility of Hair Samples and DNA Evidence

Several *voir dires* were held to determine the admissibility of the hair samples obtained from the appellant in 1990. The trial judge found that the central issue in determining whether the hair samples and DNA evidence derived from them were admissible was not whether the appellant's consent

été déclarées compatibles avec celles du chandail de Mme Blanchard. Le ministère public a soutenu que ces éléments de preuve démontraient l'existence d'un système et d'une méthode au moyen desquels l'accusé cherche et trouve ses victimes, ainsi que du traitement qu'il leur fait subir et de la façon dont il se débarrasse des corps.

27 Le juge du procès a examiné la jurisprudence et la doctrine concernant la preuve de faits similaires, les similitudes entre les deux infractions et le risque de préjudice pour l'appelant. Il a conclu que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait en vertu de l'art. 591 du *Code*. Il a relevé des [TRADUCTION] «similitudes importantes et frappantes» entre les deux décès. Le juge du procès a conclu que, si la preuve rattachant l'appelant aux deux victimes les nuits où elles ont disparu était admise, alors la preuve relative au meurtre de Mme Umphrey [TRADUCTION] «est à la fois pertinente et très probante en ce qui a trait aux questions substantielles dans l'affaire Blanchard». Le juge du procès a rejeté la requête en séparation des chefs d'accusation présentée par l'appelant, mais il a invité ce dernier à présenter une nouvelle demande en ce sens une fois que les décisions relatives à l'admissibilité auraient été rendues.

28 Au terme d'un long voir-dire, la défense a renouvelé sa demande de séparation des chefs d'accusation. Le juge du procès a conclu que, malgré l'exclusion de certains éléments de preuve, la preuve du ministère public demeurait essentiellement inchangée. La demande de séparation a de nouveau été rejetée. Il n'y a pas eu d'examen distinct de l'admissibilité de la preuve de faits similaires en dehors de la requête en séparation des chefs d'accusation.

2. La décision relative à l'admissibilité des échantillons de cheveux et de poils et de la preuve génétique

29 Plusieurs voir-dire ont été tenus pour statuer sur l'admissibilité des échantillons de cheveux et de poils obtenus de l'appelant en 1990. Le juge du procès a conclu que la question centrale pour décider de l'admissibilité de ces échantillons et de la preuve génétique en découlant n'était pas de savoir

in 1990 was limited to the Blanchard investigation, but whether an informed and valid consent can be limited in law. In his opinion, there was no principle in law that made it unreasonable or unlawful for the police to resort to the samples already in their possession as a result of the consent given in 1990. The appellant's later refusal to provide a hair or blood sample in 1993 did not affect this conclusion. Moreover, the trial judge found that the initial consent to the taking of the hair samples was not limited either to using those samples for the purposes of a simple comparison with hairs found at the scene of the Blanchard murder or to using those samples only for the purposes of the 1990 investigation. Such a limitation would contradict the appellant's own understanding that any information obtained from the samples could be used against him.

si le consentement donné par l'appelant en 1990 se limitait à l'enquête menée dans l'affaire Blanchard, mais si un consentement éclairé et valide peut être limité en droit. À son avis, il n'existait aucun principe juridique qui rendait déraisonnable ou illicite l'utilisation par les policiers d'échantillons déjà en leur possession en raison du consentement donné en 1990. Le refus subséquent de l'appelant de fournir des échantillons de cheveux, de poils ou de sang en 1993 ne modifiait pas cette conclusion. En outre, le juge du procès a conclu que le consentement initial au prélèvement des échantillons de cheveux et de poils ne se limitait pas à l'utilisation de ces échantillons en vue d'une simple comparaison avec les cheveux et les poils trouvés à l'endroit où Mme Blanchard avait été assassinée, ni à leur utilisation uniquement dans le cadre de l'enquête menée en 1990. Pareille restriction irait à l'encontre de la compréhension qu'avait l'appelant lui-même du fait que toute information obtenue à l'aide de ces échantillons pourrait être utilisée contre lui.

3. Charge to the Jury

30 The trial judge instructed the jury on the use of the similar fact evidence. He stated that the evidence on the Blanchard killing was admissible in proving the guilt of the appellant for the Umphrey killing and *vice versa*. The jury could use this evidence only for the purpose of deciding that the appellant was the person who committed the offences described in both counts, i.e., to resolve the issue of identity. When examining the evidence on both counts, they were instructed not to conclude that the appellant was a person whose character or disposition was such that he likely committed the offences. The trial judge stated that they could infer from the evidence, although they were not required to do so, that the incident mentioned in the Blanchard count and the incident mentioned in the Umphrey count had characteristics in common that were so strikingly similar that it was likely that they were committed by one person. When deciding whether there were similarities between the two incidents, they should examine all the evidence and consider whether or not the acts were strikingly similar and demonstrated a unify-

3. L'exposé au jury

Le juge du procès a donné au jury des directives sur l'utilisation de la preuve de faits similaires. Il a déclaré que la preuve relative au meurtre de Mme Blanchard était admissible pour prouver la culpabilité de l'appelant relativement au meurtre de Mme Umphrey, et vice versa. Le jury pouvait utiliser cette preuve uniquement pour décider si l'appelant était la personne qui avait commis les infractions mentionnées dans les deux chefs d'accusation, c.-à-d. pour trancher la question de l'identité. Les jurés ont été informés que, dans l'examen de la preuve relative aux deux chefs d'accusation, ils ne devaient pas en inférer que l'appelant était une personne possédant une nature ou une disposition telle qu'il avait probablement commis les infractions. Le juge du procès a déclaré que le jury pouvait, quoique rien ne l'obligeât à le faire, déduire de la preuve que l'incident mentionné dans le chef d'accusation relatif à l'affaire Blanchard et celui mentionné dans le chef d'accusation relatif à l'affaire Umphrey avaient des caractéristiques communes dont la similitude était tellement frappante qu'ils étaient probablement le fait d'une seule et même

ing pattern. The trial judge then gave the jury some examples of the similarities between the counts.

The trial judge went on to tell the jury that if they concluded that the Blanchard count and the Umphrey count were likely committed by one person, then the evidence on each count could assist them in deciding whether the appellant committed the offences charged in both counts. If, however, they did not draw the inference that the two offences were likely committed by one person, then in reaching a decision on any count they must only consider the evidence relating to that count and put out of their minds the evidence on the other count. The trial judge also stated that if they accepted the evidence on the Umphrey count and concluded that the appellant was guilty of that count, and they also concluded that the Blanchard count was likely committed by the same person, they could use the evidence, particularly of the use of the sharp-edged instrument, to confirm or support the evidence of the other witnesses and the finding of the ring and the purple fibres. The trial judge concluded by telling the jury that they must keep in mind that the appellant could not be convicted of either the Blanchard count or the Umphrey count unless they were satisfied beyond a reasonable doubt that he was guilty as charged.

B. *Court of Appeal* (1997), 92 B.C.A.C. 286 (Hinds J.A. for the court)

The appellant argued before the Court of Appeal that the trial judge's charge regarding similar fact evidence was based on *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.), which should not be

personne. Pour décider s'il existait des similitudes entre les deux incidents, le jury devait examiner tous les éléments de preuve et se demander si les actes possédaient des similitudes frappantes et révélaient l'existence d'une méthode commune. Le juge du procès a ensuite donné au jury des exemples de similitudes entre les chefs d'accusation.

Le juge du procès a poursuivi son exposé en 31
disant aux jurés que, s'ils arrivaient à la conclusion que les infractions reprochées dans les affaires Blanchard et Umphrey étaient probablement le fait d'une seule et même personne, ils pouvaient alors recourir à la preuve relative à chaque chef d'accusation afin de décider si l'accusé avait commis les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation. Toutefois, s'ils ne déduisaient pas que les deux infractions avaient probablement été commises par la même personne, ils devaient alors tenir compte uniquement de la preuve relative au chef d'accusation concerné pour parvenir à une décision à l'égard de ce chef, et faire abstraction de la preuve relative à l'autre chef. Le juge du procès a également déclaré que si les jurés acceptaient la preuve relative à l'accusation portée dans l'affaire Umphrey et concluaient que l'accusé était coupable relativement à ce chef, et s'ils concluaient aussi que l'infraction reprochée dans l'affaire Blanchard était probablement le fait de la même personne, ils pouvaient utiliser cette preuve, en particulier celle de l'utilisation d'un instrument tranchant, pour confirmer ou appuyer les dépositions des autres témoins et la découverte de la bague et des fibres mauves. Le juge du procès a conclu son exposé en disant aux jurés de ne pas oublier qu'ils ne pouvaient pas reconnaître l'accusé coupable du meurtre de Mme Blanchard ou de celui de Mme Umphrey à moins d'être convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité à l'égard des actes reprochés.

B. *Cour d'appel* (1997), 92 B.C.A.C. 286 (le juge Hinds au nom de la cour)

Devant la Cour d'appel, l'appelant a soutenu 32
que l'exposé du juge du procès au sujet de la preuve de faits similaires était fondé sur l'arrêt *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.),

followed in light of decisions from other courts of appeal that take a different approach. However, Hinds J.A. found that the *Simpson* decision was followed by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Lawson* (1994), 45 B.C.A.C. 14. *Lawson*, in turn, was referred to with approval in another British Columbia Court of Appeal decision, *R. v. Doan* (1996), 81 B.C.A.C. 192. In *Lawson*, the court held at p. 21 as follows:

> Counsel for the appellant made two points.
>
> The first was that the word "likely" used by the trial judge sets the wrong standard. He says that the standard in relation to the element of identity and the element of intent should be that at least those elements must be established beyond a reasonable doubt on the count that is said to be similar without resort to evidence outside that count before using the evidence on that count to help to prove intent or identity on the count actually being considered. By that he meant that at least one count must be proved beyond a reasonable doubt on the basis of evidence relating exclusively to that count. As counsel said "there must be at least one anchor". In my opinion, that point is not in accordance with the authority of *R. v. Simpson* and I would not accede to it.

33 Hinds J.A. concluded that the present law in British Columbia on the use of similar fact evidence is set forth in *Lawson*, and is based on the principles in *Simpson*. He found that the trial judge's charge was in conformity with those principles and followed the suggested wording set forth in G. Ferguson, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (3rd ed. 1997 (loose-leaf)), vol. 1, 4.61. Furthermore, the trial judge's instructions on the use to which the jury could put similar fact evidence complied with the principle expressed in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at pp. 360-62, that the criminal standard of proof applies to the determination of the ultimate issue of guilt or innocence and not to individual items of evidence.

34 The appellant also argued that the hair samples given in 1990 should not have been used in a sub-

arrêt qui ne devrait pas être suivi parce qu'il existe des décisions d'autres cours d'appel ayant appliqué une approche différente. Cependant, le juge Hinds a conclu que l'arrêt *Simpson* avait été suivi par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Lawson* (1994), 45 B.C.A.C. 14, arrêt qui, à son tour, a été mentionné avec approbation dans une autre décision de cette même cour: *R. c. Doan* (1996), 81 B.C.A.C. 192. Dans *Lawson*, la Cour d'appel a tiré la conclusion suivante, à la p. 21:

> [TRADUCTION] L'avocat de l'appelant a invoqué deux arguments.
>
> Le premier était que le mot «probablement» employé par le juge du procès fixe la mauvaise norme. Il affirme que la norme applicable à l'égard de l'identité et de l'intention devrait exiger que ces éléments au moins soient établis hors de tout doute raisonnable relativement au chef d'accusation que l'on prétend similaire sans recourir à des éléments de preuve étrangers à ce chef avant d'utiliser la preuve concernant ce chef pour aider à prouver l'intention ou l'identité relativement au chef d'accusation directement examiné. Il a voulu dire par là qu'au moins un chef d'accusation doit être prouvé hors de tout doute raisonnable sur la base de la preuve qui se rapporte exclusivement à ce chef. Comme a dit l'avocat: «il doit y avoir au moins un point d'ancrage». Selon moi, cet argument est incompatible avec l'autorité de l'arrêt *R. c. Simpson*, et je ne puis y souscrire.

Le juge Hinds a conclu que le droit en vigueur en Colombie-Britannique sur l'utilisation de la preuve de faits similaires est exposé dans l'arrêt *Lawson* et repose sur les principes énoncés dans l'arrêt *Simpson*. Il a conclu que l'exposé du juge du procès était conforme à ces principes et suivait le libellé suggéré dans G. Ferguson, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (3e éd. 1997 (feuilles mobiles)), vol. 1, 4.61. En outre, les directives du juge du procès sur l'utilisation que le jury pouvait faire de la preuve de faits similaires étaient compatibles avec le principe énoncé dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, aux pp. 360 à 362, et suivant lequel la norme de preuve en matière criminelle s'applique à la décision finale en ce qui concerne la culpabilité ou l'innocence et non aux divers éléments de preuve pris isolément.

L'appelant a également plaidé que les échantillons de cheveux et de poils donnés en 1990 n'au-

sequent police investigation. The appellant contended that the subsequent use of the samples vitiated the consent given in 1990, and that the seizure of the samples therefore violated his rights under s. 8 of the *Charter*. He further contended that the DNA evidence should not have been admitted under s. 24(2) of the *Charter*. Hinds J.A. noted that this issue was left undecided by this Court in *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145. Counsel for the appellant argued that the effect of the police using the hair samples taken in July 1990 for the investigation of the Umphrey murder was to enable them to maintain a DNA bank. The government is specifically prohibited from maintaining DNA samples under the recent DNA legislation. See the *Code*, ss. 487.04 *et seq.*

raient pas dû être utilisés dans une enquête policière subséquente. Il a affirmé que l'utilisation subséquente de ces échantillons a vicié le consentement donné en 1990, et que la saisie des échantillons avait en conséquence porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 8 de la *Charte*. L'appelant a en outre soutenu que, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve génétique n'aurait pas dû être admise. Le juge Hinds a fait remarquer que cette question avait été laissée sans réponse par notre Cour dans *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145. L'avocat de l'appelant a prétendu que l'utilisation par les policiers, dans le cadre de l'enquête sur le meurtre de Mme Umphrey, des échantillons de cheveux et de poils prélevés en juillet 1990 avait eu pour effet de leur permettre de conserver une banque d'ADN. Les récentes dispositions législatives sur l'ADN interdisent expressément au gouvernement de conserver des échantillons d'ADN. Voir les art. 487.04 et suiv. du *Code*.

Hinds J.A. disagreed with that submission. He felt that the legislation pertaining to the seizure of DNA material is not relevant to the use of those substances that a person willingly provides to the police. The appellant's scalp and pubic hairs had not been taken by force or threat of force and thus did not constitute conscripted evidence. The obtaining of the appellant's hair samples on July 26, 1990 did not violate his s. 8 rights. Thereafter, the samples remained in the custody and control of the RCMP. The appropriate time to determine whether the appellant's s. 8 rights were violated was on July 26, 1990, the date upon which the samples were obtained by the police.

35 Le juge Hinds n'a pas accepté cette prétention. Il a estimé que les dispositions législatives portant sur la saisie de matériel génétique ne visent pas l'utilisation de substances fournies volontairement aux autorités policières par une personne. Les cheveux et les poils pubiens de l'appelant n'avaient pas été prélevés par la force ou par la menace d'utilisation de la force, et ne constituaient donc pas une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'obtention d'échantillons de cheveux et de poils de l'appelant le 26 juillet 1990 n'avait pas porté atteinte aux droits garantis à celui-ci par l'art. 8. Par la suite, les échantillons étaient demeurés sous la garde et la responsabilité de la GRC. La date pertinente pour décider si les droits de l'appelant garantis par l'art. 8 avaient été violés était le 26 juillet 1990, date à laquelle les policiers avaient obtenu les échantillons.

Even if the appropriate date for the determination was March 16, 1993 when the samples were retrieved from the RCMP laboratory, the appellant's s. 8 rights were not violated. On March 16, 1993, the appellant had no reasonable expectation of privacy with respect to the hair samples and the police seized the samples in accordance with a val-

36 Même si la date pertinente avait été le 16 mars 1993, soit la date à laquelle les échantillons ont été saisis au laboratoire de la GRC, les droits garantis à l'appelant par l'art. 8 n'avaient pas été violés. Le 16 mars 1993, l'appelant n'avait aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard des échantillons de cheveux et de poils, et

idly issued search warrant. The appeal from conviction was dismissed.

III. Analysis

A. *Admissibility of Similar Fact Evidence*

1. Probative Value

37 This appeal concerns the proper charge to a jury on the use of similar fact evidence. This issue necessarily requires a careful review of the role of the trial judge in considering the admission of similar fact evidence. This is necessary in order to place the function of the jury in weighing similar fact evidence in its proper context.

38 The rule allowing for the admissibility of similar fact evidence is perhaps best viewed as an "exception to an exception" to the basic rule that all relevant evidence is admissible. Relevance depends directly on the facts in issue in any particular case. The facts in issue are in turn determined by the charge in the indictment and the defence, if any, raised by the accused. See *Koufis v. The King*, [1941] S.C.R. 481, at p. 490. To be logically relevant, an item of evidence does not have to firmly establish, on any standard, the truth or falsity of a fact in issue. The evidence must simply tend to "increase or diminish the probability of the existence of a fact in issue". See Sir Richard Eggleston, *Evidence, Proof and Probability* (2nd ed. 1978), at p. 83. As a consequence, there is no minimum probative value required for evidence to be relevant. See *R. v. Morris*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 199-200.

39 Evidence of propensity or disposition (e.g., evidence of prior bad acts) is relevant to the ultimate issue of guilt, in so far as the fact that a person has acted in a particular way in the past tends to support the inference that he or she has acted that way

les policiers avaient saisi les échantillons en vertu d'un mandat de perquisition décerné validement. L'appel de la déclaration de culpabilité a été rejeté.

III. L'analyse

A. *L'admissibilité de la preuve de faits similaires*

1. La valeur probante

Le présent pourvoi porte sur les directives qu'il convient de donner au jury relativement à l'utilisation d'une preuve de faits similaires. Cette question exige forcément une analyse approfondie du rôle du juge du procès dans l'examen de la question de savoir si une telle preuve doit être admise. Cette analyse est nécessaire afin de bien situer dans son contexte le rôle du jury dans l'appréciation d'une preuve de faits similaires.

La meilleure façon de définir la règle autorisant l'admission d'une preuve de faits similaires serait peut-être de dire qu'il s'agit d'une «exception à une exception» à la règle fondamentale suivant laquelle tout élément de preuve pertinent est admissible. La pertinence dépend directement des faits en litige dans une affaire donnée. Pour leur part, les faits en litige sont déterminés par l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation et par les moyens de défense, s'il en est, qui sont invoqués par l'accusé. Voir *Koufis c. The King*, [1941] R.C.S. 481, à la p. 490. Pour qu'un élément de preuve soit logiquement pertinent, il n'est pas nécessaire qu'il établisse fermement, selon quelque norme que ce soit, la véracité ou la fausseté d'un fait en litige. La preuve doit simplement tendre à [TRADUCTION] «accroître ou diminuer la probabilité de l'existence d'un fait en litige». Voir Sir Richard Eggleston, *Evidence, Proof and Probability* (2e éd. 1978), à la p. 83. En conséquence, aucune valeur probante minimale n'est requise pour qu'un élément de preuve soit pertinent. Voir *R. c. Morris*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 199 et 200.

La preuve d'une propension ou disposition (par exemple la preuve d'actes antérieurs répréhensibles) est pertinente pour trancher la question ultime, celle de la culpabilité ou de l'innocence, dans la mesure où le fait qu'une personne a agi

again. Though this evidence may often have little probative value, it is difficult to say it is not relevant. In this regard, I disagree in part with Lord Hailsham's judgment in *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421. He wrote, at p. 451 that "[w]hen there is nothing to connect the accused with a particular crime except bad character or similar crimes committed in the past, the probative value of the evidence is nil and the evidence is rejected on that ground". I think this statement may go too far, and find the approach taken by Lamer J., as he then was, in *Morris*, *supra*, is more accurate. He stated, at p. 203:

Disposition the nature of which is of no relevance to the crime committed has no probative value and . . . for that reason excluded. But if relevant to the crime, even though there is nothing else connecting the accused to that crime, it is of some probative value, be it slight, and it should be excluded as inadmissible not as irrelevant. [Emphasis added.]

Thus evidence of propensity or disposition may be relevant to the crime charged, but it is usually inadmissible because its slight probative value is ultimately outweighed by its highly prejudicial effect. As Sopinka J. noted in *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at pp. 127-28, there are three potential dangers associated with evidence of prior bad acts: (1) the jury may find that the accused is a "bad person" who is likely to be guilty of the offence charged; (2) they may punish the accused for past misconduct by finding the accused guilty of the offence charged; or (3) they may simply become confused by having their attention deflected from the main purpose of their deliberations, and substitute their verdict on another matter for their verdict on the charge being tried. Because of these very serious dangers to the accused, evidence of propensity or disposition is excluded as

d'une certaine manière dans le passé tend à appuyer l'inférence qu'elle a de nouveau agi de cette façon. Même si cette preuve n'a souvent qu'une faible valeur probante, il est difficile d'affirmer qu'elle n'est pas pertinente. À cet égard, je suis partiellement en désaccord avec le jugement de lord Hailsham dans *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421, où ce dernier a écrit, à la p. 451, que [TRADUCTION] «[l]orsque rien ne rattache l'accusé à un crime particulier, si ce n'est une preuve de moralité douteuse ou de perpétration de crimes similaires dans le passé, une telle preuve n'a aucune valeur probante et est rejetée pour ce motif». À mon avis, cette affirmation va peut-être trop loin, et l'approche retenue par le juge Lamer, maintenant Juge en chef du Canada, dans *Morris*, précité, me paraît plus juste. Ce dernier a déclaré ceci, à la p. 203:

La propension, si elle ne se rapporte pas au crime perpétré, n'a aucune valeur probante; [. . .] et doit pour cette raison être exclue. Mais si la propension se rapporte au crime, même en l'absence de tout autre lien entre l'accusé et ce crime, elle a une certaine valeur probante, si minime soit-elle, et elle doit être exclue parce qu'elle est inadmissible et non parce qu'elle n'est pas pertinente. [Je souligne.]

Par conséquent, la preuve d'une propension ou disposition peut être pertinente à l'égard du crime reproché, mais elle est généralement inadmissible parce que, en dernière analyse, son effet très préjudiciable l'emporte sur sa faible valeur probante. Comme l'a souligné le juge Sopinka dans *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, aux pp. 127 et 128, une preuve d'actes antérieurs répréhensibles comporte trois dangers potentiels: (1) le jury peut conclure que l'accusé est une «mauvaise personne» qui est vraisemblablement coupable de l'infraction qu'on lui reproche; (2) le jury peut punir l'accusé pour son inconduite antérieure en le déclarant coupable de l'infraction qui lui est imputée; (3) le jury peut tout simplement s'embrouiller parce que son attention se trouve détournée de l'objet premier de ses délibérations, et substituer son verdict sur une autre question à un verdict sur la question qu'il est appelé à juger. Comme il s'agit de dangers très réels pour l'accusé, la preuve d'une propension ou

40

an exception to the general rule that all relevant evidence is admissible.

41 However, as Lord Hailsham stated in *Boardman*, *supra*, at p. 453, "what is *not* to be admitted is a chain of reasoning and not necessarily a state of facts" (emphasis added). That is, disposition evidence which is adduced solely to invite the jury to find the accused guilty because of his or her past immoral conduct is inadmissible. However, evidence of similar past misconduct may exceptionally be admitted where the prohibited line of reasoning may be avoided. In *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, McLachlin J. writing for the majority carefully reviewed the issue of similar fact evidence. She reviewed the reasoning put forward in *Boardman*, *supra*, and, at p. 730 observed:

> This view of similar fact evidence posits a test which is related to, yet distinct from the general rule that evidence is not admissible if its prejudicial effect outweighs its probative value: see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. That rule is an exclusionary rule applied to evidence which would otherwise be admissible. The reverse is the case with similar fact evidence. In determining its admissibility, one starts from the proposition that the evidence is inadmissible, given the low degree of probative force and the high degree of prejudice typically associated with it. The question then is whether, because of the exceptional probative value of the evidence under consideration in relation to its potential prejudice, it should be admitted notwithstanding the general exclusionary rule.

After a review of the other pertinent authorities she concluded at pp. 734-35:

> This review of the jurisprudence leads me to the following conclusions as to the law of similar fact evidence as it now stands in Canada. The analysis of whether the evidence in question is admissible must begin with the recognition of the general exclusionary rule against evidence going merely to disposition. As affirmed in *Boardman* and reiterated by this Court in *Guay*, *Cloutier*, *Morris*, *Morin* and *D. (L.E.)*, evidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of

disposition est écartée en tant qu'exception à la règle générale suivant laquelle tout élément de preuve pertinent est admissible.

Toutefois, comme a déclaré lord Hailsham dans *Boardman*, précité, à la p. 453, [TRADUCTION] «ce qui *ne* doit *pas* être admis est un raisonnement, pas nécessairement un état de faits» (en italique dans l'original). En d'autres mots, est inadmissible la preuve d'une propension ou disposition qui est produite dans le seul but d'inviter le jury à déclarer l'accusé coupable sur le fondement de sa conduite immorale antérieure. Toutefois, la preuve d'une inconduite antérieure similaire peut exceptionnellement être admise lorsque le raisonnement interdit peut être évité. Dans *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, le juge McLachlin, qui s'exprimait au nom des juges majoritaires, a soigneusement examiné la question de la preuve de faits similaires. Après avoir analysé le raisonnement fait dans *Boardman*, précité, elle a fait les observations suivantes, à la p. 730:

> Cette conception de la preuve de faits similaires propose un critère qui se rapporte à la règle générale, bien qu'il en soit distinct, selon laquelle la preuve est inadmissible si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante: voir l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Il s'agit d'une règle d'exclusion applicable à la preuve qui serait par ailleurs admissible. C'est l'inverse pour la preuve de faits similaires. Pour déterminer son admissibilité, il faut partir du principe que la preuve est inadmissible étant donné la faible force probante et l'importance du préjudice qui y est généralement associé. Il faut se demander ensuite si, en raison de la valeur probante exceptionnelle de la preuve examinée par rapport au préjudice qu'elle est susceptible de causer, elle devrait être admise sans égard à la règle générale d'exclusion.

Après avoir examiné les autres décisions pertinentes, elle a dit ceci, aux pp. 734 et 735:

> Cet examen de la jurisprudence m'amène à tirer les conclusions suivantes quant à l'état actuel du droit en matière de preuve de faits similaires au Canada. Pour déterminer si la preuve en question est admissible, il faut d'abord reconnaître la règle générale d'exclusion de la preuve qui ne tend qu'à établir la propension. Comme le dit l'arrêt *Boardman* et comme notre Cour l'a répété dans les arrêts *Guay*, *Cloutier*, *Morris*, *Morin* et *D. (L.E.)*, la preuve présentée dans le seul but d'établir que

person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect. In a case such as the present, where the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception. The judge must consider such factors as the degree of distinctiveness or uniqueness between the similar fact evidence and the offences alleged against the accused, as well as the connection, if any, of the evidence to issues other than propensity, to the end of determining whether, in the context of the case before him, the probative value of the evidence outweighs its potential prejudice and justifies its reception.

It can be seen that in considering whether similar fact evidence should be admitted the basic and fundamental question that must be determined is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. As well it must be remembered that a high degree of deference must be given to the decision of a trial judge on this issue. See *B. (C.R.)*, *supra*, at pp. 732-33.

It follows that where identity is at issue in a criminal case and the accused is shown to have committed acts which bear a striking similarity to the alleged crime, the jury is not asked to infer from the accused's habits or disposition that he is the type of person who would commit the crime. Instead, the jury is asked to infer from the degree of distinctiveness or uniqueness that exists between the commission of the crime and the similar act that the accused is the very person who committed the crime. This inference is made possible only if the high degree of similarity between the acts renders the likelihood of coincidence objectively improbable. See *Hoch v. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292 (Aust. H.C.). That is, there is always a possibility that by coincidence the perpetrator of the crime and the accused share certain predilections or that the accused may become implicated in crimes for which he is not responsible. However, where the evidence shows a distinct pattern to the acts in question, the possibility that

l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans un cas comme celui-ci, où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception. Le juge doit considérer des facteurs comme le degré de particularisme marquant à la fois les faits similaires et les infractions reprochées à l'accusé ainsi que le rapport, s'il en est, entre la preuve et les questions autres que la propension, afin de déterminer si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la valeur probante de la preuve l'emporte sur le préjudice potentiel et justifie sa réception.

42 On constate que, pour décider si une preuve de faits similaires doit être déclarée admissible, la question fondamentale qui doit être tranchée est de savoir si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. De même, il convient de se rappeler qu'il faut accorder un respect considérable à la décision du juge du procès sur cette question. Voir *B. (C.R.)*, précité, aux pp. 732 et 733.

43 Il s'ensuit que, lorsque l'identité est un point litigieux dans une affaire criminelle et qu'il est démontré que l'accusé a commis des actes présentant des similitudes frappantes avec le crime reproché, le jury n'est pas invité à inférer des habitudes ou de la disposition de l'accusé qu'il est le genre de personne qui commettrait ce crime. Au contraire, le jury est plutôt invité à inférer du degré de particularité ou de singularité qui existe entre le crime perpétré et l'acte similaire que l'accusé est la personne même qui a commis le crime. Cette inférence n'est possible que si le haut degré de similitude entre les actes rend une coïncidence objectivement improbable. Voir *Hoch c. The Queen* (1988), 165 C.L.R. 292 (H.C. Aust.). En d'autres termes, il est toujours possible que, par le jeu d'une coïncidence, l'auteur du crime et l'accusé partagent certaines prédilections, ou encore que l'accusé puisse devenir impliqué dans des crimes dont il n'est pas responsable. Toutefois, lorsque la preuve révèle une manière distincte de commettre

the accused would repeatedly be implicated in strikingly similar offences purely as a matter of coincidence is greatly reduced. Sopinka J. in *Morin*, *supra*, where similar fact evidence was used to prove identity, made this point clear (at p. 367):

> In similar fact cases it is not sufficient to establish that the accused is a member of an abnormal group with the same propensities as the perpetrator. There must be some further distinguishing feature. Accordingly, if the crime was committed by someone with homosexual tendencies, it is not sufficient to establish that the accused is a practising homosexual or indeed has engaged in numerous homosexual acts. The tendered evidence must tend to show that there was some striking similarity between the manner in which the perpetrator committed the criminal act and such evidence.

See also *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (Ont. C.A.), at p. 496, *per* Martin J.A. (evidence of propensity is not admissible "unless the propensity is so highly distinctive or unique as to constitute a signature").

44 Because similar fact evidence is admitted on the basis of an objective improbability of coincidence, the evidence necessarily derives its probative value from the degree of similarity between the acts under consideration. The probative value must, of course, significantly outweigh the prejudice to the accused for the evidence to be admissible. See *B. (C.R.)*, *supra*. However, the majority in *B. (C.R.)*, at pp. 732-33, rejected the proposition that the evidence must show a "striking similarity" between the acts in question in order for the evidence to have the requisite probative value. I agree that the requirement of "striking similarity" needs to be qualified. This point is carefully made in *R. v. P.*, [1991] 3 All E.R. 337 (H.L.), where the accused was charged with the rape of both his daughters and with committing incest with them. The counts were tried together, and the evidence of both daughters was admitted in relation to each count to prove the commission of the crime (at p. 348):

> When a question of the kind raised in this case arises I consider that the judge must first decide whether there

les actes en question, la possibilité que, par pure coïncidence, l'accusé soit à plusieurs reprises impliqué dans des infractions très similaires s'en trouve de beaucoup réduite. Ce point a été clairement exprimé par le juge Sopinka, dans *Morin*, précité, où une preuve de faits similaires avait été utilisée pour établir l'identité (à la p. 367):

> Dans les affaires de faits similaires, il ne suffit pas d'établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal qui a les mêmes propensions que l'auteur du crime. Il doit y avoir d'autres caractéristiques distinctives. Par conséquent, si le crime a été commis par quelqu'un qui a des tendances homosexuelles, il ne suffit pas d'établir que l'accusé est un homosexuel actif ni même qu'il a pratiqué de nombreux actes homosexuels. La preuve offerte doit tendre à démontrer qu'il y a des similitudes frappantes entre la manière dont l'auteur du crime a commis l'acte criminel et cette preuve.

Voir aussi *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (C.A. Ont.), à la p. 496, le juge Martin, (la preuve de la propension n'est pas admissible, [TRADUCTION] «à moins que la propension soit tellement distinctive ou singulière qu'elle constitue une signature»).

Comme une preuve de faits similaires est admise parce qu'une coïncidence est objectivement improbable, la valeur probante de cette preuve découle forcément du degré de similitude entre les actes examinés. Évidemment, il faut que cette valeur probante l'emporte de façon nette sur le préjudice causé à l'accusé pour que la preuve en question soit admissible. Voir *B. (C.R.)*, précité. Cependant, dans *B. (C.R.)*, aux pp. 732 et 733, la majorité a rejeté la thèse voulant que la preuve doive révéler une «similitude frappante» entre les actes en question pour posséder la valeur probante requise. J'admets que l'exigence de «similitudes frappantes» doit être tempérée. Ce point est soigneusement exposé dans *R. c. P.*, [1991] 3 All E.R. 337 (H.L.). Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé du viol de ses deux filles ainsi que d'inceste à leur endroit. Les accusations ont été instruites ensemble et le témoignage des deux filles a été admis relativement à chaque chef pour prouver la perpétration du crime (à la p. 348):

> [TRADUCTION] Quand une question semblable à celle qui est soulevée en l'espèce se pose, j'estime que le juge

is material upon which the jury would be entitled to conclude that the evidence of one victim, about what occurred to that victim, is so related to the evidence given by another victim, about what happened to that other victim, that the evidence of the first victim provides strong enough support for the evidence of the second victim to make it just to admit it, notwithstanding the prejudicial effect of admitting the evidence. This relationship, from which support is derived, may take many forms and while these forms may include 'striking similarity' in the manner in which the crime is committed, . . . the necessary relationship is by no means confined to such circumstances. Relationships in time and circumstances other than these may well be important relationships in this connection. Where the identity of the perpetrator is in issue, and evidence of this kind is important in that connection, obviously something in the nature of what has been called in the course of the argument a signature or other special feature will be necessary. To transpose this requirement to other situations where the question is whether a crime has been committed, rather than who did commit it, is to impose an unnecessary and improper restriction upon the application of the principle. [Emphasis added.]

Since the evidence of both girls described a prolonged course of conduct involving the use of force and general domination, the circumstances, taken together, gave strong probative force to the evidence of one in respect of the other, notwithstanding that the manner of the commission of the alleged crimes did not disclose a "striking similarity".

Instead, a principled approach to the admission of similar fact evidence will in all cases rest on the finding that the accused's involvement in the alleged similar acts or counts is unlikely to be the product of coincidence. This conclusion ensures that the evidence has sufficient probative force to be admitted, and will involve different considerations in different contexts. Where, as here, similar fact evidence is adduced on the issue of identity, there must be a high degree of similarity between the acts for the evidence to be admitted. For example, a unique trademark or signature will automatically render the alleged acts "strikingly similar" and therefore highly probative and admissible. In the same way, a number of significant similarities,

doit d'abord décider s'il existe des éléments qui autoriseraient le jury à conclure que le témoignage d'une victime sur ce qui lui est arrivée est tellement lié au témoignage d'une autre victime sur ce qui est arrivé à cette dernière que le témoignage de la première victime appuie suffisamment le témoignage de la seconde victime pour qu'il soit juste de l'admettre, malgré l'effet préjudiciable de l'admission du témoignage. Le lien dont découle cet appui peut prendre de nombreuses formes et, quoiqu'une de ces formes puisse être une «similitude frappante» quant à la façon dont le crime a été commis, [. . .] ce lien indispensable n'est en aucune façon limité à de telles circonstances. Des liens dans le temps et les circonstances — autres que celles qui viennent d'être évoquées — peuvent fort bien constituer des liens importants à cet égard. Lorsque l'identité de l'accusé est en cause et que des témoignages de ce genre sont importants à cet égard, il est évident qu'il faudra quelque chose qui ressemble à ce qu'on a appelé au cours des débats une signature ou une autre caractéristique spéciale. Transposer cette exigence à d'autres situations dans lesquelles la question consiste à déterminer si un crime a été commis plutôt que l'identité de son auteur revient à imposer une restriction inutile et inappropriée à l'application de ce principe. [Je souligne.]

Comme les témoignages des deux filles décrivaient une conduite qui s'était étendue sur une longue période et qui avait comporté l'utilisation de la force et l'exercice d'une domination générale, les circonstances, considérées ensemble, donnaient une forte valeur probante au témoignage de l'une par rapport à celui de l'autre, malgré le fait que la manière dont les crimes reprochés avaient été commis ne révélait pas une «similitude frappante».

Au lieu de cela, l'application d'une approche fondée sur des principes pour statuer sur l'admissibilité d'une preuve de faits similaires reposera dans tous les cas sur la conclusion qu'il est improbable que l'implication de l'accusé dans les faits similaires ou chefs d'accusation reprochés soit le fruit d'une coïncidence. Une telle conclusion assure que la preuve a une valeur probante suffisante pour être admise, et elle fera intervenir différentes considérations dans différents contextes. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une preuve de faits similaires est produite à l'égard de la question de l'identité, il doit exister un haut degré de similitude entre les faits pour que la preuve soit admise. Par exemple, la présence d'une

taken together, may be such that by their cumulative effect, they warrant admission of the evidence. Where identity is at issue ordinarily, the trial judge should review the manner in which the similar acts were committed — that is to say, whether the similar acts involve a unique trademark or reveal a number of significant similarities. This review will enable him or her to decide whether the alleged similar acts were all committed by the same person. This preliminary determination establishes the objective improbability that the accused's involvement in the alleged acts is the product of coincidence and thereby gives the evidence the requisite probative force. Thus, where the similar fact evidence is adduced to prove identity, once this preliminary determination is made, the evidence related to the similar act (or count, in a multi-count indictment) may be admitted to prove the commission of another act (or count).

marque ou signature singulière donnera automatiquement aux faits reprochés une «similitude frappante» et les rendra, par conséquent, extrêmement probants et admissibles. De même, il est possible que, considérées ensemble, un certain nombre de similitudes importantes soient telles que leur effet cumulatif justifie l'admission de la preuve. Ordinairement, lorsque la question de l'identité est en litige, le juge du procès devrait examiner la façon dont les actes similaires ont été commis — c'est-à-dire examiner si ces actes laissent voir une marque singulière ou révèlent un certain nombre de similitudes importantes. Cet examen lui permettra de déterminer si les faits similaires reprochés ont tous été commis par la même personne. Cette constatation préliminaire établit l'improbabilité objective que l'implication de l'accusé dans les actes reprochés soit le fruit d'une coïncidence et confère ainsi à la preuve la force probante requise. En conséquence, lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, une fois cette constatation préliminaire faite, les éléments de preuve relatifs à l'acte similaire (ou au chef d'accusation, dans un acte d'accusation comportant plusieurs chefs) peuvent être admis pour prouver la perpétration d'un autre acte (ou chef d'accusation).

46 By way of summary, McLachlin J.'s statement of the law relating to the admissibility of similar fact evidence in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, is apt. She put the proposition with great clarity, at pp. 771-72:

> Such evidence is likely to have a severe prejudicial effect by inducing the jury to think of the accused as a "bad" person. At the same time it possesses little relevance to the real issue, namely, whether the accused committed the particular offence with which he stands charged. There will be occasions, however, where the similar act evidence will go to more than disposition, and will be considered to have real probative value. That probative value usually arises from the fact that the acts compared are so unusual and strikingly similar that their similarities cannot be attributed to coincidence. Only where the probative force clearly outweighs the prejudice, or the danger that the jury may convict for non-logical reasons, should such evidence be received.

En résumé, dans *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, le juge McLachlin a énoncé avec justesse le droit relatif à l'admissibilité d'une preuve de faits similaires. Elle a exposé très clairement ces principes aux pp. 771 et 772:

> Cette preuve est susceptible d'avoir un grave effet préjudiciable en amenant le jury à penser que l'accusé est une «mauvaise» personne. En même temps, elle est d'une pertinence limitée relativement à la vraie question, celle de savoir si l'accusé a commis l'infraction particulière dont il est inculpé. Il y aura des cas, cependant, où la preuve d'actes similaires touchera à autre chose que la disposition et sera considérée comme ayant une véritable valeur probante. Cette valeur probante tient ordinairement au fait que les actes comparés sont à ce point inhabituels et présentent des similitudes à ce point frappantes que ces similitudes ne peuvent pas être attribuées à une coïncidence. Cette preuve ne devrait être utilisée que lorsque la force probante l'emporte nettement sur le préjudice, ou sur le danger que le jury rende un verdict de culpabilité pour des raisons illogiques.

C. (M.H.), supra, left open the issue as to the standard of proof which should be applied by the trial judge where similar fact evidence is adduced to prove identity. In this regard, it must be remembered that the admissibility of similar fact evidence involves an analysis not normally undertaken by a trial judge. As a general rule, a trial judge will admit evidence shown to be relevant, and will not engage in an evaluation of the probative value or weight of the evidence. If the trial judge is called on to make a preliminary finding of fact as a precondition to admissibility, this finding is usually unrelated to the quality or reliability of the evidence itself. See *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 474. Indeed, the judge must refrain from evaluating the quality, weight or reliability of evidence when determining admissibility since the weight to be given to evidence is properly the province of the jury. See *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679. However, in determining the admissibility of similar fact evidence the trial judge must, to a certain extent, invade this province. As Professor Smith stated in Case and Comment on *R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770, at p. 771:

> It should be noted that judges commonly distinguish facts as going to weight rather than admissibility (see, *e.g.*, *R.* v. *Wyatt*); but it is submitted that, as regards similar fact evidence, no sharp line can be drawn and that admissibility depends on weight.

Thus, where similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted. Where the fact in issue is the identity of the perpetrator of the crime, then in the usual course of events the trial judge must assess the degree of similarity demonstrated by the manner in which the acts in question were committed to determine whether it is likely the same person committed the alleged similar acts.

47 L'arrêt *C. (M.H.)*, précité, n'a pas tranché la question de la norme de preuve qui devrait être appliquée par le juge du procès dans les cas où une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité. À cet égard, il ne faut pas oublier que l'admissibilité d'une preuve de faits similaires demande une analyse que le juge du procès ne fait pas en temps normal. En règle générale, le juge du procès admet un élément de preuve dont la pertinence est établie, et il n'évalue pas le poids ou valeur probante de cet élément. Si le juge du procès est appelé à tirer une conclusion de fait préliminaire en tant que condition préalable à l'admissibilité, cette conclusion n'a habituellement pas de lien avec la qualité ou la fiabilité de l'élément de preuve lui-même. Voir *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 474. De fait, le juge doit s'abstenir d'évaluer la qualité, le poids ou la fiabilité de l'élément de preuve lorsqu'il décide de son admissibilité, puisque le poids qu'il convient de lui accorder relève de la compétence du jury. Voir *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679. Toutefois, pour décider de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires, le juge du procès doit, dans une certaine mesure, empiéter sur cette compétence. Comme a dit le professeur Smith dans Case and Comment on *R. c. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770, à la p. 771:

> [TRADUCTION] Il convient de souligner que les juges font habituellement une distinction entre les faits qui se rapportent au poids plutôt qu'à l'admissibilité (voir, par exemple, *R.* c. *Wyatt*); mais nous soumettons que, pour ce qui est de la preuve de faits similaires, il n'est pas possible de tracer une ligne de démarcation nette, et l'admissibilité dépend du poids.

48 En conséquence, lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l'improbabilité objective d'une coïncidence a été établie. Ce n'est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible. Lorsque le fait en litige est l'identité de l'auteur du crime, alors, dans le cours normal des choses, le juge du procès doit apprécier le degré de similitude qui ressort de la façon dont les actes en cause ont été commis pour déterminer s'il est probable que les

Once it is determined on a balance of probabilities that the same person committed the alleged similar acts, the similar fact evidence may be admitted to prove that the accused committed the offence or offences in question.

49 In determining whether similar fact evidence should be admitted to prove identity, the trial judge must have regard to the manner in which the alleged similar acts were committed. In general, evidence linking the accused to each alleged similar act should not be part of this evaluation. As Peter K. McWilliams, states in *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988 (loose-leaf)), at p. 11-26.1, "[t]he link [to the accused] . . . is distinct from the link or *nexus* . . . which goes to the nature of the act and relates to its similarity or relevancy which is such as to overcome the general exclusionary rule" (emphasis in original). This distinction is made clear in Case and Comment on *R. v. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502, at p. 503 (as reported by Richard Percival):

> . . . There was evidence of striking similarities between the two groups of offences, and there was a signature or other special feature. . . . Once there was this link between the groups of offences, then evidence that linked a defendant with each group of offences was admissible against him on the other group. [Emphasis added.]

See also *R. v. Barnes*, [1995] 2 Cr. App. R. 491 (C.A.), at pp. 496-98. In other words, the similarity of the acts indicates whether one person committed the crimes; in most cases, evidence as to the accused's connection to each similar act indicates whether the accused committed the crimes. Only after the trial judge has considered the manner of the commission of the similar acts and is satisfied that there is evidence which could lead the jury to conclude that all the acts were committed by one person should he or she admit the evidence related to each act for the jury's consideration, including the evidence of the accused's involvement in each similar act.

actes similaires reprochés ont été commis par la même personne. Une fois qu'il a été établi, selon la prépondérance des probabilités, que les actes similaires reprochés ont été commis par la même personne, la preuve de faits similaires peut être admise pour établir que l'accusé a commis l'infraction ou les infractions en question.

Afin de décider si une preuve de faits similaires doit être admise pour établir l'identité, le juge du procès doit tenir compte de la manière dont les actes similaires allégués ont été commis. En général, la preuve qui lie l'accusé à chaque acte similaire reproché ne devrait pas faire partie de cette évaluation. Comme le dit Peter K. McWilliams dans *Canadian Criminal Evidence* (3e éd. 1988 (feuilles mobiles)), à la p. 11-26.1, [TRADUCTION] «[l]e lien [avec l'accusé] [. . .] est distinct du lien ou de la *connexion* [. . .] qui touche à la nature de l'acte et se rapporte à sa similitude ou à sa pertinence qui doit être telle qu'elle écarte la règle générale d'exclusion» (en italique dans l'original). Cette distinction est clairement indiquée dans Case and Comment on *R. c. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502, à la p. 503 (sommaire de Richard Percival):

> [TRADUCTION] . . . La preuve révélait des similitudes frappantes entre les deux groupes d'infractions, et il existait une signature ou autre caractéristique spéciale. [. . .] Une fois établi ce lien entre les groupes d'infractions, alors la preuve qui liait un défendeur à chaque groupe d'infractions était admissible contre lui relativement à l'autre groupe. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Barnes*, [1995] 2 Cr. App. R. 491 (C.A.), aux pp. 496 à 498. Autrement dit, la similitude des actes indique si une seule et même personne a commis les crimes; dans la plupart des cas, la preuve relative au lien entre l'accusé et chaque acte similaire indique si l'accusé a commis les crimes. Ce n'est qu'après que le juge du procès a examiné la façon dont les actes similaires ont été commis et qu'il est convaincu de l'existence d'éléments de preuve qui pourraient amener le jury à conclure que tous les actes ont été commis par une seule et même personne qu'il doit admettre la preuve se rapportant à chaque acte et la soumettre au jury, y compris la preuve de la participation de l'accusé à la perpétration de chaque acte similaire.

In summary, in considering the admissibility of similar fact evidence, the basic rule is that the trial judge must first determine whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. In most cases where similar fact evidence is adduced to prove identity it might be helpful for the trial judge to consider the following suggestions in deciding whether to admit the evidence:

(1) Generally where similar fact evidence is adduced to prove identity a high degree of similarity between the acts is required in order to ensure that the similar fact evidence has the requisite probative value of outweighing its prejudicial effect to be admissible. The similarity between the acts may consist of a unique trademark or signature on a series of significant similarities.

(2) In assessing the similarity of the acts, the trial judge should only consider the manner in which the acts were committed and not the evidence as to the accused's involvement in each act.

(3) There may well be exceptions but as a general rule if there is such a degree of similarity between the acts that it is likely that they were committed by the same person then the similar fact evidence will ordinarily have sufficient probative force to outweigh its prejudicial effect and may be admitted.

(4) The jury will then be able to consider all the evidence related to the alleged similar acts in determining the accused's guilt for any one act.

Once again these are put forward not as rigid rules but simply as suggestions that may assist trial judges in their approach to similar fact evidence.

The test for admissibility of similar fact evidence adduced to prove identity is the same

En résumé, dans l'examen de la question de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires, la règle fondamentale est que le juge du procès doit d'abord décider si la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans la plupart des cas où une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, il pourrait être utile au juge du procès de prendre en considération les suggestions suivantes lorsqu'il décide si la preuve doit être admise: 50

(1) En règle générale lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour prouver l'identité, un degré élevé de similitude doit exister entrer les actes pour faire en sorte que cette preuve ait une valeur probante qui l'emporte sur son effet préjudiciable, conformément à ce qui est requis pour qu'elle soit admissible. La similitude entre les actes peut consister en une marque ou signature singulière caractérisant une série de similitudes importantes.

(2) Dans l'appréciation de la similitude des actes, le juge du procès devrait uniquement examiner la façon dont les actes ont été commis et non la preuve relative à la participation de l'accusé à chaque acte.

(3) Il est bien possible qu'il y ait des exceptions, mais en règle générale s'il existe entre les actes un degré de similitude tel qu'il est probable que ces derniers ont été commis par la même personne, la preuve de faits similaires aura ordinairement une force probante suffisante pour l'emporter sur son effet préjudiciable et elle peut être admise.

(4) Le jury sera alors en mesure d'examiner toute la preuve relative aux faits qui, prétend-on, sont similaires pour déterminer si l'accusé est coupable d'avoir commis l'un ou l'autre des actes.

Les observations qui précèdent sont faites, répétons-le, non pas en tant que règles rigides, mais simplement en tant que suggestions susceptibles d'aider les juges qui président des procès dans leur façon d'aborder une preuve de faits similaires.

Le critère d'admissibilité d'une preuve de faits similaires produite pour prouver l'identité est le 51

whether the alleged similar acts are definitively attributed to the accused, or are the subject of a multi-count indictment against the accused. See *Boardman*, *supra*, at p. 896, *per* Lord Wilberforce.

même, que les actes similaires allégués soient définitivement attribués à l'accusé ou qu'ils fassent l'objet d'un acte d'accusation reprochant plusieurs chefs d'accusation à l'accusé. Voir *Boardman*, précité, à la p. 896, lord Wilberforce.

52 However, where the similar acts are alleged as part of a multi-count indictment, the consideration of the admissibility of similar fact evidence will have to be taken into account in deciding whether the counts should be severed. Nevertheless, the trial judge should be careful not to confuse admissibility with severance. A motion to sever under s. 591(3)(*a*) of the *Code* must be brought by the accused, who bears the burden of establishing on a balance of probabilities that the interests of justice require an order for severance. Yet the burden of demonstrating that similar fact evidence should be admitted must be borne by the Crown. These respective burdens may involve the consideration of similar factors, but as Lord Scarman noted in *R. v. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125 (C.A.), at p. 135, "[i]t does not follow that because a multi-count indictment has been allowed to proceed that therefore the evidence given will be evidence on all the counts contained in the indictment". Thus, to paraphrase the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160, at p. 167, notwithstanding the trial judge's refusal to sever the counts in a multi-count indictment, it remains open to him or her, as the evidence progresses at trial, to determine as a matter of law that evidence on one count is not admissible as similar fact evidence on the other counts. The assessment of similar fact evidence and the determination of its probative value and admissibility places on onerous burden on the trial judge. It is a task that must be undertaken with great care.

Toutefois, lorsque les actes similaires allégués font partie d'un acte d'accusation reprochant plusieurs chefs, la question de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires devra être prise en considération pour décider s'il convient de séparer les chefs d'accusation. Néanmoins, le juge du procès devrait prendre soin de ne pas confondre la question de l'admissibilité et celle de la séparation des chefs d'accusation. Une requête sollicitant la tenue de procès distincts fondée sur l'al. 591(3)*a*) du *Code* doit être présentée par l'accusé, lequel a alors le fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de la justice exigent une ordonnance en ce sens. Cependant, c'est au ministère public qu'il appartient de démontrer que la preuve de faits similaires devrait être admise. Ces fardeaux respectifs peuvent entraîner l'examen de facteurs similaires, mais comme l'a souligné lord Scarman dans l'arrêt *R. c. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125 (C.A.), à la p. 135, [TRADUCTION] «[c]e n'est pas parce qu'on a permis qu'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs d'accusation reste intact qu'il sera, de ce fait, présenté des éléments de preuve à l'égard de tous les chefs reprochés dans l'acte». Par conséquent, pour paraphraser la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160, à la p. 167, même si le juge du procès refuse d'ordonner la tenue de procès distincts sur les divers chefs reprochés dans un acte d'accusation, rien ne l'empêche, au fur et à mesure de la présentation de la preuve au procès, de décider, en tant que question de droit, que la preuve relative à un chef d'accusation n'est pas admissible comme preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs d'accusation. L'appréciation d'une preuve de faits similaires et la détermination de sa valeur probante et de son admissibilité imposent au juge du procès une lourde tâche, tâche qui doit être accomplie avec beaucoup de soin.

2. Link to the Accused

Where the similar fact evidence adduced to prove identity suggests that the same person committed the similar acts, then logically this finding makes the evidence linking the accused to each similar act relevant to the issue of identity for the offence being tried. Similarly, in a multi-count indictment, the link between the accused and any one count will be relevant to the issue of identity on the other counts which disclose a striking similarity in the manner in which those offences were committed.

A link between the accused and the alleged similar acts is, however, also a precondition to admissibility. This requirement was set forth in *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 954:

> Before evidence may be admitted as evidence of similar facts, there must be a link between the allegedly similar facts and the accused. In other words there must be some evidence upon which the trier of fact can make a proper finding that the similar facts to be relied upon were in fact the acts of the accused for it is clear that if they were not his own but those of another they have no relevance to the matters at issue under the indictment.

Similarly, in *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.), it was held, at p. 708, that "evidence of 'similar facts' cannot in any case be admissible to support an accusation against the accused unless they are connected in some relevant way with the accused and with his participation in the crime".

Should the trial judge be required to conclude not only that the evidence suggests that the acts are the work of one person with sufficient force to outweigh the prejudicial effect of the evidence, but that they also are likely the acts of the accused? This is the approach advocated by Professor R. Mahoney in "Similar Fact Evidence and the Stan-

2. Le lien avec l'accusé

Lorsque la preuve de faits similaires produite pour prouver l'identité tend à indiquer que les actes similaires ont été commis par la même personne, alors, logiquement, cette constatation rend la preuve rattachant l'accusé à chaque acte similaire pertinente à l'égard de la question de l'identité pour ce qui concerne l'infraction en cause. De même, dans un acte d'accusation comportant plusieurs chefs d'accusation, le lien entre l'accusé et un chef d'accusation sera pertinent à l'égard de la question de l'identité pour ce qui est des autres chefs d'accusation qui révèlent une similitude frappante du point de vue du mode de perpétration de ces infractions. 53

Toutefois, l'existence d'un lien entre l'accusé et les actes similaires allégués est également une condition préalable à l'admissibilité. Cette condition a été énoncée dans *R. c. Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949, à la p. 954: 54

> Pour que des éléments de preuve soient reçus comme preuve d'actes similaires, il doit y avoir un lien entre les actes que l'on prétend similaires et l'accusé. En d'autres termes, il doit exister des éléments de preuve qui permettent au juge des faits de conclure à bon droit que les actes similaires que l'on veut invoquer sont effectivement les actes de l'accusé, car il est évident que, s'il ne s'agit pas de ses propres actes mais plutôt de ceux d'une autre personne, ceux-ci n'ont aucun rapport avec les questions soulevées par l'acte d'accusation.

De même, dans *Harris c. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694 (H.L.), il a été jugé, à la p. 708, que [TRADUCTION] «la preuve de "faits similaires" ne saurait en aucun cas être admise au soutien d'une infraction reprochée à l'accusé, à moins que ces faits ne soient liés d'une manière pertinente à l'accusé et à sa participation au crime».

Faudrait-il exiger que le juge du procès conclue non seulement que la preuve tend à indiquer — avec suffisamment de force pour l'emporter sur son effet préjudiciable — que les actes sont le fait d'une seule et même personne, mais aussi qu'ils sont vraisemblablement le fait de l'accusé? C'est l'approche que préconise le professeur R. Maho- 55

dard of Proof", [1993] *Crim. L. Rev.* 185, at pp. 196-97, and is implicitly favoured by those courts which have endorsed the "anchor" or "sequential" approach to similar fact evidence. See, e.g., *R. v. Ross*, [1980] 5 W.W.R. 261 (B.C.C.A.); *R. v. J.T.S.*, [1997] A.J. No. 125 (QL) (C.A.).

ney dans «Similar Fact Evidence and the Standard of Proof», [1993] *Crim. L. Rev.* 185, aux pp. 196 et 197, et que favorisent implicitement les tribunaux qui ont souscrit, en matière de preuve de faits similaires, à l'approche «séquentielle» ou approche du «point d'ancrage». Voir, par exemple, *R. c. Ross*, [1980] 5 W.W.R. 261 (C.A.C.-B.); *R. c. J.T.S.*, [1997] A.J. No. 125 (QL) (C.A.).

56 The suggestion that the evidence linking the accused to the similar acts must also link the acts to the accused goes too far. Once the trial judge has concluded that the similar acts were likely the work of one person and that there is some evidence linking the accused to the alleged similar acts, it is not necessary to conclude that the similar acts were likely committed by the accused. The answer to this question may well determine guilt or innocence. This is the very question which the trier of fact must determine on the basis of all the evidence related to the similar acts, including of course the accused's involvement in each act. The standard set out in *Sweitzer* should be maintained. This only requires that the trial judge be satisfied that there is some evidence which links the accused to the similar acts.

La suggestion voulant que la preuve liant l'accusé aux actes similaires doive rattacher les actes à l'accusé va trop loin. Une fois que le juge du procès a conclu que les actes similaires sont probablement le fait d'une seule et même personne, et qu'il existe des éléments de preuve rattachant l'accusé aux actes similaires allégués, il n'est pas nécessaire de conclure que les actes similaires ont probablement été commis par l'accusé. La réponse à cette question peut bien déterminer de la culpabilité ou l'innocence. Il s'agit de la question même que le juge des faits doit trancher en tenant compte de l'ensemble des éléments de preuve se rapportant aux actes similaires, y compris évidemment la participation de l'accusé à chacun des actes. La norme énoncée dans l'arrêt *Sweitzer* devrait être conservée. Elle exige uniquement que le juge du procès soit convaincu qu'il existe des éléments de preuve rattachant l'accusé aux actes similaires.

57 Nevertheless, it must be noted that both *Sweitzer*, *supra*, and *Harris*, *supra*, suggest that evidence of mere opportunity will not suffice to establish a sufficient "link to the accused" to render similar fact evidence admissible. This limitation is explained by Viscount Simon's statement in *Harris*, *supra*, at p. 708 that the similar acts must be connected "in some relevant way with the accused and with his participation in the crime" (emphasis added). Evidence of mere opportunity showing no more than the possibility that the similar act is that of the accused will not suffice to show the accused's participation in the alleged similar act. Though the low standard set in *Sweitzer* is appropriate and flexible, evidence which discloses no more than a mere possibility that the alleged simi-

Néanmoins, il convient de signaler que les arrêts *Sweitzer* et *Harris*, précités, indiquent que la preuve d'une simple occasion ne suffira pas pour établir «avec l'accusé un lien» suffisant pour rendre une preuve de faits similaires admissible. Cette restriction est expliquée ainsi par le vicomte Simon, dans *Harris*, précité, à la p. 708; celui-ci affirme que les actes similaires doivent être liés [TRADUCTION] «d'une manière pertinente à l'accusé et à sa participation au crime» (je souligne). La preuve d'une simple occasion ne révélant rien d'autre que la possibilité que l'acte similaire soit le fait de l'accusé ne suffira pas pour démontrer la participation de l'accusé à l'acte similaire allégué. Même si la norme peu élevée qui est exposée dans l'arrêt *Sweitzer* est appropriée et souple, la preuve qui ne révèle rien d'autre qu'une simple possibilité que l'acte similaire allégué soit le fait de l'accusé

lar act is the act of the accused will not suffice to render the similar fact evidence admissible.

B. *Use of Similar Fact Evidence by the Jury*

The provincial courts of appeal have employed two very different approaches to the use of similar fact evidence. The first approach, which has been called a "pooling" or "cumulative" approach, is derived from the decision of the Ontario Court of Appeal in *Simpson*, *supra*, *per* Martin J.A. See also *Lawson*, *supra*; *R. v. Eng* (1995), 56 B.C.A.C. 18. On this approach, the jury is instructed to examine the similarities between the counts charged in the indictment and to decide, as a preliminary matter, whether the offences were likely committed by one person. Only if they are satisfied on a balance of probabilities that the offences were committed by one person may they consider the evidence of each count in determining whether the accused committed the other offences. If they are unable to make this preliminary finding, they must consider the evidence on each count separately in determining the accused's innocence or guilt. The jury must also be reminded that they may not convict the accused on any count unless they are satisfied beyond a reasonable doubt that he or she is guilty of that offence.

The trial judge in this case instructed the jury in accordance with *Simpson*. He stated:

If you conclude that Count 1 and Count 2 were likely committed by one person, then the evidence on each count may assist you in deciding whether Brian Arp committed the offences charged in both counts. However, if you do not draw the inference that the two offences were likely committed by one person, then in reaching a decision on any count you must only con-

ne suffira pas pour rendre la preuve de faits similaires admissible.

B. *L'utilisation de la preuve de faits similaires par le jury*

Les cours d'appel provinciales ont adopté deux approches très différentes quant à l'utilisation de la preuve de faits similaires. La première, qui a été appelée l'approche «cumulative» ou approche de la «mise en commun», découle de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Simpson*, précité, le juge Martin. Voir aussi *Lawson*, précité; *R. c. Eng* (1995), 56 B.C.A.C. 18. Suivant cette approche, le juge dit au jury d'examiner les similitudes entre les divers chefs reprochés dans l'acte d'accusation et de décider, comme question préliminaire, si les infractions ont vraisemblablement été commises par une seule et même personne. Ce n'est que dans le cas où les jurés sont convaincus, selon la prépondérance des probabilités, que les infractions ont été commises par une seule et même personne qu'ils peuvent tenir compte de la preuve relative à chaque chef d'accusation pour décider si l'accusé a commis les autres infractions. S'ils sont incapables de tirer cette conclusion préliminaire, ils doivent examiner la preuve relative à chaque chef d'accusation séparément pour décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Il faut également rappeler aux jurés qu'ils ne peuvent déclarer l'accusé coupable à l'égard d'un chef d'accusation que s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il est coupable de l'infraction en question. 58

En l'espèce, le juge du procès a donné ses directives au jury de la manière prévue dans l'arrêt *Simpson*. Il a déclaré ceci: 59

[TRADUCTION] Si vous arrivez à la conclusion que les infractions reprochées dans le chef d'accusation 1 et le chef d'accusation 2 ont vraisemblablement été commises par la même personne, alors la preuve relative à chaque chef d'accusation peut vous aider à décider si Brian Arp a commis les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation. Toutefois, si vous ne faites pas l'inférence que les deux infractions ont vraisemblablement été commises par la même personne, alors, pour parvenir à une décision à l'égard d'un chef donné, vous devez uniquement tenir compte de la preuve relative à

sider the evidence relating to that count and put out of your minds the evidence on the other count.

. . .

Keep in mind that the accused cannot be convicted of either Count 1 or Count 2 unless you are satisfied beyond a reasonable doubt that he is guilty as charged.

60 The second approach, which has been called the "anchor" or "sequential" approach, has been adopted primarily by the Alberta Court of Appeal: see *R. v. Studer* (1996), 181 A.R. 399; *R. v. N. (R.S.)* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424; *Ross*, *supra*. This approach is normally used in cases where the similar fact evidence arises from an uncharged act, rather than from another count in the same indictment: see *CRIMJI*, *supra*, 4.60. When applied in the context of a multi-count indictment, the approach requires that the jury must determine first that the accused committed one of the offences charged beyond a reasonable doubt, using only the evidence relevant to that count. Only then may the jury proceed to consider the circumstances of that offence as similar fact evidence with regard to the remaining counts.

61 In the case at bar, the trial judge also instructed the jury in accordance with this approach. He stated:

If you accept the evidence in Count 2 of the Indictment [the Umphrey murder] and conclude that Brian Arp is guilty of that count, and you also decide that the offence in Count 1 [the Blanchard murder] was likely committed by the same person, you may use the evidence, particularly of the use of the sharp-edged implement, to confirm or support the evidence [relating to Count 1].

62 The appellant submits that the trial judge erred in his charge to the jury because he failed to direct the jury that before using the evidence related to one murder count to support a finding of guilt on

ce chef et faire abstraction de la preuve relative à l'autre chef.

. . .

N'oubliez pas que vous ne pouvez déclarer l'accusé coupable du chef d'accusation 1 ou du chef d'accusation 2 que si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il est coupable de ce qu'on lui reproche.

La deuxième approche, qui a été appelée l'approche «séquentielle» ou approche du «point d'ancrage», a été adoptée principalement par la Cour d'appel de l'Alberta: voir *R. c. Studer* (1996), 181 A.R. 399; *R. c. N. (R.S.)* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424; *Ross*, précité. Cette approche est normalement utilisée dans les cas où la preuve de faits similaires découle d'un acte n'ayant pas donné lieu à des accusations, plutôt que d'un autre chef d'accusation dans le même acte d'accusation: voir *CRIMJI, op. cit.*, 4.60. Lorsqu'elle est appliquée dans le contexte d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs, cette approche exige que le jury décide d'abord si l'accusé a commis l'une des infractions reprochées hors de tout doute raisonnable, en se fondant uniquement sur la preuve se rapportant à ce chef d'accusation. Ce n'est qu'après que le jury peut prendre en compte les circonstances de cette infraction comme preuve de faits similaires pour statuer sur les autres chefs d'accusation.

En l'espèce, le juge du procès a lui aussi donné au jury des directives conformes à cette approche. Il a dit ceci:

[TRADUCTION] Si vous acceptez la preuve relative au chef d'accusation 2 de l'acte d'accusation [le meurtre de Mme Umphrey] et concluez que Brian Arp est coupable de cette infraction, et si vous décidez également que l'infraction reprochée dans le chef d'accusation 1 [le meurtre de Mme Blanchard] a probablement été commise par la même personne, vous pouvez utiliser la preuve, particulièrement celle concernant l'utilisation de l'instrument tranchant, pour confirmer ou appuyer la preuve [relative au chef d'accusation 1].

L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury, parce qu'il a omis de dire aux jurés que, avant d'utiliser la preuve relative à une des accusations de meurtre

the other murder count, they must first conclude beyond a reasonable doubt that (1) that the accused committed one of the two murder counts, using only the evidence related to that count; or (2) that the same person committed both counts.

pour appuyer une conclusion de culpabilité à l'égard de l'autre chef de meurtre, ils devaient d'abord conclure hors de tout doute raisonnable (1) que l'accusé avait commis l'un des deux meurtres reprochés, en se fondant uniquement sur la preuve se rapportant à ce chef; ou (2) que la même personne avait commis les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation.

To resolve these issues, it is necessary to determine not only the applicable standard of proof where similar fact evidence is used by a jury, but also to set out the correct approach to the use of that evidence. The algebraic possibilities raised by these two questions are impressive. Rather than attempt to evaluate each permutation or combination separately, a review of basic principles will lead to the proper approach. 63

Pour trancher ces questions, il faut non seulement décider quelle est la norme de preuve applicable lorsqu'une preuve de faits similaires est utilisée par un jury, mais aussi exposer la bonne approche en ce qui concerne l'utilisation de cette preuve. Les possibilités algébriques qu'offrent ces deux questions sont impressionnantes. Au lieu de tenter d'évaluer chaque permutation ou combinaison séparément, il convient d'examiner les principes fondamentaux pour découvrir la bonne approche.

1. Applicable Principles

1. Les principes applicables

The first point to be made is that no standard of proof applies to the "use" of evidence or to evidence itself. Standards of proof apply only to issues of fact. See *Morin, supra*. When similar fact evidence (like any other circumstantial evidence) is adduced to prove identity, the jury is invited to draw inferences and make findings of fact from that evidence. The probative value of similar fact evidence is based on reasoning through probability. The force of the evidence subsists in the proposition that it is unlikely that the accused would be implicated more than once in offences which are unique or markedly similar. It is the unlikelihood of coincidence that gives the evidence its probative force. 64

La première observation qui s'impose est qu'aucune norme de preuve ne s'applique à l'«utilisation» de la preuve ou à la preuve elle-même. Les normes de preuve s'appliquent uniquement aux questions de fait. Voir *Morin*, précité. Lorsqu'une preuve de faits similaires (comme toute autre preuve circonstancielle) est produite pour établir l'identité, le jury est invité à en tirer des inférences et des conclusions de fait. La valeur probante de la preuve de faits similaires repose sur un raisonnement axé sur la probabilité. La force de la preuve réside dans la proposition voulant qu'il soit peu probable que l'accusé soit impliqué plus d'une fois dans des infractions présentant un caractère singulier ou une similitude frappante. C'est l'improbabilité d'une coïncidence qui donne à la preuve sa force probante.

The issue in every case is whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect. As noted earlier, as a general rule where similar fact evidence is tendered to prove identity if the trial judge is satisfied that it is likely that the same person committed both the similar act and the act in question then the probative value of these similar acts will outweigh its prejudicial 65

Dans chaque cas, la question consiste à déterminer si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. Comme il a été souligné plus tôt, en règle générale, lorsqu'une preuve de faits similaires est présentée pour établir l'identité, si le juge du procès est convaincu qu'il est probable que la même personne a commis et l'acte similaire allégué et l'acte en cause, dans un tel cas la

effect and the evidence will be admitted. If the jury is to rely on similar fact evidence, they too must conclude that the same person committed the alleged similar acts. Any apparent overlap in the functions of judge and jury exists because for similar fact evidence, admissibility frequently depends on weight. See *Hurren* comment, *supra*. As Martin J.A. stated in *Simpson*, *supra*, at pp. 345-46:

> It was, of course, for the Judge to decide as a question of law whether the evidence on each count was admissible on the other. His decision in that respect, in the circumstances, depended upon his being satisfied that the similarities in the offences were such as to be capable of supporting a reasonable inference that both offences were likely committed by one man. It was entirely within the province of the jury, however, whether they would draw that inference; whether they drew such inference would depend upon their view of the similarities in the circumstances of the two offences. [Emphasis added.]

Thus, the main issue in this appeal is the proper standard of proof to apply to the primary inference drawn from the similar fact evidence — i.e., should the jury be satisfied on a balance of probabilities or beyond a reasonable doubt that the same person committed the acts in question?

66 To state the issue in this manner effectively disposes of the anchor or sequential approach. This must follow because if the probative value of similar fact evidence, as circumstantial evidence, lies in the unlikelihood of coincidence, it simply does not make sense to require one of the allegations to be proved beyond a reasonable doubt as a prerequisite to the trier of fact's consideration of it. Though the similar fact evidence, standing alone, may fall short of proof beyond a reasonable doubt, it can be relied upon to assist in proving another allegation beyond a reasonable doubt. Two separate allegations can support each other to the point of constituting proof beyond a reasonable doubt, even where a reasonable doubt may have existed in

valeur probante de la preuve de ces actes similaires l'emportera sur son effet préjudiciable, et la preuve sera admise. Pour que le jury puisse s'appuyer sur une preuve de faits similaires, il doit lui aussi conclure que la même personne a commis les actes similaires allégués. Le chevauchement qui semble exister entre le rôle du juge et celui du jury découle du fait que l'admissibilité d'une preuve de faits similaires dépend fréquemment de son poids. Voir le commentaire de l'arrêt *Hurren*, précité. Comme l'a affirmé le juge Martin de la Cour d'appel dans *Simpson*, précité, aux pp. 345 et 346:

> [TRADUCTION] Il était évidemment loisible au juge de décider, en tant que question de droit, si la preuve relative à chaque chef d'accusation était admissible relativement à l'autre chef. Dans les circonstances, sa décision à cet égard dépendait de la question de savoir s'il était convaincu que les similitudes entre les infractions étaient telles que les deux infractions avaient probablement été commises par un même homme. Il appartenait toutefois entièrement aux jurés de décider s'il convenait de faire cette inférence; la question de savoir s'ils feraient cette inférence serait fonction de leur opinion quant aux similitudes entre les circonstances des deux infractions. [Je souligne.]

Par conséquent, la principale question en litige dans le présent pourvoi est la norme de preuve qu'il convient d'appliquer à l'inférence fondamentale tirée de la preuve de faits similaires: Le jury doit-il être convaincu selon la prépondérance des probabilités ou hors de tout doute raisonnable que la même personne a commis les actes en question?

Formuler la question de cette manière écarte effectivement l'approche séquentielle ou approche du point d'ancrage. C'est inévitable, car si la valeur probante d'une preuve de faits similaires, en tant que preuve circonstancielle, réside dans l'improbabilité d'une coïncidence, il n'est tout simplement pas logique d'exiger qu'une des allégations soit prouvée hors de tout doute raisonnable comme condition préalable à l'examen de cette preuve par le juge des faits. Bien qu'il soit possible que, à elle seule, la preuve de faits similaires n'apporte une preuve hors de tout doute raisonnable, elle peut être invoquée pour aider à prouver une autre allégation hors de tout doute raisonnable. Deux allégations distinctes peuvent s'étayer mutuellement au

relation to each in isolation. See *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 44, citing *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., aff'd [1985] 2 S.C.R. 485.

point de constituer une preuve hors de tout doute raisonnable, même lorsqu'un doute raisonnable peut avoir existé relativement à chaque allégation prise isolément. Voir *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, au par. 44, citant *R. c. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), le juge Martin, conf. par [1985] 2 R.C.S. 485.

This reasoning certainly applies when similar fact evidence is admitted to prove identity. In those circumstances the reasoning process flows from the similarity of the acts themselves. As the intervener the Attorney General for Ontario points out, the probative value of the evidence does not depend on a finding that both offences were necessarily committed by the same person. Rather, it is the likelihood that they had the same perpetrator that sufficiently narrows the scope for coincidence so as to give the evidence legitimate probative value. The unlikelihood of an accused's twice being implicated in two very similar offences may furnish circumstantial evidence of his or her guilt for both. That circumstance, when combined with other evidence in support of each charge, may add up to guilt beyond a reasonable doubt.

67 Ce raisonnement s'applique certainement lorsqu'une preuve de faits similaires est admise pour établir l'identité. Dans ces cas, le raisonnement découle de la similitude entre les actes eux-mêmes. Comme le souligne le procureur général de l'Ontario intervenant, la valeur probante de la preuve n'est pas tributaire de la conclusion que les deux infractions ont nécessairement été commises par la même personne. Au contraire, c'est la probabilité qu'elles sont le fait de la même personne qui réduit suffisamment les risques de coïncidence et donne ainsi à la preuve une valeur probante légitime. L'improbabilité qu'un accusé soit impliqué dans deux infractions très similaires peut apporter une preuve circonstancielle de sa culpabilité à l'égard des deux infractions. Cette circonstance, conjuguée à d'autres éléments de preuve présentés au soutien de chaque accusation, peut signifier la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

The appellant argues that it is contrary to the presumption of innocence and principles of fundamental justice for an accused to be convicted on the basis of evidence pertaining to a separate count or similar act, even though the Crown has not proven beyond a reasonable doubt the critical preliminary fact that one person committed both counts. I cannot accept this submission. As the Attorney General for Ontario stated, it cannot be presumed that because a preliminary determination of fact is not proven to the criminal standard, that the trier of fact is thereby invited to make use of evidence which lacks its purported probative value. It is not inherently unfair that an accused may be convicted even though the jury entertains a doubt as to whether similarity between the acts, on its own, establishes that the same person committed both acts. The appellant's argument presumes that similarity proven to a lesser degree of certainty is without probative value. If the appellant is

68 L'appelant soutient qu'il est contraire à la présomption d'innocence et aux principes de justice fondamentale de déclarer un accusé coupable sur le fondement d'une preuve relative à un chef d'accusation distinct ou à un acte similaire, même si le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable le fait préliminaire capital qu'une seule et même personne a commis les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation. Je ne puis accepter cet argument. Comme l'a affirmé le procureur général de l'Ontario, on ne peut supposer que, parce qu'une constatation de fait préliminaire n'a pas été établie suivant la norme applicable en matière criminelle, le juge des faits est en conséquence invité à utiliser une preuve dépourvue de la valeur probante qu'elle est censée avoir. Il n'est pas intrinsèquement injuste qu'un accusé puisse être déclaré coupable même si le jury a des doutes sur la question de savoir si, à elle seule, la similitude entre les actes établit que la même personne

right, then on the same reasoning, it would have to be concluded that *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938, was wrongly decided.

69 In *Carter*, it was held that in order for a jury to use the statement of a co-conspirator against an accused as an exception to the hearsay rule, the jury must first conclude, on a balance of probabilities and on the basis of evidence directly admissible against the accused, that the witness and the accused were members of the same conspiracy. Only after this determination is made can the jury make substantive use of the hearsay statements. The Court declined to apply the reasonable doubt standard to that preliminary finding of fact, since to do so would have short-circuited the jury's determination of the ultimate issue in the case, i.e., the guilt of the accused on the charge of conspiracy.

70 More generally, in *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, it was held that a preliminary finding of fact governing the use of evidence is normally subject to the civil standard of proof, whether the finding is made by the trial judge at the stage of admissibility or by the jury at the outset of their deliberations. The type of evidence at issue in *Evans* was an admission by the accused. Sopinka J., writing for a majority of the Court, stated as follows, at p. 668:

> This Court has affirmed that preliminary questions of fact by the trier of fact may be decided on a balance of probabilities. [Citing *Carter*, *supra*.]
>
> . . .
>
> If there is some evidence to permit the issue to be submitted to the trier of fact, the matter must be considered in two stages. First, a preliminary determination must be made as to whether, on the basis of evidence admissible against the accused, the Crown has established on a balance of probabilities that the statement is that of the accused. If this threshold is met, the trier of fact should

les a commis tous les deux. L'argument de l'appelant présume qu'une similitude établie suivant un degré moindre de certitude n'a aucune valeur probante. Si l'appelant a raison, alors, suivant le même raisonnement, il faudrait conclure que la mauvaise décision a été rendue dans l'affaire *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938.

Dans *Carter*, il a été statué que, pour qu'un jury puisse utiliser la déclaration d'un complice contre un accusé en tant qu'exception à la règle du ouï-dire, le jury doit d'abord conclure, selon la prépondérance des probabilités et au moyen de la preuve directement admissible contre l'accusé, que le témoin et l'accusé ont participé au même complot. Ce n'est qu'après avoir tiré cette conclusion que le jury peut utiliser concrètement les déclarations relatées. La Cour a refusé d'appliquer la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable à cette conclusion de fait préliminaire, étant donné que l'application de cette norme aurait empêché le jury de trancher la question de fond dans cette affaire, soit la culpabilité de l'accusé relativement à l'accusation de complot.

D'une manière plus générale, dans *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, il a été jugé qu'une conclusion de fait préliminaire déterminant l'utilisation d'un élément de preuve est normalement assujettie à la norme de preuve applicable en matière civile, que la conclusion soit tirée par le juge du procès à l'étape de l'admissibilité ou par le jury au début de ses délibérations. Dans *Evans* la preuve en litige était un aveu de l'accusé. Le juge Sopinka, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires, a déclaré ceci, à la p. 668:

> Notre Cour a affirmé que le juge des faits peut trancher les questions de fait préliminaires en se fondant sur la prépondérance des probabilités. [Citant l'arrêt *Carter*, précité.]
>
> . . .
>
> Si certains éléments de preuve permettent de soumettre la question au juge des faits, celle-ci doit faire l'objet d'un examen en deux temps. Tout d'abord, il faut déterminer si, compte tenu de la preuve admissible contre l'accusé, le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que la déclaration est celle de l'accusé. Une fois cette exigence préliminaire satisfaite,

then consider the contents of the statement along with other evidence to determine the issue of innocence or guilt.

le juge des faits doit examiner le contenu de la déclaration en même temps que les autres éléments de preuve pour décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé.

The general principles enunciated in these cases indicate that the jury should determine, on a balance of the probabilities, whether the similarities between the acts establishes that the two counts were committed by the same person. If that threshold is met, the jury can then consider all the evidence relating to the similar acts in determining whether, beyond a reasonable doubt, the accused is guilty.

Les principes généraux énoncés dans ces arrêts indiquent que le jury devrait décider, selon la prépondérance des probabilités, si les similitudes entre les actes établissent que les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation ont été commises par la même personne. Si cette condition préalable est satisfaite, le jury peut alors examiner l'ensemble de la preuve se rapportant aux actes similaires pour décider si l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable.

However, the general rule that preliminary findings of fact may be determined on a balance of probabilities is departed from in those certainly rare occasions when admission of the evidence may itself have a conclusive effect with respect to guilt. For example, where the Crown adduces a statement of the accused made to a person in authority, the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt of the voluntariness of the statement. That evidence may of itself, if accepted as true, provide conclusive proof of guilt. Since doubt about the statement's voluntariness also casts doubt on its reliability, proof beyond a reasonable doubt is warranted. See *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30. If this were not the rule, the jury would be permitted to rely on evidence which it could accept as extremely cogent even though the inherent reliability of that evidence was in doubt.

71 Toutefois, il y a dérogation à la règle générale selon laquelle les conclusions de fait préliminaires peuvent être tirées selon la prépondérance des probabilités dans les cas, certes rares, où l'admission de la preuve peut elle-même avoir un effet concluant en ce qui concerne la question de la culpabilité. Par exemple, lorsque le ministère public produit une déclaration de l'accusé à une personne en situation d'autorité, le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable du caractère volontaire de la déclaration. Cette preuve peut, si elle est tenue pour avérée, apporter en elle-même une preuve concluante de la culpabilité. Étant donné que l'existence d'un doute sur le caractère volontaire de la déclaration se répercute également sur la fiabilité de celle-ci, il est justifié d'exiger une preuve hors de tout doute raisonnable. Voir *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30. Si la règle était différente, le jury serait autorisé à se fonder sur une preuve qu'il pourrait considérer très forte même si la fiabilité intrinsèque de cette preuve était douteuse.

Similar fact evidence, on the other hand, as circumstantial evidence, must be characterized differently, since, by its nature, it does not carry the potential to be conclusive of guilt. It is just one item of evidence to be considered as part of the Crown's overall case. Its probative value lies in its ability to support, through the improbability of coincidence, other inculpatory evidence. As with all circumstantial evidence, the jury will decide what weight to attribute to it. The mere fact that in

72 En revanche, en tant que preuve circonstancielle, une preuve de faits similaires doit être qualifiée différemment, étant donné que, de par sa nature, elle ne peut pas être concluante quant à la culpabilité. Elle constitue simplement un des éléments de preuve à examiner parmi tous ceux qui constituent la preuve globale du ministère public. Sa valeur probante réside dans sa capacité d'étayer, par l'improbabilité d'une coïncidence, d'autres éléments de preuve inculpatoires. Comme

a particular case, similar fact evidence might be assigned a high degree of weight by the trier is entirely different from the concept that, by its very nature, the evidence has the potential to be decisive of guilt.

73 As the intervener the Attorney General for Ontario concedes, it is, of course, conceivable for a single item of circumstantial evidence to be the only evidence of an essential element of the offence in a given case. The criminal standard of proof would have to be applied in those circumstances in order to ensure compliance with the requirement that every essential element in a criminal prosecution must be proven beyond a reasonable doubt. Thus where the Crown's case on the issue of identity is based entirely on the underlying unity between the similar acts, it follows that the standard of proof beyond a reasonable doubt will govern the jury's determination whether one person must have committed both acts.

74 The appellant argues that because similar fact evidence carries with it the danger of prejudicial misuse by the trier, a high standard of proof should be imposed as a precondition of its use. However, the danger that a jury will misuse similar fact evidence by engaging in the prohibited line of reasoning is avoided by the strict test for admissibility which ensures that the evidence is sufficiently probative to outweigh the risk of prejudicial misuse, coupled with a cautionary instruction against making improper use of the evidence. These safeguards ensure that the evidence is possessed of legitimate probative value before it reaches the trier of fact and that the jury will appreciate its true relevance. Depriving the jury of resort to proper use of the evidence once it has been admitted would do nothing to guard against its improper use.

75 On this basis, the correct approach to a consideration of similar fact evidence by a jury is the

pour tout élément de preuve circonstancielle, le jury décidera du poids qui doit lui être accordé. Le simple fait que, dans un cas particulier, le juge des faits pourrait accorder un poids élevé à une preuve de faits similaires est une toute autre chose que le concept selon lequel, de par sa nature, la preuve peut être décisive quant à la culpabilité.

Comme le concède le procureur général de l'Ontario intervenant, il est évidemment concevable qu'un seul élément de preuve circonstancielle soit la seule preuve d'un élément essentiel de l'infraction dans une affaire donnée. Il faudra alors appliquer la norme de preuve en matière criminelle dans ces circonstances afin de garantir le respect de l'exigence selon laquelle, dans une poursuite criminelle, chaque élément essentiel doit être prouvé hors de tout doute raisonnable. Par conséquent, lorsque la preuve du ministère public sur la question de l'identité repose entièrement sur l'unité sous-jacente entre les actes similaires, il s'ensuit que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable s'applique à la décision du jury sur la question de savoir si une seule et même personne a commis les deux actes.

L'appelant soutient que, comme il y a risque qu'une preuve de faits similaires fasse l'objet d'un mauvais usage préjudiciable par le juge des faits, une norme de preuve élevée devrait être imposée comme condition préalable à l'utilisation d'une telle preuve. Toutefois, le danger qu'un jury utilise mal une preuve de faits similaires en se livrant au raisonnement interdit est évité, d'une part, par l'application du critère d'admissibilité rigoureux, qui garantit que la preuve a une valeur probante suffisante pour écarter le risque d'un mauvais usage préjudiciable, et, d'autre part, par la mise en garde faite contre l'utilisation inappropriée de cette preuve. Ces mesures garantissent que la preuve a une valeur probante légitime avant d'être soumise au juge des faits et que le jury appréciera sa véritable pertinence. Empêcher le jury d'utiliser la preuve de façon appropriée une fois qu'elle a été admise ne ferait rien pour éviter qu'elle soit utilisée de manière inappropriée.

Pour ce motif, la bonne approche en ce qui concerne l'examen d'une preuve de faits similaires par

"cumulative" or "pooling" approach. Thus, as a general rule where similar fact evidence is adduced to prove identity, the jury should be instructed that once they have concluded that there is sufficient likelihood that the same person committed the alleged similar acts, they may consider all the evidence relating to the similar acts in considering whether the accused is guilty of the act in question.

un jury est l'approche «cumulative» ou approche de la «mise en commun». Par conséquent, en règle générale, lorsqu'une preuve de faits similaires est produite pour établir l'identité, il faudrait donner aux jurés la directive qu'une fois qu'ils ont conclu à l'existence d'une probabilité suffisante que la même personne a commis les actes similaires allégués, ils peuvent tenir compte de tous les éléments de preuve se rapportant aux actes similaires pour décider si l'accusé est coupable de l'acte en question.

2. Use of Evidence Underlying a Prior Acquittal as Similar Fact Evidence in a Subsequent Proceeding Against the Same Accused

2. L'utilisation d'une preuve sous-tendant un acquittement antérieur en tant que preuve de faits similaires dans des poursuites subséquentes contre le même accusé

Finally, the appellant relies upon cases in which the Crown was prohibited from adducing as similar fact evidence in a subsequent trial of the same accused, testimony given in proceedings in which the accused was acquitted. See, e.g., *R. v. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459 (Ont. C.A.); *R. v. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (Ont. C.A.); *R. v. M. (R.A.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 459 (Man. C.A.); *N. (R.S.)*, *supra*; *R. v. Merdsoy* (1994), 91 C.C.C. (3d) 517 (Nfld. C.A.). The appellant contends that these cases conflict with the basic concept that similar fact evidence is available for use on the basis that two offences were likely committed by the same person. The appellant submits that if a conviction is obtained on one count in a multi-count indictment but the accused is acquitted on the other count, then the conclusion must be that the same person did not commit both offences, and the conviction is tainted to the extent that it was based on the similar fact evidence. As the appellant points out, the problem of inconsistent verdicts would disappear if the jury were directed, at the outset of their deliberations, to decide beyond a reasonable doubt whether both offences were committed by the same person. This approach fuses the two counts together as a necessary consequence of using similar fact evidence, so that the counts must stand or fall together.

En dernier lieu, l'appelant invoque des arrêts 76
dans lesquels il a été interdit au ministère public de produire, en tant que preuve de faits similaires, dans un procès subséquent intenté contre le même accusé, des témoignages faits dans des poursuites s'étant soldées par l'acquittement de l'accusé. Voir, par exemple, *R. c. Cullen* (1989), 52 C.C.C. (3d) 459 (C.A. Ont.); *R. c. Verney* (1993), 87 C.C.C. (3d) 363 (C.A. Ont.); *R. c. M. (R.A.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 459 (C.A. Man.); *N. (R.S.)*, précité; *R. c. Merdsoy* (1994), 91 C.C.C. (3d) 517 (C.A.T.-N.). L'appelant soutient que ces arrêts sont incompatibles avec l'idée fondamentale qu'une preuve de faits similaires peut être utilisée parce que deux infractions ont probablement été commises par la même personne. L'appelant prétend que, si un accusé est déclaré coupable d'un des deux chefs d'un acte d'accusation mais qu'il est acquitté de l'autre chef, il faut alors conclure que les deux infractions n'ont pas été commises par la même personne, et la déclaration de culpabilité est viciée dans la mesure où elle reposait sur une preuve de faits similaires. Comme le souligne l'appelant, le problème des verdicts incompatibles disparaîtrait si l'on invitait le jury, au début de ses délibérations, à décider hors de tout doute raisonnable si les deux infractions ont été commises par la même personne. Cette approche a pour effet de fondre ensemble les deux chefs d'accusation en tant que conséquence nécessaire de l'utilisation d'une preuve de faits similaires, de sorte que le sort des deux chefs d'accusation doit être le même.

77 Those cases which have restricted the use of evidence underlying an acquittal as similar fact evidence in a subsequent trial of the same accused have done so on the basis of this Court's decision in *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810. Lamer J. wrote for the majority of the Court, at p. 825:

> There are not different kinds of acquittals and, on that point, I share the view that "as a matter of fundamental policy in the administration of the criminal law it must be accepted by the Crown in a subsequent criminal proceeding that an acquittal is the equivalent to a finding of innocence". . . . To reach behind the acquittal, to qualify it, is in effect to introduce the verdict of "not proven", which . . . has never been . . . part of our law.
>
> . . .
>
> However, this does not mean that, for the purpose of the application of the doctrine of *res judicata*, the Crown is estopped from re-litigating all or any of the issues raised in the first trial. But it does mean that any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused. . . .

78 The principle enunciated in *Grdic* is fundamental to our system of justice. It seeks to ensure that an accused need not repeatedly defend himself against the same allegations. Nevertheless, in certain circumstances, the fact of an accused's prior acquittal may have relevance to an ultimate issue in a subsequent trial. For example, in *R. v. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, the accused was charged with obtaining money by false pretences. He had obtained funds in exchange for a cheque that was later dishonoured. The accused was acquitted at his first trial on the basis that when he gave the cheque to the complainant, he expected to receive funds to cover it. The accused was later again indicted with obtaining money by false pretences, and at his second trial the Crown adduced the evidence of the first complainant as relevant to the accused's guilty state of mind. The court held that the evidence was properly admissible. As Widgery J.

Dans les décisions où on a limité l'utilisation d'une preuve sous-tendant un acquittement comme preuve de faits similaires dans un procès subséquent contre le même accusé, le tribunal s'est fondé sur l'arrêt de notre Cour *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810. Le juge Lamer a écrit ceci, au nom de la majorité, à la p. 825:

> Il n'existe pas différentes sortes d'acquittements et, à cet égard, je souscris au point de vue selon lequel [TRADUCTION] «le ministère public doit accepter en tant que principe fondamental de l'administration du droit criminel que, dans une poursuite criminelle subséquente, un acquittement équivaut à une déclaration d'innocence» [. . .] Aller au-delà de l'acquittement pour le qualifier revient en fait à introduire le verdict de «non prouvé» qui [. . .] n'[. . .]a jamais fait partie [. . .] de notre droit.
>
> . . .
>
> Toutefois, cela ne signifie pas qu'aux fins de l'application de la doctrine de la *res judicata*, la poursuite ne peut rouvrir certaines ou toutes les questions soulevées au premier procès. Mais cela signifie effectivement que toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittement est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé. . .

Le principe énoncé dans l'arrêt *Grdic* est fondamental pour notre système de justice. Il vise à faire en sorte qu'un accusé ne soit pas obligé de se défendre à répétition contre les mêmes allégations. Néanmoins, dans certaines circonstances, le fait qu'un accusé ait, dans le passé, été acquitté d'accusations pesant contre lui peut être pertinent à l'égard d'une question fondamentale dans un procès subséquent. Par exemple, dans *R. c. Ollis*, [1900] 2 Q.B. 758, l'inculpé était accusé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants. Il avait obtenu des fonds en échange d'un chèque qu'on avait par la suite refusé d'accepter. Au terme du premier procès, l'accusé avait été acquitté pour le motif que, lorsqu'il avait remis le chèque au plaignant, il s'attendait à recevoir des fonds couvrant le chèque. Par la suite, l'accusé a de nouveau été inculpé d'avoir obtenu de l'argent par des faux-semblants et, au second procès, le ministère public a produit le témoignage du premier plaignant en tant que preuve pertinente à l'égard de l'état d'esprit coupable de l'accusé. La cour a statué que la

stated in *G. (an infant) v. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271 (Q.B.), at p. 276:

> ... it may well happen that evidence relating to the charge giving rise to the acquittal will be called on the subsequent charge, but, if it is so called, it will be called because it has relevance to the subsequent charge quite independently of any question whether the accused was guilty or innocent on the first charge. [Emphasis added.]

On the basis of this reasoning, the evidence of the prior acquittal in *Ollis* was correctly admitted. It was admitted to prove intent. Even if the accused was acquitted of the first charge, the fact that he had been tried on similar charges once before went to his knowledge of wrongdoing irrespective of his guilt on the first charge. The fact of his prior trial and acquittal could be admitted for this limited purpose, but would of course require a careful instruction from the trial judge. Yet, in most situations, it will be unfair and inappropriate to admit the evidence underlying the prior acquittal as similar fact evidence in a subsequent trial of the same accused.

Even so, I cannot accept the proposition that the principle set out in *Grdic*, *supra*, applies to verdicts rendered by the same trier of fact in respect of charges tried together in a single proceeding. There is nothing unfair or logically irreconcilable about a jury having reasonable doubt whether the accused committed an act while also finding that it is likely that he committed it. There may very well be good reasons to exclude similar fact evidence underlying a prior acquittal in a subsequent proceeding. However, the principle has no application where the alleged similar acts are the subject of a multi-count indictment. There a careful instruction from the trial judge will be required. It will be necessary to explain to the jury that evidence adduced on one count upon which the jury would acquit

preuve était admissible. Comme l'a affirmé le juge Widgery dans *G. (an infant) c. Coltart*, [1967] 1 All E.R. 271 (Q.B.), à la p. 276:

> [TRADUCTION] ... il peut bien arriver que la preuve relative à l'accusation qui s'est soldée par un acquittement soit produite relativement à l'accusation subséquente, mais, si tel est le cas, cette preuve sera produite parce qu'elle est pertinente à l'égard de l'accusation subséquente, indépendamment de la question de savoir si l'accusé était innocent ou coupable de la première accusation. [Je souligne.]

Suivant ce raisonnement, la preuve de l'acquittement antérieur a été à bon droit admise dans *Ollis*. Elle a été admise pour prouver l'intention. Même si l'accusé avait été acquitté de la première accusation, le fait qu'il avait déjà subi un procès relativement à des accusations similaires se rapportait à sa connaissance d'un acte fautif, indépendamment de sa culpabilité relativement à la première accusation. Son procès et son acquittement antérieurs pouvaient être admis pour cette fin limitée, mais ils exigeaient évidemment des directives minutieuses de la part du juge du procès. Néanmoins, dans la plupart des situations, il sera injuste et inopportun d'admettre une preuve sous-tendant l'acquittement antérieur en tant que preuve de faits similaires dans un procès subséquent contre le même accusé.

Malgré cela, je ne puis accepter la thèse voulant 79
que le principe énoncé dans l'arrêt *Grdic*, précité, s'applique aux verdicts rendus par le même juge des faits relativement à des accusations jugées ensemble dans un même procès. Il n'y a rien d'injuste ou de logiquement irréconciliable dans le fait qu'un jury ait un doute raisonnable sur la question de savoir si l'accusé a commis un acte, mais arrive également à la conclusion que l'accusé a probablement commis cet acte. Il peut très bien exister de bonnes raisons d'exclure une preuve de faits similaires sous-tendant un acquittement antérieur dans une poursuite subséquente. Toutefois, ce principe ne s'applique pas lorsque les actes similaires allégués font l'objet d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs. Dans ces cas, le juge du procès devra donner des directives minutieuses au jury. Il est nécessaire d'expliquer au jury que la preuve produite relativement à un chef d'accusation à l'égard duquel celui-ci prononce un acquitte-

may be used in assessing the liability on another count or counts.

80 In summary, where similar fact evidence is admitted to prove identity in a multi-count indictment situation, a proper charge to the jury should include the following factors considered by Martin J.A. in *Simpson*, *supra*, and by this Court in *Sweitzer*, *supra*, and *D. (L.E.)*, *supra*:

(1) The trial judge should instruct the jury that they may find from the evidence, though they are not required to do so, that the manner of the commission of the offences is so similar that it is likely they were committed by the same person.

(2) The judge should then review the similarities between the offences.

(3) The jury should then be instructed that if they conclude it is likely the same person committed more than one of the offences, then the evidence on each of those counts may assist them in deciding whether the accused committed the other similar count or counts.

(4) The trial judge must instruct the jury that if it accepts the evidence of the similar acts, it is relevant for the limited purpose for which it was admitted.

(5) The jury must be warned that they are not to use the evidence on one count to infer that the accused is a person whose character or disposition is such that he or she is likely to have committed the offence or offences charged in the other count or counts.

(6) If they do not conclude that it is likely the same person committed the similar offences, they must reach their verdict by considering the evidence related to each count separately, and put out of their minds the evidence on any other count or counts.

ment peut être utilisée pour décider de la culpabilité à l'égard d'un ou plusieurs autres chefs.

En résumé, lorsqu'une preuve de faits similaires est admise pour établir l'identité dans le cadre d'un acte d'accusation comportant plusieurs chefs, un bon exposé au jury devrait inclure les facteurs suivants, qui ont été examinés par le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *Simpson*, précité, et par notre Cour dans les arrêts *Sweitzer* et *D. (L.E.)*, précités:

(1) Le juge du procès devrait dire aux jurés qu'ils peuvent conclure, à la lumière de la preuve — quoique rien ne les oblige à le faire — que le mode de perpétration des infractions présente des similitudes telles qu'il est probable qu'elles ont été commises par la même personne.

(2) Le juge du procès devrait ensuite passer en revue les similitudes entre les infractions.

(3) Puis, le juge du procès devrait dire aux jurés que, s'ils concluent qu'il est probable que la même personne a commis plus d'une des infractions, alors la preuve relative à chacun de ces chefs d'accusation peut les aider à décider si l'accusé a commis les autres chefs d'accusation similaires.

(4) Le juge du procès doit dire aux jurés que, s'ils acceptent la preuve des actes similaires, cette preuve est pertinente, mais uniquement à l'égard de la fin limitée pour laquelle elle a été admise.

(5) Les jurés doivent être avertis qu'ils ne peuvent pas utiliser la preuve relative à un chef d'accusation pour inférer que l'accusé est une personne possédant une nature ou une disposition telle qu'elle a probablement commis les infractions reprochées dans les autres chefs d'accusation.

(6) Si les jurés ne concluent pas qu'il est probable que la même personne a commis les infractions similaires, ils doivent rendre leur verdict en examinant la preuve relative à chaque chef d'accusation séparément, et faire abstraction de la preuve relative aux autres chefs d'accusation.

(7) Finally, the trial judge must of course make it clear that the accused must not be convicted on any count unless the jury are satisfied beyond a reasonable doubt that he or she is guilty of that offence.

3. Application to this Appeal

The trial judge's charge to the jury, based on *Simpson*, *supra*, that if they concluded both counts were likely committed by the same person, they could use the evidence on each count to assist in deciding the appellant's guilt on both counts does not offend s. 7 or s. 11(*d*) of the *Charter*. The additional charge instructing the jury to decide whether the appellant was guilty of the Umphrey murder and to decide whether both counts were committed by one person before using the evidence on both counts in respect of either count could not have prejudiced the accused. This ground of appeal must therefore fail.

C. *Admissibility of Hair Samples*

The appellant contends that the taking of his hair samples and their subsequent use in the Umphrey murder investigation infringed his rights under s. 7 and s. 8 of the *Charter*, and that the impugned evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The appellant argues that the relevant time for determining whether there was a seizure in this case was July 26, 1990, when the appellant consented to give scalp and pubic hair samples in connection with the investigation of the Blanchard murder. The appellant contends that this consent did not extend to the storage and subsequent use of the hair samples in the Umphrey investigation, and thus the seizure of the samples for a purpose beyond the scope of the original consent is unlawful.

(7) Enfin, le juge du procès doit évidemment indiquer clairement aux jurés qu'ils ne doivent déclarer l'accusé coupable d'un chef d'accusation que s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable de l'infraction en question.

3. L'application au présent pourvoi

La directive qu'a donnée le juge du procès aux jurés en se fondant sur l'arrêt *Simpson*, précité, — c'est-à-dire que s'ils concluaient que les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation avaient probablement été commises par la même personne, ils pouvaient utiliser la preuve relative à chaque chef pour statuer sur la culpabilité de l'accusé à l'égard des deux chefs d'accusation —, ne porte atteinte ni à l'art. 7 ni à l'al. 11*d*) de la *Charte*. La directive supplémentaire indiquant aux jurés de décider si l'accusé était coupable du meurtre de Mme Umphrey et si les infractions reprochées dans les deux chefs d'accusation avaient été commis par une seule et même personne avant d'utiliser la preuve relative aux deux chefs à l'égard de l'un et l'autre chef ne peut pas avoir causé préjudice à l'accusé. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté. 81

C. *L'admissibilité des échantillons de cheveux et de poils*

L'appelant soutient que le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils et leur utilisation subséquente dans le cadre de l'enquête sur le meurtre de Mme Umphrey ont porté atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*, et que la preuve contestée aurait dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. L'appelant affirme que la date pertinente pour décider s'il y a eu saisie en l'espèce est le 26 juillet 1990, date à laquelle il a consenti à fournir des échantillons de cheveux et de poils pubiens dans l'enquête sur le meurtre de Mme Blanchard. Il prétend que ce consentement ne s'appliquait pas à l'entreposage des échantillons et à leur utilisation subséquente dans l'enquête sur le meurtre de Mme Umphrey, et donc que la saisie des échantillons à une fin qui dépasse l'étendue du consentement initial est illégale. 82

83 The appellant further argues that even if this Court finds the relevant time for determining whether there was a seizure is March 16, 1993 when the police seized the samples from the RCMP laboratory pursuant to a search warrant, an invalid consent on July 26, 1990 would undermine the lawfulness of the warrant. The police would not have grounds to "re-possess" the hair samples for use in the Umphrey investigation if their use was limited to the Blanchard investigation. Thus any seizure under the search warrant would also violate s. 8 of the *Charter*.

L'appelant plaide en outre que, même si notre Cour conclut que la date pertinente pour décider s'il y a eu saisie est le 16 mars 1993, date à laquelle des policiers ont saisi en vertu d'un mandat de perquisition les échantillons conservés par le laboratoire de la GRC, l'invalidité du consentement donné le 26 juillet 1990 saperait la légalité du mandat. Les policiers n'auraient alors pas été justifiés de «reprendre possession» des échantillons de cheveux et de poils pour les utiliser dans l'enquête sur la mort de Mme Umphrey si l'utilisation de ces échantillons était restreinte à l'enquête sur la mort de Mme Blanchard. Par conséquent, la saisie effectuée en vertu du mandat de perquisition violerait également l'art. 8 de la *Charte*.

84 Both the appellant's submissions are based upon his position that the taking of the samples for purposes beyond the scope of the consent he gave in 1990 constitutes an unlawful seizure. As Iacobucci J. stated for the majority in *Borden*, *supra*, at p. 160, a seizure occurs whenever there is a non-consensual taking by state officials of an item in which the citizen has a reasonable expectation of privacy. See also *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417. Where the police seek to obtain blood or hair samples from a suspect, the expectation of privacy with respect to bodily integrity is clear. Thus, where the police do not possess statutory authority to demand such a sample, it can only be taken with the consent of the suspect.

Les deux arguments de l'appelant reposent sur sa thèse que le prélèvement des échantillons à des fins qui dépassent l'étendue du consentement donné en 1990 constitue une saisie illégale. Comme l'a déclaré le juge Iacobucci pour la majorité dans *Borden*, précité, à la p. 160, il y a saisie chaque fois que l'État prend, sans le consentement d'un citoyen, un bien appartenant à ce dernier et à l'égard duquel il a une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Voir aussi *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417. Lorsque des policiers cherchent à obtenir des échantillons de sang ou des échantillons de cheveux et de poils d'un suspect, l'existence d'attentes en matière de respect de la vie privée en ce qui concerne l'intégrité physique est claire. Par conséquent, lorsque les policiers ne sont pas autorisés par la loi à exiger de tels échantillons, ceux-ci ne peuvent être prélevés qu'avec le consentement du suspect.

85 Iacobucci J. writing for the majority in the *Borden* case carefully considered the meaning of consent. In that case, two sexual assaults occurred within a few months of each other. The accused was arrested for the second assault. The accused complied with a police request to provide hair and blood samples in connection with the second assault. However, the police hoped to use the blood sample to establish through DNA testing that the accused was the assailant in the first assault. The accused was given virtually no indication that the samples were also being sought in

Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité dans l'arrêt *Borden*, le juge Iacobucci a examiné attentivement le sens du mot consentement. Dans cette affaire, deux agressions sexuelles avaient été commises en l'espace de quelques mois. L'accusé avait été appréhendé relativement à la seconde agression. À la demande des policiers, il avait consenti à fournir des échantillons de cheveux et de poils ainsi qu'un échantillon de sang relativement à cette agression. Cependant, les policiers souhaitaient utiliser l'échantillon de sang pour prouver, au moyen d'une analyse génétique,

connection with the first assault. The majority held that there is a "link between the scope of a valid consent and the scope of the accused's knowledge in relation to the consequences of that consent" (at p. 163). Iacobucci J. observed that for the waiver to be valid the person purporting to consent must have sufficient information to give a valid consent. It was put in this way at pp. 162-63:

In order for a waiver of the right to be secure against an unreasonable seizure to be effective, the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation for a true relinquishment of the right. A right to choose requires not only the volition to prefer one option over another, but also sufficient available information to make the preference meaningful. . . .

. . . [There is] a link between the scope of a valid consent and the scope of the accused's knowledge in relation to the consequences of that consent.

He went on to conclude, at pp. 164-65, that:

It was incumbent on the police, at a minimum, to make it clear to the respondent that they were treating his consent as a blanket consent to the use of the sample in relation to other offences in which he might be a suspect. I express no opinion on the question of whether there would have been a seizure if the intention of the police to use the sample in respect of the [earlier] assault case, and the subsequent appropriation of the sample for that purpose, did not exist until some time after the seizure of the blood for use in the [later] case. . . .

The degree of awareness of the consequences of the waiver of the s. 8 right required of an accused in a given case will depend on its particular facts. Obviously, it will not be necessary for the accused to have a detailed comprehension of every possible outcome of his or her consent. However, his or her understanding should include the fact that the police are also planning to use the product of the seizure in a different investigation from the one for which he or she is detained.

que l'accusé était l'auteur de la première agression. L'accusé n'avait reçu à toutes fins utiles aucune indication que ces échantillons étaient également demandés relativement à la première agression. Les juges de la majorité ont statué qu'il existe un «lien entre l'étendue d'un consentement valide et l'étendue de la connaissance qu'a l'accusé des conséquences de ce consentement» (à la p. 163). Le juge Iacobucci a fait remarquer que, pour que la renonciation soit valide, la personne qui est censée donner son consentement doit posséder suffisamment de renseignements pour donner un consentement valide. Il s'est exprimé en ces termes, aux pp. 162 et 163:

Pour que la renonciation au droit à la protection contre les saisies abusives soit réelle, la personne qui est censée donner son consentement doit disposer de tous les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit. Le droit de choisir exige non seulement que la personne puisse exercer sa volonté de préférer une solution à une autre, mais aussi qu'elle possède suffisamment de renseignements pour faire un choix utile. . .

. . . [Il existe un] lien entre l'étendue d'un consentement valide et l'étendue de la connaissance qu'a l'accusé des conséquences de ce consentement.

Il a ensuite tiré les conclusions suivantes, aux pp. 164 et 165:

Il leur incombait [aux policiers] à tout le moins de dire clairement à l'intimé qu'ils considéraient son consentement comme un consentement général à l'utilisation de l'échantillon relativement à d'autres infractions dont il pourrait être soupçonné. Je ne me prononce pas sur la question de savoir s'il y aurait eu saisie si les policiers n'avaient eu l'intention d'utiliser l'échantillon pour [la première] agression d'octobre, et l'avaient ensuite pris à cette fin, qu'après avoir saisi le sang pour l'utiliser dans [la seconde] affaire. . .

Le degré de conscience qu'un accusé doit avoir des conséquences d'une renonciation au droit qui lui est garanti par l'art. 8 dépend des faits particuliers de chaque cas. Évidemment, il ne sera pas nécessaire que l'accusé ait une compréhension approfondie de chacune des répercussions possibles de son consentement. Toutefois, il devrait comprendre notamment que les policiers comptent utiliser le produit de la saisie dans une enquête portant sur une infraction différente de celle pour laquelle il est détenu.

Thus the general principle to be taken from *Borden* is that the scope of a valid consent may be limited by the extent of the accused's knowledge and the information given to the accused as to the consequences of giving his consent. The majority specifically left open the issue raised by the appellant in this case.

86 It is noteworthy that both Lamer C.J. (Gonthier J. concurring) and McLachlin J. expressed an opinion on this issue in *obiter*. As Lamer C.J. stated, at pp. 153-54:

> While I do not think it necessary or desirable to deal with the broader question of what is required for a valid consent, I agree with Iacobucci J. that the individual must be told about the anticipated purpose known to the police when the consent is requested.
>
> However, in agreeing, I would not wish to be taken as accepting the general proposition that the consent, once validly given in the criminal law context, constrains the uses that may be made of the sample or the results of analysis thereof. Such an approach runs the risk of considering investigations and consents to searches and seizures in watertight compartments. [Emphasis added.]

McLachlin J., in short concurring reasons, agreed with the Chief Justice that the individual must be informed of the "anticipated purpose known to the police when the consent is requested" (at p. 171), but confined that observation to the facts of the *Borden* case. She noted, at p. 171, that there is an important public interest in allowing the police to correlate evidence obtained on one offence with other outstanding offences. In this regard, the comments of the Law Reform Commission in its Working Paper No. 34 on *Investigative Tests* (1984), at pp. 68-69, are apposite:

> . . . we are inclined to believe that the destruction of some records . . . is more likely to hamper the legitimate function of the police in the detection of crime and the protection of society as a whole than to constitute a useful and valuable safeguard for the privacy of innocent

Par conséquent, le principe général qui se dégage de l'arrêt *Borden* est que l'étendue d'un consentement valide peut être limitée par l'étendue de la connaissance qu'a l'accusé et par l'information qui lui est donnée quant aux conséquences du consentement. Les juges majoritaires ont explicitement laissé en suspens la question soulevée par l'appelant dans cette affaire.

Il convient de souligner que le juge en chef Lamer (avec l'appui du juge Gonthier) et le juge McLachlin ont exprimé une opinion sur cette question dans des remarques incidentes. Comme l'a dit le juge en chef Lamer, aux pp. 153 et 154:

> Bien que je ne croie pas qu'il soit nécessaire ou souhaitable d'examiner la question plus générale des conditions requises pour un consentement valide, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que l'individu doit être informé de l'objectif visé et déjà connu des policiers lorsqu'ils lui demandent son consentement.
>
> Toutefois, je ne voudrais pas que l'on considère que cela signifie que je souscris au principe général voulant qu'une fois qu'il est donné validement dans le contexte du droit criminel, le consentement restreint les usages qui peuvent être faits de l'échantillon ou des résultats de son analyse. Une telle approche risque d'entraîner une analyse compartimentée des enquêtes et des consentements donnés à des fouilles, perquisitions et saisies. [Je souligne.]

Dans de brefs motifs concordants, le juge McLachlin a convenu avec le Juge en chef que l'individu doit être informé de l'«objectif visé et déjà connu des policiers lorsqu'ils lui demandent son consentement» (à la p. 171), mais a confiné cette observation aux faits de l'affaire *Borden*. À la p. 171, elle a souligné que sert un intérêt public important le fait de permettre aux policiers de mettre la preuve obtenue relativement à une infraction en corrélation avec d'autres infractions non résolues. À cet égard, les commentaires faits par la Commission de réforme du droit, à la p. 76 de son Document de travail 34 intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984), sont pertinentes:

> Nous pensons qu'il est vraisemblable, au contraire, que la destruction de certains dossiers dans de telles circonstances pourrait nuire à la police dans l'exercice de son rôle légitime qui est de détecter la criminalité et de protéger l'ensemble de la société au lieu de constituer une

individuals. Fingerprint records . . . might be crucial in the investigation of serious offences committed by persons who for one reason or another have escaped conviction for other offences of which they were in fact guilty. Where they have been reasonably and lawfully obtained, can it be said that their retention "unreasonably or arbitrarily (interferes) with individual rights and freedoms . . ."?

garantie utile et valable du droit des gens honnêtes à leur vie privée. Les copies authentiques d'empreintes digitales, par exemple, peuvent avoir une importance capitale quand l'investigation porte sur des crimes graves qui sont commis par des personnes qui, quelle que soit la raison, n'ont pas été reconnues coupables d'infractions dont elles étaient en fait coupables. Peut-on affirmer que la conservation des copies authentiques d'empreintes digitales obtenues légalement et d'une manière raisonnable «(empiète) de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes . . .»?

Nevertheless decisions of this court make it clear that if consent to the provision of bodily samples is to be valid it must be an informed consent. That is to say persons consenting must be aware of their rights and as far as possible the consequences of their consent. See *Borden*, *supra*, at pp. 161-62; and *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 624. Yet if neither the police nor the consenting person limit the use which may be made of the evidence then, as a general rule no limitation or restriction should be placed on the use of that evidence. As Iacobucci J. explained in *Borden*, *supra*, at p. 164, "it will not be necessary for the accused to have a detailed comprehension of every possible outcome of his or her consent" in order for the consent to be valid.

87 Néanmoins, les arrêts de notre Cour indiquent clairement que, pour que le consentement au prélèvement d'échantillons de substances corporelles soit valide, il doit reposer sur un consentement éclairé. En d'autres mots, les personnes qui donnent ce consentement doivent être au courant de leurs droits et, autant que possible, des conséquences de leur consentement. Voir *Borden*, précité, aux pp. 161 et 162; et *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 624. Toutefois, si ni les policiers ni la personne qui donne son consentement ne limitent l'utilisation qui peut être faite de l'élément de preuve, alors, en règle générale, l'utilisation de cet élément de preuve ne devrait être assortie d'aucune limite ou restriction. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci dans *Borden*, précité, à la p. 164, «il ne sera pas nécessaire que l'accusé ait une compréhension approfondie de chacune des répercussions possibles de son consentement» pour que le consentement soit valide.

I agree that the obligation imposed on the police in obtaining a valid consent extends only to the disclosure of those anticipated purposes known to the police at the time the consent was given. To impose any greater obligation could, as the Chief Justice explained, at p. 154, "permit the construction of what would amount to elaborate evidentiary privileges based upon either the purposes for which the evidence was originally obtained or upon the information supplied at the time consent was given". This view accords with the majority's finding, at p. 164, that "it will not be necessary for the accused to have a detailed comprehension of

88 J'admets que l'obligation faite aux policiers d'obtenir un consentement valide ne concerne que la divulgation des objectifs visés et déjà connus des policiers lorsque le consentement est donné. Imposer une obligation plus grande pourrait, comme l'a expliqué le Juge en chef, à la p. 154, «permettre d'interpréter l'équivalent de privilèges complexes relatifs à la preuve en fonction des fins pour lesquelles la preuve a tout d'abord été obtenue ou des renseignements qui ont été fournis au moment où le consentement a été donné». Ce point de vue est compatible avec la conclusion des juges majoritaires, à la p. 164, qu'«il ne sera pas nécessaire que l'accusé ait une compréhension approfondie de chacune des répercussions possibles de

every possible outcome of his or her consent" in order for the consent to be valid.

89 In the absence of any limitation placed by the police or the consenting party on the use to be made of the hair sample, there is nothing inherently unfair or illegal about the police retaining evidence obtained in connection with one investigation and using it in connection with a later investigation which was not anticipated by the police at the time the consent was given. The police in this case could not possibly have foreseen that 30 months after they had lawfully obtained the appellant's hair samples, the appellant would again be the suspect in another homicide. Moreover, at the time the samples were taken, the appellant was clearly informed that if the police gathered "any evidence as a result of that hair sample, [it would be used] in court" (emphasis added). Thus it is apparent that the appellant's consent was not limited in any way, nor was it vitiated through a lack of knowledge as to the consequences of that consent. The seizure of his hair samples in 1990 was both lawful and reasonable.

90 In my view, once the appellant's hair samples were taken by the police with the unconditional and reasonably informed consent of the appellant, he ceased to have any expectation of privacy in them. As the learned trial judge stated in his ruling on admissibility of the evidence obtained from the hair samples:

> It is, in my view, both illogical and undesirable to suggest that when a body sample, be it hair or blood, is voluntarily surrendered to the police with full recognition that it is to be used in the course of investigation that there continues to be any expectation of privacy extending to the "informational content" of that sample. In my view, no such expectation real or implied existed. . . .

son consentement» pour que le consentement soit valide.

En l'absence de toute restriction dont les policiers ou la partie donnant son consentement auraient assorti l'utilisation devant être faite des échantillons de cheveux ou de poils, il n'y a rien d'intrinsèquement injuste ou illégal dans le fait de permettre à des policiers de conserver des éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une enquête donnée et de les utiliser dans une enquête subséquente qui n'était pas prévue au moment où le consentement a été donné. En l'espèce, les policiers ne pouvaient pas vraiment prévoir que, 30 mois après avoir obtenu légalement les échantillons de poils et de cheveux de l'appelant, ce dernier serait de nouveau un suspect dans une autre affaire d'homicide. De plus, au moment du prélèvement des échantillons, l'appelant a été clairement informé que, si les policiers recueillaient [TRADUCTION] «quelque élément de preuve grâce à cet échantillon de cheveux et de poils, [cet élément serait utilisé] devant les tribunaux» (je souligne). Par conséquent, il est évident que le consentement de l'appelant n'était assorti d'aucune limite et qu'il n'était pas vicié par sa méconnaissance des conséquences de ce consentement. La saisie des échantillons de cheveux et de poils en 1990 était légale et raisonnable.

À mon avis, une fois les échantillons de cheveux et de poils prélevés par les policiers avec le consentement inconditionnel et raisonnablement éclairé de l'accusé, celui-ci a cessé d'avoir à leur égard des attentes en matière de respect de sa vie privée. Comme l'a déclaré le juge du procès dans sa décision sur l'admissibilité de la preuve tirée des échantillons de cheveux et de poils:

> [TRADUCTION] À mon avis, il est illogique et inacceptable de prétendre que la personne qui donne volontairement aux policiers un échantillon d'une substance corporelle — qu'il s'agisse de cheveux, de poils ou de sang, en sachant parfaitement que cet échantillon sera utilisé dans le cadre d'une enquête — continue d'avoir des attentes en matière de respect de sa vie privée en ce qui a trait au «contenu informationnel» de cet échantillon. Selon moi, il n'existait aucune attente de la sorte, réelle ou implicite . . .

The trial judge considered the issue of the validity of the consent to the use of hair samples. He considered the consent to be valid and on the evidence before him he could properly reach that conclusion. In those circumstances his decision should be accepted.

However, for the purpose of this appeal, it is unnecessary to consider whether the appellant may have had a subsisting privacy interest in the samples or in the information that could be obtained from them after he gave his unconditional consent to the authorities to take the samples. The police seized the samples from the RCMP laboratory in 1993 pursuant to a search warrant. The appellant has argued that an invalid consent on July 26, 1990 would undermine the lawfulness of the warrant, yet the consent given in 1990 was valid in all respects, and the validity of the warrant has not been assailed in any other way. Thus, even if the appellant had a subsisting privacy interest in the hair samples, they were seized pursuant to a properly issued warrant. The validity of that warrant has not been directly challenged.

IV. Disposition

In the result, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: G. D. McKinnon, Q.C., Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Le juge du procès a examiné la question de la validité du consentement à l'utilisation des échantillons de cheveux et de poils. Il a estimé que le consentement était valide et, compte tenu de la preuve dont il disposait, il était fondé à tirer cette conclusion. Dans ces circonstances, sa décision devrait être acceptée.

Toutefois, pour les fins du présent pourvoi, il est 91
inutile de se demander si, après avoir consenti inconditionnellement au prélèvement des échantillons par les policiers, l'appelant a pu conserver un droit au respect de sa vie privée à l'égard de ces échantillons ou des renseignements susceptibles d'en être tirés. Les policiers ont saisi les échantillons au laboratoire de la GRC en 1993 en vertu d'un mandat de perquisition. L'appelant a plaidé que l'invalidité du consentement donné le 26 juillet 1990 saperait la légalité du mandat, mais le consentement donné en 1990 était valide à tous égards, et la validité du mandat n'a été attaquée d'aucune autre façon. Par conséquent, même si l'appelant avait encore quelque droit au respect de sa vie privée en ce qui concerne les échantillons de cheveux et de poils, ces échantillons ont été saisis en vertu d'un mandat décerné régulièrement. La validité de ce mandat n'a pas été contestée directement.

IV. Le dispositif

En définitive, le pourvoi est rejeté. 92

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: G. D. McKinnon, c.r., Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

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

M.R.M. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* M. (M.R.)

File No.: 26042.

1998: June 25; 1998: November 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Search and seizure in schools — Student at junior high school suspected of drug dealing and searched at school by vice-principal in presence of RCMP — Whether guarantee against unreasonable search and seizure applicable to searches of students in schools — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Schools — Student at junior high school suspected of drug dealing and searched at school by vice-principal in presence of RCMP — Illegal drugs found — Circumstances in which search by school officials unreasonable — Whether normal standards for search and seizure applicable in school situations — Whether evidence seized admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Detention — Schools — Student suspected of drug dealing compelled to attend at school official's office and to submit to search by vice-principal in presence of RCMP — Whether student detained within meaning of s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

A junior high school vice-principal was given reasonably reliable information from students that the accused, a student, was intending to sell drugs at a school function on school property. He asked the accused and his companion to come to his office where he asked each if they were in possession of drugs and advised them that he was going to search them. A plain-clothed RCMP constable, called by the vice-principal pursuant to school policy, was present but said nothing while the

M.R.M. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* M. (M.R.)

N° du greffe: 26042.

1998: 25 juin; 1998: 26 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Fouilles, perquisitions et saisies à l'école — Élève d'école secondaire de premier cycle soupçonné de trafic de drogue et fouillé à l'école par le directeur adjoint en présence de la GRC — La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives s'applique-t-elle aux fouilles d'étudiants à l'école? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Élève d'école secondaire de premier cycle soupçonné de trafic de drogue et fouillé à l'école par le directeur adjoint en présence de la GRC — Drogue illégale découverte — Circonstances dans lesquelles une fouille par un responsable d'école est abusive — Les normes habituelles en matière de fouille, perquisition et saisie s'appliquent-elles en contexte scolaire? — La preuve saisie est-elle admissible? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits – Détention — Écoles — Élève soupçonné de trafic de drogue forcé de se rendre au bureau d'un responsable d'école et d'y subir une fouille par le directeur adjoint en présence de la GRC — L'élève était-il détenu au sens de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Des élèves ont donné au directeur adjoint d'une école secondaire de premier cycle des renseignements raisonnablement dignes de foi, selon lesquels l'accusé, un autre élève, avait l'intention de vendre de la drogue lors d'une activité scolaire tenue à l'école. Le directeur adjoint a invité l'accusé et son compagnon à se rendre à son bureau où il a demandé à chacun d'eux s'ils étaient en possession de drogue, en les prévenant qu'il les fouillerait. Un agent de la GRC en tenue civile, appelé par le

vice-principal spoke to the students and searched them. The vice-principal seized a hidden cellophane bag of marijuana and gave it to the constable who advised the accused that he was under arrest for possession of a narcotic. The constable read to him the police caution and his right to counsel, and advised him that he had the right to contact a parent or adult. The accused attempted unsuccessfully to reach his mother by phone and stated that he did not wish to contact anyone else. The constable and the accused then went to the accused's locker and searched it but nothing was found there.

The trial judge found that the vice-principal was acting as an agent of the police and held that the search violated the accused's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He excluded the evidence found in the search. The Crown did not offer any further evidence, and the charge against the accused was dismissed. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. At issue here is when and in what circumstances a search by an elementary or secondary school official should be considered unreasonable and therefore in violation of the student's rights under the *Charter*.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.: The *Charter* guarantee against unreasonable search and seizure (s. 8) is engaged because schools constitute part of government.

The mere fact that there was cooperation between the vice-principal and the police and that a police officer was present during the search was not sufficient to suggest that the vice-principal was acting as an agent of the police. The search would have taken place without the presence of the police officer and was not materially different than it would have been had there been no police involvement.

To establish a violation of s. 8 of the *Charter*, the accused must first establish a reasonable expectation of privacy with respect to the relevant place. Given that the search was of the accused's person, the existence of a subjective expectation of privacy and the objective reasonableness of that expectation are important. A subjective expectation of privacy with respect to one's person

directeur adjoint conformément à la politique de l'école, était présent mais est resté muet pendant que le directeur adjoint parlait aux élèves et les fouillait. Le directeur adjoint a découvert et saisi un sac de cellophane contenant de la marijuana et l'a remis au policier qui a informé l'accusé qu'il était en état d'arrestation pour possession d'un stupéfiant. Le policier lui a fait lecture de la mise en garde policière et de son droit à l'assistance d'un avocat, et l'a avisé qu'il avait le droit de communiquer avec un parent ou un adulte. L'accusé a tenté en vain de joindre sa mère par téléphone et a déclaré qu'il ne souhaitait communiquer avec personne d'autre. Le policier et l'accusé se sont ensuite rendus au casier de l'accusé, qu'ils ont fouillé sans rien y trouver.

Le juge du procès a conclu que le directeur adjoint avait agi en qualité de mandataire de la police et que la fouille avait porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a écarté les éléments de preuve qu'elle avait permis de découvrir. Le ministère public n'a présenté aucun autre élément de preuve et l'accusation portée contre l'accusé a été rejetée. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Il s'agit, en l'espèce, de déterminer quand et dans quelles circonstances la fouille d'un élève par un responsable d'école élémentaire ou secondaire devrait être considérée comme abusive et donc contraire aux droits garantis à cet élève par la *Charte*.

Arrêt (le juge Major est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie: La protection de la *Charte* contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives (art. 8) s'applique parce que les écoles font partie du gouvernement.

Le seul fait qu'il y ait eu coopération entre le directeur adjoint et la police et qu'un policier ait assisté à la fouille n'est pas suffisant pour indiquer que le directeur adjoint agissait en qualité de mandataire de la police. La fouille aurait eu lieu sans le policier et elle n'était pas réellement différente de ce qu'elle aurait été s'il n'y avait eu aucune participation de la police.

Pour démontrer l'existence d'une violation de l'art. 8 de la *Charte*, l'accusé doit d'abord établir qu'il avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de l'endroit pertinent. Étant donné que c'est l'accusé qui a été fouillé, l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée et le caractère objectivement raisonnable de cette attente sont importants. L'attente sub-

has been historically recognized and is reasonable and is not rendered unreasonable merely by the student's presence at school. A reasonable expectation of privacy, however, may be diminished in some circumstances. It is lower for a student attending school than it would be in other circumstances because students know that teachers and school authorities are responsible for providing a safe school environment and maintaining order and discipline in the school. Students know that this may sometimes require searches of students and their personal effects and the seizure of prohibited items.

A different standard should be applied to searches by school authorities. Teachers and principals are placed in a position of trust that carries the onerous responsibilities of teaching and of caring for the children's safety and well-being. In order to teach, school officials must provide an atmosphere that encourages learning. The possession of illicit drugs and dangerous weapons at school challenges the ability of school officials to fulfill their responsibility. Current conditions require that teachers and school administrators be provided with the flexibility needed to deal with discipline problems in schools and to be able to act quickly and effectively. One of the ways in which school authorities may be required to react reasonably is by conducting searches of students and seizing prohibited items. Where the criminal law is involved, evidence found by a teacher or principal should not be excluded because the search would have been unreasonable if conducted by the police.

Under the general rule established by this Court, a search to be reasonable requires prior authorization (usually a warrant) and reasonable and probable grounds for the search. A search conducted without prior authorization is *prima facie* unreasonable. To require that a warrant or any other prior authorization be obtained for the search would clearly be impractical and unworkable in the school environment. Teachers and principals must be able to react quickly and effectively to problems that arise in school, to protect their students and to provide the orderly atmosphere required for learning. Their role is such that they must have the power to search. Further, students' expectation of privacy will be lessened while they attend school or a school function. This reduced expectation of privacy coupled with the need to protect students and provide a positive atmosphere for learning clearly indicate that a more lenient and flexible approach should be taken to searches conducted by

jective en matière de vie privée qui, par le passé, a été reconnue aux gens en ce qui concerne leur personne même est raisonnable et ne devient pas déraisonnable du seul fait que l'élève se trouve à l'école. L'attente raisonnable en matière de vie privée peut toutefois être réduite dans certaines circonstances. Dans le cas d'un élève à l'école, elle est moindre que celle qu'il aurait dans d'autres circonstances, car les élèves savent que leurs enseignants et autres autorités scolaires ont la responsabilité de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école. Ils savent que cela peut parfois commander la fouille d'élèves et de leurs effets personnels de même que la saisie d'articles interdits.

Une norme différente devrait s'appliquer aux fouilles effectuées par des autorités scolaires. Les enseignants et les directeurs occupent un poste de confiance qui comporte les lourdes responsabilités d'enseigner et de veiller à la sécurité et au bien-être des enfants. Aux fins de l'enseignement, les responsables d'une école doivent procurer une atmosphère propice à l'apprentissage. La possession de drogues illicites et le port d'armes dangereuses à l'école menacent la capacité des responsables d'une école de remplir leur devoir. Les conditions actuelles sont telles qu'il faut donner aux enseignants et aux administrateurs scolaires la souplesse nécessaire pour régler les problèmes de discipline à l'école et être en mesure d'agir rapidement et efficacement. L'une des façons dont les autorités scolaires peuvent être appelées à réagir raisonnablement consiste à fouiller des élèves et à saisir des articles interdits. En matière de droit criminel, la preuve découverte par un enseignant ou par un directeur ne devrait pas être écartée parce que la fouille aurait été abusive si elle avait été effectuée par la police.

Selon la règle générale établie par notre Cour, une perquisition ou une fouille doit, pour être raisonnable, avoir fait l'objet d'une autorisation préalable (habituellement sous forme de mandat), et reposer sur des motifs raisonnables et probables. Une perquisition ou fouille effectuée sans autorisation préalable est abusive à première vue. Exiger un mandat ou une autre autorisation préalable pour procéder à la fouille serait clairement peu pratique et irréalisable dans l'environnement scolaire. Les enseignants et les directeurs doivent pouvoir répondre rapidement et efficacement aux problèmes qui surgissent à l'école, afin de protéger leurs élèves et procurer l'atmosphère ordonnée propice à l'acquisition de connaissances. Leur rôle est tel qu'ils doivent pouvoir effectuer des fouilles. En outre, l'attente des élèves en matière de vie privée sera moindre pendant qu'ils sont à l'école ou participent à une activité scolaire. Cette attente réduite en matière de vie privée, conjuguée à la

teachers and principals than would apply to searches conducted by the police.

A search by school officials of a student under their authority need not be based upon reasonable and probable grounds. Rather, in these circumstances, a search may be undertaken if there are reasonable grounds to believe that a school rule has been or is being violated, and that evidence of the violation will be found in the location or on the person of the student searched. Searches undertaken in situations where the health and safety of students is involved may well require different considerations. All the circumstances surrounding a search must be taken into account in determining if the search is reasonable.

A teacher or principal should not be required to obtain a warrant to search a student and thus the absence of a warrant in these circumstances will not create a presumption that the search was unreasonable. A search of a student will be properly instituted in those circumstances where the teacher or principal conducting the search has reasonable grounds to believe that a school rule has been violated and the evidence of the breach will be found on the student. These grounds may well be provided by information received from just one student that the school authority considers credible. Alternatively the reasonable grounds may be based upon information from more than one student or from observations of teachers or principals, or from a combination of these pieces of information which considered together the relevant authority believes to be credible. The approach to be taken in considering searches by teachers may be summarized in this manner:

(1) A warrant is not essential in order to conduct a search of a student by a school authority.

(2) The school authority must have reasonable grounds to believe that there has been a breach of school regulations or discipline and that a search of a student would reveal evidence of that breach.

(3) School authorities will be in the best position to assess information given to them and relate it to the situation existing in their school. Courts should recognize the preferred position of school authorities to determine if reasonable grounds existed for the search.

nécessité de protéger les élèves et de leur procurer une atmosphère propice à l'acquisition de connaissances, indique clairement qu'il y a lieu d'adopter, à l'égard des fouilles effectuées par des enseignants et des directeurs, une attitude plus clémente et souple que dans le cas des fouilles effectuées par la police.

La fouille d'un élève par les responsables d'une école n'a pas à reposer sur des motifs raisonnables et probables. Au contraire, dans ces circonstances, ils peuvent effectuer cette fouille s'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une règle de l'école a été violée ou est en train de l'être, et que la preuve de cette violation se trouve dans les lieux ou sur la personne de l'élève fouillé. Les fouilles entreprises dans des cas où la santé et la sécurité des élèves est en cause peuvent bien nécessiter l'application d'autres facteurs. Pour déterminer si une fouille est raisonnable, il faut prendre en considération toutes les circonstances qui l'ont entourée.

Un enseignant ou un directeur ne devrait pas être tenu d'obtenir un mandat pour fouiller un élève, et, partant, l'absence de mandat dans ces circonstances ne crée pas de présomption de fouille abusive. L'enseignant ou le directeur qui a des motifs raisonnables de croire qu'une règle de l'école a été violée et que la preuve de cette violation peut être découverte sur l'élève même peut procéder légitimement à la fouille de ce dernier. Ces motifs peuvent bien résulter de renseignements reçus d'un seul élève que l'autorité scolaire juge crédible. Subsidiairement, les motifs raisonnables peuvent être fondés sur des renseignements émanant de plus d'un élève ou d'observations faites par des enseignants ou des directeurs, ou d'une combinaison de ces éléments d'information que l'autorité pertinente estime crédibles dans l'ensemble. La démarche à suivre pour examiner les fouilles effectuées par des enseignants peut se résumer ainsi:

(1) Il n'est pas essentiel que l'autorité scolaire obtienne un mandat pour fouiller un élève.

(2) L'autorité scolaire doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu manquement au règlement ou à la discipline de l'école et que la fouille d'un élève en apporterait la preuve.

(3) Les autorités scolaires sont les mieux placées pour évaluer les renseignements qui leur sont donnés et pour faire le lien entre ceux-ci et la situation qui existe dans leur école. Les tribunaux devraient reconnaître la situation privilégiée des autorités scolaires pour ce qui est de décider s'il existe des motifs raisonnables de procéder à la fouille.

(4) The following may constitute reasonable grounds in this context: information received from one student considered to be credible, information received from more than one student, a teacher's or principal's own observations, or any combination of these pieces of information which the relevant authority considers to be credible. The compelling nature of the information and the credibility of these or other sources must be assessed by the school authority in the context of the circumstances existing at the particular school.

The search conducted by school authorities must be reasonable, authorized by statute, and appropriate in light of the circumstances presented and the nature of the suspected breach of school regulations. The permissible extent of the search will vary with the gravity of the infraction that is suspected. The reasonableness of a search by teachers or principals in response to information received must be reviewed and considered in the context of all the circumstances presented including their responsibility for students' safety. The circumstances to be considered should also include the age and gender of the student.

The factors to be considered in determining whether a search conducted by a teacher or principal in the school environment was reasonable can be summarized in this manner:

1. The first step is to determine whether it can be inferred from the provisions of the relevant *Education Act* that teachers and principals are authorized to conduct searches of their students in appropriate circumstances. In the school environment such a statutory authorization would be reasonable.
2. The search itself must be carried out in a reasonable manner. It should be conducted in a sensitive manner and be minimally intrusive.
3. In order to determine whether a search was reasonable, all the surrounding circumstances will have to be considered.

This modified standard for reasonable searches should apply to searches of students on school property conducted by teachers or school officials within the scope of their responsibility and authority to maintain order, discipline and safety within the school. This standard will not apply to any actions taken which are beyond the scope of the authority of teachers or principals. Further, a different situation arises if the school authorities are acting as agents of the police where the normal standards will apply.

(4) Les exemples suivants peuvent constituer des motifs raisonnables dans ce contexte: des renseignements reçus d'un élève jugé crédible, des renseignements émanant de plus d'un élève, des observations d'un enseignant ou d'un directeur, ou d'une combinaison de ces éléments d'information que l'autorité pertinente juge crédibles. La nature convaincante des renseignements reçus et la crédibilité de ces sources ou celle d'autres sources doivent être évaluées par l'autorité scolaire en fonction de la situation qui existe dans l'école donnée.

La fouille exécutée par les autorités scolaires doit elle-même être raisonnable, autorisée par la loi et appropriée eu égard aux circonstances et à la nature du manquement au règlement de l'école, dont on soupçonne l'existence. L'étendue acceptable de la fouille variera selon la gravité de l'infraction dont on soupçonne l'existence. Le caractère raisonnable d'une fouille effectuée par des enseignants ou des directeurs à la suite de la communication de renseignements doit être examiné et apprécié en fonction de toutes les circonstances en cause, y compris la responsabilité qu'ils ont d'assurer la sécurité des élèves. Les circonstances à examiner devraient aussi comprendre l'âge et le sexe de l'élève.

Les facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si la fouille effectuée par un enseignant ou un directeur dans l'environnement scolaire était raisonnable peuvent se résumer ainsi:

1. Il faut d'abord déterminer s'il est possible de déduire des dispositions de la loi sur l'éducation pertinente que les enseignants et les directeurs sont autorisés à fouiller leurs élèves lorsque cela est indiqué. Dans l'environnement scolaire, cette autorisation légale serait raisonnable.
2. La fouille elle-même doit être effectuée de manière raisonnable. Elle devrait s'effectuer de manière délicate et être la moins envahissante possible.
3. Pour déterminer si une fouille était raisonnable, il faut examiner toutes les circonstances qui l'ont entourée.

Cette norme modifiée des fouilles raisonnables devrait s'appliquer aux fouilles d'élèves à l'école, effectuées par des enseignants ou des autorités scolaires conformément à leur responsabilité et à leur pouvoir de maintenir l'ordre, la discipline et la sécurité à l'école. Cette norme ne s'appliquera pas aux mesures qui excèdent l'autorité des enseignants ou des directeurs. En outre, la situation est différente si les autorités scolaires agissent en qualité de mandataires de la police, et, dans ce cas, les normes habituelles s'appliquent.

In the case at bar, the vice-principal was not acting as an agent of the police and the police officer himself did not carry out the search. The mere presence of the police officer was not sufficient to conclude that the officer was in fact the authority carrying out the search. The officer was at all times completely passive. The test applicable to searches conducted by teachers therefore applied. The search was by inference authorized by the provisions of the Nova Scotia *Education Act*. As a student the accused would have a reduced expectation of privacy. The vice-principal had reasonable grounds to believe that the accused was in breach of school regulations and that a search would reveal evidence of that breach. The search was conducted in a reasonable and sensitive manner. Taking into account all the circumstances, the search was not unreasonable and did not violate the accused's s. 8 rights.

This case dealt only with a search of students in an elementary or secondary school. No consideration has been given to searches made in a college or university setting.

The compelled attendance of a student at a principal's office or some other form of restraint by a school authority, even if it could be understood as falling within the strict terms of the definition of "detention", should not be considered as "detention" for the purposes of s. 10(*b*). This section was meant to apply to relations between individuals and the state, usually focused upon the investigation of a criminal offence, and not to relations between students and teachers. Its application in the school context is inappropriate and would lead to absurd results.

Per Major J. (dissenting): The actions of school officials as an extension of government are subject to the *Charter*. A student on school property has an expectation of privacy sufficient to engage s. 8 but that expectation is and should be lower than a member of the general public.

A warrantless search is *prima facie* unreasonable. To prove reasonableness, the Crown must demonstrate that the search was authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner. A warrantless search can be justified if: (1) the information predicting the crime was compelling; (2) the source was credible; and (3) the information was corroborated. These factors

En l'espèce, le directeur adjoint n'agissait pas en qualité de mandataire de la police et le policier n'a pas lui-même effectué la fouille. La seule présence du policier n'était pas suffisante pour conclure qu'il était en fait l'autorité qui procédait à la fouille. Le policier est demeuré complètement passif en tout temps. Le critère applicable aux fouilles effectuées par des enseignants s'appliquait donc. La fouille était implicitement autorisée par les dispositions de l'*Education Act* de la Nouvelle-Écosse. En sa qualité d'élève, l'accusé avait une attente réduite en matière de vie privée. Le directeur adjoint avait des motifs raisonnables de croire que l'accusé violait le règlement de l'école et qu'une fouille permettrait de le prouver. La fouille a été effectuée de manière raisonnable et délicate. Compte tenu de toutes les circonstances, la fouille n'était pas abusive et ne violait pas les droits garantis à l'accusé par l'art. 8.

Cette affaire ne porte que sur une fouille d'élèves exécutée dans une école élémentaire ou secondaire. On ne s'est pas penché sur le cas des fouilles effectuées dans des établissements de niveau collégial ou universitaire.

Même si le fait pour un élève de devoir se présenter au bureau du directeur ou d'être assujetti à quelque autre forme de contrainte de la part d'une autorité scolaire pouvait être perçu comme correspondant aux termes stricts de la définition du mot «détention», il n'y a pas lieu de considérer cela comme de la «détention» aux fins de l'application de l'al. 10*b*). Cette disposition est destinée à s'appliquer non pas aux rapports entre les élèves et les enseignants, mais plutôt aux rapports entre les particuliers et l'État, en ce qui a trait habituellement aux enquêtes relatives à une infraction criminelle. Son application dans le contexte scolaire n'est pas indiquée et entraînerait des résultats absurdes.

Le juge Major (dissident): Les actes que les responsables d'une école accomplissent, en tant que prolongement du gouvernement, sont assujettis à la *Charte*. L'attente en matière de vie privée d'un élève à l'école est suffisante pour déclencher l'application de l'art. 8, mais cette attente est et devrait être moindre que celle d'un membre du public en général.

Une fouille effectuée sans mandat est abusive à première vue. Pour établir le caractère raisonnable d'une fouille, le ministère public doit démontrer qu'elle était autorisée par une loi raisonnable et qu'elle a été effectuée d'une manière raisonnable. Une fouille sans mandat peut être justifiée (1) si les renseignements permettant de prévoir la perpétration du crime étaient convaincants,

should not be applied as strictly to searches conducted by school officials acting *qua* school officials.

Here, the vice-principal, because of the school policy requiring the school authorities to contact the police when a student was found in possession of drugs, was acting as a *de facto* agent of the police. The search as conducted therefore required that the accused be given his *Charter* protections. Further, the circumstances of the search breached s. 8 as they failed to meet the standards necessary for a valid search. The vice-principal, as a police agent, did not investigate to corroborate the information that he received; he acted solely on the word of the informants. Had the vice-principal been acting as vice-principal, he could have lawfully conducted the search because of the modified standard of reasonableness governing searches by school officials.

In determining whether evidence obtained in breach of the *Charter* should be admitted under s. 24(2) of the *Charter*, trial fairness, the seriousness of the breach and the effect that excluding the evidence would have on the repute of the administration of justice must be considered. Given that the accused was detained by the vice-principal and felt that he had to comply with the requests of the vice-principal and police officer, the evidence was conscriptive. Its admission would adversely affect trial fairness and accordingly it should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; **considered:** *R. v. J.M.G.* (1986), 56 O.R. (2d) 705; *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), aff'g 94 N.J. 331 (1983); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; **referred to:** *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Edwards*,

(2) si la source était fiable et (3), si les renseignements étaient confirmés. Ces critères ne devraient pas s'appliquer avec autant de rigueur aux fouilles effectuées par des responsables d'une école agissant en leur qualité de responsables d'une école.

En l'espèce, le directeur adjoint agissait en qualité de mandataire *de facto* de la police en raison de la politique de l'école qui obligeait les autorités scolaires à communiquer avec la police lorsqu'un élève était surpris avec de la drogue. La fouille effectuée exigeait donc que l'accusé bénéficie des protections que lui assure la *Charte*. De plus, les circonstances dans lesquelles la fouille a eu lieu contreviennent à l'art. 8 parce qu'elles ne satisfont pas aux normes requises pour qu'une fouille soit valide. En tant que mandataire de la police, le directeur adjoint n'a effectué aucune vérification pour confirmer les renseignements qu'il avait reçus; il s'est contenté d'agir sur la foi de ce que lui avaient dit les indicateurs. La fouille à laquelle le directeur adjoint a procédé aurait pu être légale s'il avait alors agi en sa qualité de directeur adjoint, en raison de la norme modifiée du caractère raisonnable qui régit les fouilles effectuées par des responsables scolaires.

Pour décider si un élément de preuve obtenu en violation de la *Charte* devrait être admis en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, il faut considérer l'équité du procès, la gravité de la violation et l'effet que l'exclusion de l'élément de preuve aurait sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Étant donné que l'accusé a été détenu par le directeur adjoint et qu'il s'est senti obligé d'obtempérer aux demandes de ce dernier et du policier, la preuve était une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même. L'utilisation de cette preuve nuirait à l'équité du procès, de sorte qu'elle devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; **arrêts examinés:** *R. c. J.M.G.* (1986), 56 O.R. (2d) 705; *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), conf. 94 N.J. 331 (1983); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; **arrêts mentionnés:** *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c.*

[1996] 1 S.C.R. 128; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Zamora v. Pomeroy*, 639 F.2d 662 (1981); *People v. Overton*, 301 N.Y.S.2d 479 (1969); *State in Interest of T.L.O. v. Engerud*, 94 N.J. 331 (1983), aff'd 469 U.S. 325 (1985); *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

By Major J. (dissenting)

R. v. Broyles, [1991] 3 S.C.R. 595; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(*b*), 24(2), 32(1).
Education Act, R.S.N.S. 1989, c. 136, s. 54(b), (g).
Education Act, General Regulations, N.S. Reg. 226/84, s. 3(7), (9).
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 11 [rep. 1996, c. 19, s. 94].

Authors Cited

Fischer, Thomas C. "From *Tinker* to *TLO*; Are Civil Rights for Students 'Flunking' in School?" (1993), 22 *J. L. & Education* 409.
Sanchez, J. M. "Expelling the Fourth Amendment from American Schools: Students' Rights Six Years After *T.L.O.*" (1992), 21 *J. L. & Education* 381.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 159 N.S.R. (2d) 321, 7 C.R. (5th) 1, [1997] N.S.J. No. 144 (QL), allowing a Crown appeal from a judgment of Dyer J.F.C. Appeal dismissed, Major J. dissenting.

Mona Lynch and *Cathy Benton*, for the appellant.

Ivan G. Whitehall, Q.C., and *Paula Taylor*, for the respondent.

Edwards, [1996] 1 R.C.S. 128; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Zamora c. Pomeroy*, 639 F.2d 662 (1981); *People c. Overton*, 301 N.Y.S.2d 479 (1969); *State in Interest of T.L.O. c. Engerud*, 94 N.J. 331 (1983), conf. 469 U.S. 325 (1985); *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Broyles, [1991] 3 R.C.S. 595; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10*b*), 24(2), 32(1).
Education Act, R.S.N.S. 1989, ch. 136, art. 54b), g).
Education Act, General Regulations, N.S. Reg. 226/84, art. 3(7), (9).
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 11 [abr. 1996, ch. 19, art. 94].

Doctrine citée

Fischer, Thomas C. «From *Tinker* to *TLO*; Are Civil Rights for Students "Flunking" in School?» (1993), 22 *J. L. & Education* 409.
Sanchez, J. M. «Expelling the Fourth Amendment from American Schools: Students' Rights Six Years After *T.L.O.*» (1992), 21 *J. L. & Education* 381.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 159 N.S.R. (2d) 321, 7 C.R. (5th) 1, [1997] N.S.J. No. 144 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement du juge Dyer. Pourvoi rejeté, le juge Major est dissident.

Mona Lynch et *Cathy Benton*, pour l'appelant.

Ivan G. Whitehall, c.r., et *Paula Taylor*, pour l'intimée.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

CORY J. — Teachers and those in charge of our schools are entrusted with the care and education of our children. It is difficult to imagine a more important trust or duty. To ensure the safety of the students and to provide them with the orderly environment so necessary to encourage learning, reasonable rules of conduct must be in place and enforced at schools. Does the nature of the obligations and duties entrusted to schools justify searches of students? To what extent are students entitled to an expectation of privacy while they are on school premises? These questions must be considered in this appeal.

This case involves a search by a junior high school vice-principal of a 13-year-old student. A small quantity of marijuana was found in the search and the student was charged with possession of a narcotic.

In order to decide whether the evidence found in the search should have been excluded at the appellant's trial, it must be determined when and in what circumstances a search by a school official should be considered unreasonable and therefore in violation of the student's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The question presents potentially conflicting values and principles. On one hand, it is essential that school authorities be able to react swiftly and effectively when faced with a situation that could unreasonably disrupt the school environment or jeopardize the safety of the students. Schools today are faced with extremely difficult problems which were unimaginable a generation ago. Dangerous weapons are appearing in schools with increasing frequency. There is as well the all too frequent presence at schools of illicit drugs. These weapons and drugs create problems that are grave and urgent. Yet schools also have a duty to foster the respect of their students for the constitutional rights of all members of society. Learning respect for those

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE CORY — Les enseignants et les personnes responsables de nos écoles sont chargés de la garde et de l'éducation de nos enfants. Il est difficile d'imaginer responsabilité ou tâche plus importante. La sécurité des élèves et le maintien de l'environnement ordonné si nécessaire à l'acquisition de connaissances passent par l'établissement et l'application de règles de conduite raisonnables dans les écoles. La nature des obligations et des tâches dont sont investies les écoles justifie-t-elle les fouilles d'élèves? Dans quelle mesure les élèves peuvent-ils s'attendre au respect de leur vie privée lorsqu'ils se trouvent à l'école? Telles sont les questions qui doivent être examinées dans le présent pourvoi. 1

La présente affaire concerne la fouille d'un élève de 13 ans par le directeur adjoint d'une école secondaire de premier cycle. Cette fouille a permis de découvrir une petite quantité de marijuana, et l'élève a été accusé de possession d'un stupéfiant. 2

Pour établir si les éléments de preuve trouvés lors de la fouille auraient dû être écartés au procès de l'appelant, il faut déterminer quand et dans quelles circonstances la fouille d'un élève par un responsable d'école devrait être considérée comme abusive et donc contraire aux droits garantis à cet élève par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette question fait intervenir des valeurs et des principes potentiellement contradictoires. D'une part, il est essentiel que les autorités scolaires puissent réagir avec célérité et efficacité à toute situation risquant déraisonnablement de perturber l'environnement scolaire ou de compromettre la sécurité des élèves. Les écoles d'aujourd'hui sont confrontées à des problèmes extrêmement difficiles qui étaient inimaginables il y a une génération. L'introduction d'armes dangereuses dans les écoles est un phénomène grandissant auquel s'ajoute la présence trop fréquente de drogues illicites, ce qui est source de problèmes graves et urgents. D'autre part, les écoles ont l'obligation d'inculquer à leurs élèves le respect des droits 3

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. How should the appropriate balance of these values be achieved?

I. Factual Background

4 The search at issue in this case was conducted by Mr. Cadue, the vice-principal of a junior high school. Mr. Cadue was responsible for enforcing school policies, which included a policy that any student found in possession of drugs or alcohol on school property would be suspended. If the vice-principal concluded that a criminal matter was involved, he was to call the RCMP.

5 Mr. Cadue testified that he had been told by several students that the appellant was selling drugs on school property. He said he had reason to believe this information because the students knew the appellant well and one of them had, on an earlier occasion, given him information which had proven to be correct. On this day, a school dance was to be held and Mr. Cadue was responsible for its supervision. Earlier in the day he had been told by one of the informants that he believed the appellant would be carrying drugs that evening.

6 When Mr. Cadue saw the appellant arrive at the dance, he called the RCMP to request that an officer attend at the school. He then approached the appellant and his friend and asked them to come to his office. He asked each of the students if they were in possession of drugs and advised them that he was going to search them. The RCMP officer, Constable Siepierski, then arrived, dressed in plain clothes. He spoke briefly with Mr. Cadue outside the room, then entered, identified himself to the two boys and sat down. He did not say anything while Mr. Cadue spoke to the students and searched them. The appellant turned out his pockets and at the request of Mr. Cadue, pulled up his

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. Comment parvenir au juste équilibre entre ces valeurs?

I. Les faits

La fouille dont il est question en l'espèce a été effectuée par M. Cadue, directeur adjoint d'une école secondaire de premier cycle. Monsieur Cadue était responsable de l'application des politiques de l'école, dont l'une prévoyait que tout élève surpris à l'école avec de la drogue ou de l'alcool en sa possession serait suspendu. S'il concluait qu'il y avait matière à incrimination, le directeur adjoint devait appeler la GRC.

Dans sa déposition, M. Cadue a déclaré avoir été informé par plusieurs élèves que l'appelant vendait de la drogue à l'école. Il a dit qu'il avait des raisons d'ajouter foi à ces renseignements parce que les élèves connaissaient bien l'appelant et que l'un d'eux lui avait déjà, à une autre occasion, donné des renseignements qui s'étaient avérés justes. Le jour en question, il devait se tenir à l'école une danse que M. Cadue serait chargé de surveiller. Plus tôt ce jour-là, l'un des informateurs lui avait dit croire que l'appelant aurait de la drogue sur lui pendant la soirée.

Lorsque M. Cadue a vu l'appelant arriver à la danse, il a communiqué avec la GRC pour demander la présence d'un policier à l'école. Il a ensuite abordé l'appelant et son ami et les a invités à se rendre à son bureau. Il a alors demandé à chacun d'eux s'ils étaient en possession de drogue, en les prévenant qu'il les fouillerait. L'agent Siepierski, de la GRC, est alors arrivé en tenue civile. Il s'est entretenu brièvement avec M. Cadue à l'extérieur de la pièce puis, après y être entré, il s'est présenté aux deux garçons et s'est assis. Il est resté muet pendant que M. Cadue parlait aux élèves et les fouillait. L'appelant a vidé ses poches et a relevé les jambes de son pantalon, à la demande de

pant legs. The vice-principal noticed a bulge in the appellant's sock and removed a cellophane bag. He gave the bag to Constable Siepierski who identified the contents as marijuana. The Constable then advised the appellant that he was under arrest for possession of a narcotic and read to him the police caution and his right to counsel. The Constable also advised him that he had the right to contact a parent or adult. The appellant attempted unsuccessfully to reach his mother by phone and stated that he did not wish to contact anyone else. Constable Siepierski and the appellant then went to the appellant's locker and searched it but nothing was found there.

M. Cadue. Le directeur adjoint a remarqué une protubérance dans l'une des chaussettes de l'appelant, d'où il a retiré un sac de cellophane. Il a remis le sac à l'agent Siepierski, qui en a identifié le contenu comme étant de la marijuana. Le policier a alors informé l'appelant qu'il était en état d'arrestation pour possession d'un stupéfiant et lui a fait lecture de la mise en garde policière et de son droit à l'assistance d'un avocat. Le policier l'a aussi avisé qu'il avait le droit de communiquer avec un parent ou un adulte. L'appelant a tenté en vain de joindre sa mère par téléphone et déclaré qu'il ne souhaitait communiquer avec personne d'autre. L'agent Siepierski et l'appelant se sont ensuite rendus au casier de l'appelant, qu'ils ont fouillé sans rien y trouver.

At trial, the judge concluded that the search had violated the appellant's rights under the *Charter* and excluded the evidence found in the search. The Crown did not offer any further evidence, and the charge against the appellant was dismissed. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. Thereafter, leave to appeal to this Court was granted. 7

Au procès, le juge a conclu que la fouille avait porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte* et a écarté les éléments de preuve qu'elle avait permis de découvrir. Le ministère public n'a présenté aucun autre élément de preuve et l'accusation portée contre l'appelant a été rejetée. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'autorisation de pourvoi a par la suite été accordée par notre Cour.

II. Relevant Statutory Provisions

II. Les dispositions législatives pertinentes

Canadian Charter of Rights and Freedoms 8

Charte canadienne des droits et libertés

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

10. Everyone has the right on arrest or detention

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

. . .

. . .

(*b*) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. . . .

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Education Act, R.S.N.S. 1989, c. 136

54 It is the duty of a teacher in a public school to

. . .

(b) maintain proper order and discipline in the school or room in his charge and report to the principal or other person in charge of the school the conduct of any pupil who is persistently defiant or disobedient;

. . .

(g) give constant attention to the health and comfort of the pupils, to the cleanliness, temperature, and ventilation of the school rooms, and to the aesthetic condition of the rooms, grounds and buildings;

Education Act, General Regulations, N.S. Reg. 226/84

3 . . .

(7) A principal is responsible to the school board through the superintendent of schools and is responsible for:

(a) supervising and administering the educational program in the school as directed by the school board through the superintendent;

(b) implementing and co-ordinating a curriculum;

(c) supervising and evaluating staff and programs;

(d) developing effective communication with parents.

. . .

(9) A vice-principal is responsible for:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Education Act, R.S.N.S. 1989, ch. 136

[TRADUCTION]

54 Il incombe à l'enseignant dans une école publique

. . .

b) de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école ou la salle dont il est responsable et de rapporter au directeur ou à toute autre personne responsable de l'école la conduite de tout élève constamment intraitable ou désobéissant;

. . .

g) de se soucier constamment de la santé et du confort des élèves, de la propreté, de la température et de la ventilation des salles de classe, et du bon état des salles, des terrains et des immeubles;

Education Act, General Regulations, N.S. Reg. 226/84

[TRADUCTION]

3 . . .

(7) Le directeur rend compte au conseil scolaire par l'intermédiaire du surintendant des écoles, et est chargé:

a) de superviser et d'administrer le programme éducatif de l'école, que le conseil scolaire prescrit par l'intermédiaire du surintendant;

b) de mettre en œuvre et de coordonner un programme d'études;

c) de superviser et d'évaluer le personnel et les programmes;

d) de développer une communication efficace avec les parents.

. . .

(9) Le directeur adjoint est chargé:

(a) assisting the principal in carrying out his duties as directed by the school board or the principal;

(b) assuming the duties of the principal in his absence.

a) d'aider le directeur à exercer ses fonctions conformément aux directives du conseil scolaire ou du directeur;

b) d'exercer les fonctions du directeur pendant l'absence de ce dernier.

III. Judicial History

A. *Halifax Family Court*

Dyer J.F.C. held that the appellant's rights under ss. 8 and 10(*b*) of the *Charter* had been violated and that the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2).

He found that the actions of the vice-principal were aimed at potential arrest and criminal charges, not merely administrative sanctions. He found that there was an agreed strategy between Mr. Cadue and Constable Siepierski that Cadue would conduct the search with a view to the officer's laying a possession charge if the search was productive. At the time of the search, a criminal investigation "was in full flight". Dyer J.F.C. found that Mr. Cadue became an agent of the police. Although he may have been initially acting within his administrative powers, "a different state of affairs exists when a conscious decision is taken, not just to invoke in-house remedies, but to apply the full force of the criminal law including actual police attendance and to lay formal charges if a search is fruitful".

As a result, Dyer J.F.C. distinguished this case from *R. v. J.M.G.* (1986), 56 O.R. (2d) 705, in which a school principal had acted without police assistance or intervention. There the search had been found to be justified, but Dyer J.F.C. here found that a different standard of conduct was imposed by the fact of actual police intervention before the search.

He found that the appellant was detained in law, if not at the time of the initial intervention by Mr. Cadue, at least upon police intervention before the search commenced. He disagreed with the court in *J.M.G.* that students are already under a

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Tribunal de la famille de Halifax*

Le juge Dyer a décidé qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 8 et l'al. 10*b*) de la *Charte* et que les éléments de preuve devraient être écartés conformément au par. 24(2). 9

Il a conclu que le directeur adjoint envisageait la possibilité d'une arrestation et d'accusations criminelles et non simplement des sanctions administratives. Il a statué qu'il existait entre M. Cadue et l'agent Siepierski une stratégie concertée selon laquelle Cadue procéderait à la fouille et le policier porterait une accusation de possession si cette fouille était fructueuse. Au moment de la fouille, une enquête criminelle [TRADUCTION] «battait son plein». Le juge Dyer a conclu que M. Cadue était devenu un mandataire de la police. Même si, à l'origine, il avait pu agir dans le cadre de ses pouvoirs administratifs, [TRADUCTION] «la situation est tout autre au moment où est sciemment prise la décision de ne pas se limiter aux mesures correctives internes, et d'appliquer toute la force du droit criminel, y compris la présence réelle de la police, et de porter des accusations formelles en cas de fouille fructueuse». 10

Le juge Dyer a donc établi une distinction entre la présente affaire et l'arrêt *R. c. J.M.G.* (1986), 56 O.R. (2d) 705, dans laquelle un directeur d'école avait agi sans l'aide ou l'intervention de la police. La cour y avait conclu que la fouille était justifiée, tandis qu'en l'espèce le juge Dyer a décidé qu'une norme de conduite différente s'imposait en raison de l'intervention réelle de la police avant la fouille. 11

Il a statué qu'il y avait eu, en droit, détention de l'appelant, si ce n'était au moment de l'intervention initiale de M. Cadue, à tout le moins dès l'intervention de la police avant le début de la fouille. Il ne partageait pas l'avis de la cour, dans *J.M.G.*, 12

detention of a kind throughout their school attendance and this overrides traditional concepts of detention for *Charter* purposes. In any case, he would not hold that police officers, when they intervene, should only be held to the lower standard of school officials. The appellant would have had the right to be informed of the right to retain and instruct counsel in any other situation. This requirement should not be ignored merely because of the school setting.

13 He noted that it was conceded that the search was warrantless and therefore was *prima facie* unreasonable. He found that the search of the appellant's person was intrusive, going to personal integrity and privacy. In his view, the appellant did not give up his rights to privacy and other legal rights by virtue of his school enrolment.

14 Dyer J.F.C. held that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. He noted that the jurisprudence suggested that real evidence will generally be admissible. He thought that this case could be distinguished from the "major drug cases" and did not accept the argument that the drug cases support a presumption of admissibility. He concluded that there were several *Charter* violations, despite ample opportunity for compliance, and that the violations were more than trifling. It was his opinion that the exclusion of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. Therefore, he was satisfied that exclusion was the appropriate remedy.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1997), 159 N.S.R. (2d) 321

15 Pugsley J.A., with whom Chipman and Roscoe JJ.A. concurred, stated at para. 25 that "[c]ogent arguments could be made" that Cadue was exercising a government function as an educational state agent, and that the *Charter* restricted the scope of Cadue's actions taken pursuant to the *Education*

que les élèves sont déjà détenus d'une certaine manière pendant qu'ils sont à l'école et que cela l'emporte sur les notions traditionnelles de détention aux fins de la *Charte*. De toute façon, il n'était pas d'avis de conclure que, lorsqu'ils interviennent, les policiers ne devraient être assujettis qu'à la norme moins stricte des responsables d'une école. L'appelant aurait eu le droit d'être informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat dans toute autre situation. Cette exigence ne devrait pas être écartée en raison du seul contexte scolaire.

Il a souligné qu'on avait concédé que la fouille avait été faite sans mandat et qu'elle était abusive à première vue. Il a jugé que la fouille personnelle de l'appelant était envahissante et touchait son intégrité et son droit à la vie privée. À son avis, l'appelant n'avait pas, du fait de son inscription à l'école, renoncé à ses droits à la vie privée ni aux autres droits que lui confère la loi.

Le juge Dyer a conclu que les éléments de preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il a noté que la jurisprudence semblait indiquer que la preuve matérielle est généralement admissible. Il croyait qu'il était possible d'établir une distinction entre la présente affaire et les [TRADUCTION] «affaires de drogue importantes» et n'a pas accepté l'argument selon lequel les affaires de drogue justifient une présomption d'admissibilité. Il a décidé qu'il y avait eu plusieurs violations de la *Charte* même si les occasions de la respecter n'avaient pas manqué, et que les violations commises étaient plus que négligeables. À son avis, l'exclusion de la preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il était donc persuadé que l'exclusion était le redressement approprié.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1997), 159 N.S.R. (2d) 321

Le juge Pugsley, avec l'appui des juges Chipman et Roscoe, a dit, au par. 25, qu'on [TRADUCTION] «pouvait faire valoir de façon convaincante» que M. Cadue exerçait une fonction gouvernementale à titre de représentant de l'État en matière d'éducation, et que la *Charte* restreignait

Act. However, since no evidence or submissions had been directed to the issue of the application of the *Charter*, Pugsley J.A. considered it to be inappropriate to come to a conclusion on this issue, and assumed, for the purposes of the appeal, that the *Charter* did apply.

Pugsley J.A. noted that the rights in s. 8 applied to cases where persons had a reasonable expectation of privacy, and this expectation depends on the context. He stated that the rights of young students must be interpreted in light of the important function of education in society and society's interest in ensuring that children attend a safe educational environment. This safe environment can only be maintained if school officials and staff have the authority to ensure proper order and discipline, including protection from those trafficking in drugs. The principal and staff do not have express authority under the *Education Act* for search and seizure, but do have the statutory responsibility for maintaining proper order and discipline, attending to the health and comfort of students, and supervising and administering the educational program of the school.

Similar provisions in the Ontario *Education Act* were noted in *J.M.G.*, *supra*, in determining the reasonableness of a search by a school principal. There, the Ontario Court of Appeal approved the lower standard applicable in a school setting set out by the U.S. Supreme Court in *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985). This standard requires two criteria to be met: first, that the action was "justified at its inception" and second, that the search as actually conducted was reasonably related in scope to the circumstances which justified the interference in the first place.

Pugsley J.A. agreed with the Ontario Court of Appeal's reliance on the U.S. Supreme Court decision in this context. He found that the evidence in this case meets both criteria of the *T.L.O.* test.

la portée des mesures prises par Cadue sous le régime de l'*Education Act*. Toutefois, comme aucun élément de preuve ni aucun argument n'avaient porté sur la question de l'application de la *Charte*, le juge Pugsley a considéré qu'il ne convenait pas de se prononcer sur cette question et a présumé, aux fins de l'appel, que la *Charte* s'appliquait.

16 Le juge Pugsley a fait remarquer que les droits garantis à l'art. 8 s'appliquent aux cas où les personnes ont une attente raisonnable en matière de vie privée, et que cette attente dépend du contexte. Il a affirmé que les droits des jeunes élèves doivent être interprétés à la lumière du rôle important que l'éducation joue dans la société et de l'intérêt qu'a cette dernière à garantir aux enfants un environnement scolaire sûr. Cet environnement sûr ne peut être maintenu que si les responsables et le personnel de l'école ont le pouvoir de faire régner l'ordre et la discipline, et notamment d'assurer la protection contre les trafiquants de drogue. Bien que l'*Education Act* ne les habilite pas expressément à procéder à des fouilles et à des saisies, le directeur et le personnel ont la responsabilité légale de faire régner l'ordre et la discipline, de se soucier de la santé et du confort des élèves et de superviser et d'administrer le programme éducatif de l'école.

17 Des dispositions similaires de la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario ont été mentionnées dans l'arrêt *J.M.G.*, précité, pour décider du caractère raisonnable d'une fouille effectuée par le directeur d'une école. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a approuvé la norme moins stricte applicable à l'environnement scolaire qui avait été établie par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985). Selon cette norme, deux conditions doivent être remplies: en premier lieu, l'action doit être [TRADUCTION] «justifiée dès le départ» et, en deuxième lieu, la fouille effectuée doit avoir, sur le plan de son étendue, un lien raisonnable avec les circonstances justifiant l'intervention au départ.

18 Le juge Pugsley partageait le choix de la Cour d'appel de l'Ontario de se fonder sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans ce contexte. Il a conclu que la preuve dans la présente affaire rem-

Cadue had received reliable information which required appropriate action, and the search was "reasonably related in scope" because it was conducted in private and was not overly intrusive. Pugsley J.A. thought that the trial judge had erred in failing to consider the factors that prompted Cadue to question and search the appellant. According to *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, a Court should consider whether the information predicting the criminal offence was compelling, whether the source was credible, and whether the information was corroborated by police investigation prior to the search.

19 Pugsley J.A. found that the first two factors were satisfied here and the third factor was not an essential prerequisite in a school setting. The consideration of the totality of circumstances should involve a consideration of the reasonable expectation of privacy "enjoyed by junior high students in the face of the societal interest of maintaining a safe environment in schools" (p. 331). Pugsley J.A. noted that this Court has recognized that persons should expect a lesser degree of privacy when they pass through border controls (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495) and in the context of regulatory matters (*British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3).

20 Pugsley J.A. noted that the search here was only of the exterior of the appellant's person, not a highly invasive search such as a strip and body cavity search. He thought the age and sex of the student might also be relevant, and here the search was not conducted by a male teacher on a young female student. Taking into account all the factors, he found that the search was reasonable and the appellant's reasonable expectation of privacy in a school setting was not infringed.

plissait les deux conditions du critère de l'arrêt *T.L.O.* Monsieur Cadue avait reçu des renseignements fiables qui commandaient une action appropriée, et la fouille avait, [TRADUCTION] «sur le plan de son étendue, un lien raisonnable» puisqu'elle avait été effectuée en privé et n'était pas trop envahissante. Le juge Pugsley a estimé que le juge du procès avait commis une erreur en ne tenant pas compte des facteurs qui avaient incité M. Cadue à interroger et à fouiller l'appelant. Selon l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, un tribunal devrait se demander si les renseignements permettant de prévoir la perpétration d'une infraction criminelle étaient convaincants, si la source était fiable et si les renseignements étaient confirmés par l'enquête de la police avant la fouille.

Le juge Pugsley a conclu que les deux premiers facteurs étaient réunis en l'espèce et que le troisième ne constituait pas une condition préalable essentielle dans un contexte scolaire. L'examen de l'ensemble des circonstances devrait comprendre un examen de l'attente raisonnable en matière de vie privée [TRADUCTION] «que peuvent avoir les élèves d'une école secondaire de premier cycle face à l'intérêt de la société dans le maintien d'un environnement sûr dans les écoles» (p. 331). Notre Cour, selon le juge Pugsley, a reconnu que les gens devraient avoir des attentes moindres en matière de vie privée dans le cas d'un contrôle frontalier (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495) ou dans un contexte de réglementation (*British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3).

Le juge Pugsley a souligné qu'en l'espèce l'appelant avait subi uniquement une fouille superficielle et non pas une fouille très envahissante comme une fouille à nu et un examen des cavités corporelles. L'âge et le sexe de l'élève pourraient aussi être pertinents selon lui, et la fouille en l'espèce n'avait pas été faite par un enseignant sur une jeune élève. Compte tenu de tous ces facteurs, il a conclu que la fouille était raisonnable et qu'il n'avait pas été porté atteinte à l'attente raisonnable de l'appelant en matière de vie privée, dans un contexte scolaire.

The trial judge's finding that the vice-principal was acting as an agent for the police was examined and rejected. Mere police presence, without a prearranged plan or instruction by the police, was insufficient to make Mr. Cadue an agent of the police. In his opinion, it was clear from the evidence that the request to attend Cadue's office, the questioning and search, would have occurred in any event if Constable Siepierski had not been present. Therefore the only remaining issue under s. 8 was whether the subsequent seizure of the evidence by Constable Siepierski caused the initial search and seizure to become unreasonable. He found that even if there was a seizure by the police officer, it had been lawful and therefore concluded that the appellant's rights under s. 8 had not been infringed.

21 La conclusion du juge du procès que le directeur adjoint avait agi en qualité de mandataire de la police a été examinée et rejetée. La seule présence d'un policier, sans plan préétabli ni directive de la police, était insuffisante pour faire de M. Cadue un mandataire de la police. À son avis, la preuve établissait clairement que l'invitation à se rendre au bureau de Cadue, l'interrogatoire et la fouille auraient eu lieu de toute façon, même en l'absence de l'agent Siepierski. Par conséquent, la seule question qui se posait en vertu de l'art. 8 était de savoir si la saisie subséquente des éléments de preuve par l'agent Siepierski a rendu abusives la fouille et la saisie initiales. Il a statué que, même s'il y avait eu saisie par le policier, elle était légale et que, partant, il n'y avait eu aucune violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 8.

With respect to s. 10 of the *Charter*, Pugsley J.A. first considered whether the appellant was detained by Cadue within the meaning of s. 10. He again noted that the extent of the appellant's right to counsel was defined by the context in which that right was asserted, namely as a student in a junior high school. He followed, at p. 338, the analysis of the Ontario Court of Appeal in *J.M.G.* (at pp. 711-12) that a student is already "under detention of a kind throughout his school attendance" and the actions taken were merely part of maintaining order and discipline in the school, and concluded that there was no detention by the vice-principal.

22 En ce qui concerne l'art. 10 de la *Charte*, le juge Pugsley s'est d'abord demandé si l'appelant avait été détenu, au sens de l'art. 10, par M. Cadue. Là encore, il a souligné que l'étendue du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat était définie par le contexte dans lequel il était invoqué, à savoir à titre d'élève dans une école secondaire de premier cycle. Il a suivi, à la p. 338, l'analyse de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *J.M.G.* (aux pp. 711 et 712), selon laquelle un élève est déjà [TRADUCTION] «détenu d'une certaine manière pendant qu'il est à l'école», et les mesures prises faisaient simplement partie du maintien de l'ordre et de la discipline dans l'école, et a conclu qu'il n'y avait pas eu détention par le directeur adjoint.

The second question was whether the appellant was detained by Constable Siepierski. Pugsley J.A. found, at p. 339, that it "was not until Cst. Siepierski determined the nature of the contents of the plastic bag that a detention occurred", and this detention was immediately followed by giving the appellant his s. 10(*b*) rights. Alternatively, he found that even if the trial judge was correct that there was a detention and violation of the right to counsel, this violation did not affect the reasonableness of the search. This was not a case where

23 La deuxième question était de savoir si l'appelant avait été détenu par l'agent Siepierski. Le juge Pugsley a statué, à la p. 339, que ce [TRADUCTION] «n'est qu'après que l'agent Siepierski eut identifié la nature du contenu du sac en plastique qu'il y a eu détention» et que l'appelant a dès lors été avisé de ses droits en vertu de l'al. 10*b*). Il a décidé subsidiairement que, même si le juge du procès avait eu raison de dire qu'il y a eu détention et violation du droit à l'assistance d'un avocat, cette violation ne changeait rien au caractère raisonnable de la

the advice of counsel would have had any effect on the discovery of the evidence.

IV. Analysis

A. *Application of the Charter*

(1) Application of the *Charter* to Public School Authorities

24 At the outset it must be determined whether the *Charter* applies to the actions of the vice-principal. The courts below assumed that it does, as have other courts in similar circumstances (e.g., *J.M.G.*, *supra*). The respondent in this appeal did not dispute that the *Charter* should apply, arguing only that the *Charter* analysis should take into account the school context. The appellant submitted that the *Charter* applies because the school board, schools and their employees are part of the apparatus of government, according to the test set out by this Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. It was suggested that schools and schools boards are analogous to the community college which was found to be part of government in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. The alternative submission was that because the actions of the vice-principal were taken under the authority of the *Education Act*, R.S.N.S. 1989, c. 136, the *Charter* applies, following *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

25 In light of the concession made by the respondent it would be inappropriate to discuss and determine finally which of the alternative submissions should be applied. Rather it would be best to assume simply, for the purposes of this case, that schools constitute part of government and as a result the *Charter* applies to the actions of the vice-principal.

fouille. Il ne s'agissait pas d'un cas où les conseils d'un avocat auraient eu une incidence sur la découverte de la preuve.

IV. Analyse

A. *Application de la Charte*

(1) Application de la *Charte* aux autorités scolaires publiques

Il faut, d'entrée de jeu, déterminer si la *Charte* s'applique aux mesures prises par le directeur adjoint. Les tribunaux d'instance inférieure ont présumé qu'il en était ainsi, comme l'ont fait d'autres tribunaux dans des circonstances semblables (par exemple, dans *J.M.G.*, précité). L'intimée dans le présent pourvoi ne s'est pas opposée à l'application de la *Charte*, et s'est contentée de prétendre que l'analyse fondée sur la *Charte* devrait tenir compte du contexte scolaire. L'appelant a prétendu que la *Charte* s'applique du fait que le conseil scolaire, les écoles et leurs employés font partie de l'appareil gouvernemental, selon le critère exposé par notre Cour dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. On laissait entendre que les écoles et les conseils scolaires sont analogues au collège communautaire qui fait partie du gouvernement, selon l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. On soutenait subsidiairement que, puisque les mesures prises par le directeur adjoint étaient fondées sur l'*Education Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 136, la *Charte* s'applique d'après l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

Compte tenu de la concession faite par l'intimée, il ne convient pas d'examiner et de décider de manière définitive lequel de ces arguments devrait être appliqué. Il vaut mieux présumer simplement, aux fins de la présente affaire, que les écoles font partie du gouvernement et que, partant, la *Charte* s'applique aux mesures prises par le directeur adjoint.

(2) Was the Vice-Principal Acting as an Agent of the Police?

The trial judge in this case also found that the vice-principal was acting as an agent of the police. This finding, if accepted, would not only provide an alternative basis for the application of the *Charter* but would also affect the analysis of the alleged violations. The appellant submits that the finding of the trial judge on this issue should not be disturbed. Generally, a finding such as this would not be interfered with by an appellate court. However, in this case, the evidence adduced cannot support that finding and it should not be accepted.

It is clear that Mr. Cadue cooperated with the police. He was aware that if drugs were found it would be a criminal matter as well as a matter of school discipline, and that it was the policy of the school to contact the police in such a case. He called the police before beginning the search and permitted an officer to observe as he conducted the search. When the marijuana was found, it was handed over to Constable Siepierski, who arrested the appellant and conducted a further search of the appellant's locker.

The mere fact that there was cooperation between the vice-principal and the police and that an officer was present during the search is not sufficient to indicate that the vice-principal was acting as an agent of the police. The trial judge stated that there was an "agreed strategy" between Mr. Cadue and Constable Siepierski that resulted in Mr. Cadue's acting as a police agent. With respect, there is no evidence to support this conclusion. There is no evidence of an agreement or of police instructions to Mr. Cadue that could create an agency relationship.

The issue as to whether an individual is acting as an agent of the police was considered by this Court in *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595. While that case involved a police informer, the essential elements of the test applied in that case are equally

(2) Le directeur adjoint agissait-il en qualité de mandataire de la police?

26 Dans la présente affaire, le juge du procès a aussi conclu que le directeur adjoint avait agi en qualité de mandataire de la police. Si elle était acceptée, cette conclusion fournirait non seulement une autre raison d'appliquer la *Charte*, mais encore aurait une incidence sur l'analyse des prétendues violations. L'appelant fait valoir qu'il n'y a pas lieu de modifier la conclusion du juge du procès sur cette question. En général, une cour d'appel s'abstiendrait de modifier une conclusion de cette nature. En l'espèce toutefois, vu que la preuve produite ne peut pas l'étayer, cette conclusion ne devrait pas être acceptée.

27 Il est clair que M. Cadue a coopéré avec la police. Il savait que si de la drogue était découverte, il y aurait matière à incrimination et à la prise de mesures disciplinaires scolaires, et que l'école avait pour politique de communiquer avec la police en pareil cas. Il a appelé la police avant d'entreprendre la fouille et a permis au policier de l'observer pendant qu'il y procédait. Lorsqu'elle a été découverte, la marijuana a été remise à l'agent Siepierski, qui a arrêté l'appelant et procédé à une autre fouille, celle du casier de l'appelant.

28 Le seul fait qu'il y ait eu coopération entre le directeur adjoint et la police et qu'un policier ait assisté à la fouille n'est pas suffisant pour indiquer que le directeur adjoint agissait en qualité de mandataire de la police. Le juge du procès a affirmé qu'il existait, entre M. Cadue et l'agent Siepierski, une [TRADUCTION] «stratégie concertée» qui a eu pour effet de transformer M. Cadue en mandataire de la police. En toute déférence, aucun élément de preuve n'étaye cette conclusion. Il n'y a aucune preuve de l'existence d'une entente ou de directives données à M. Cadue par la police qui aient pu donner naissance à un rapport mandant-mandataire.

29 Notre Cour s'est penchée sur la question de savoir si une personne agit en qualité de mandataire de la police dans l'arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595. Même si, dans cette affaire, il était question d'un indicateur, les éléments essentiels du

applicable to the case at bar. There it was said at p. 608:

> Only if the relationship between the informer and the state is such that the exchange between the informer and the accused is materially different from what it would have been had there been no such relationship should the informer be considered a state agent for the purposes of the exchange. . . . [W]ould the exchange between the accused and the informer have taken place, in the form and manner in which it did take place, but for the intervention of the state or its agents?

Applying the test to this case, it must be determined whether the search of the appellant would have taken place, in the form and in the manner in which it did, but for the involvement of the police. The evidence, in my opinion, demonstrates that it would have taken place and was not materially different than it would have been if there had been no police involvement. Although Mr. Cadue knew that criminal charges might result, the primary motive for the search was the enforcement of school discipline, for which he was responsible. There is nothing in the evidence to suggest that the vice-principal initiated the search or conducted it differently because of police intervention. It is thus apparent that the vice-principal was not acting as an agent of the police.

30 This conclusion is not determinative with respect to the application of s. 8 since the *Charter* applies, in any event, to the actions taken by Mr. Cadue. However, the finding that he was not an agent of the police will affect the analysis of the alleged violation of the appellant's *Charter* rights.

B. *Were the Rights of the Appellant Under Section 8 of the Charter Violated?*

(1) Reasonable Expectation of Privacy

31 Did the appellant have, in the circumstances presented, a reasonable expectation of privacy, and if he did, what was the extent of that expectation? The appellant must first establish that in the circumstances he did have a reasonable expectation of privacy. This is apparent because if there is no reasonable expectation of privacy held by an

critère qui y a été appliqué valent tout autant pour la présente affaire. On y affirme, à la p. 608:

> Ce n'est que si les liens entre l'indicateur et l'État sont tels que l'échange entre l'indicateur et l'accusé s'est déroulé de façon essentiellement différente, que l'indicateur devra être considéré comme un représentant de l'État aux fins de l'échange. [. . .] L'échange entre l'accusé et l'indicateur aurait-il eu lieu, de la même façon et sous la même forme, n'eût été l'intervention de l'État ou de ses représentants?

Appliquant ce critère à la présente affaire, il faut se demander si la fouille de l'appelant aurait eu lieu, sous la même forme et de la même manière, n'eût été la participation de la police. À mon avis, la preuve démontre qu'elle aurait eu lieu et qu'elle n'était pas réellement différente de ce qu'elle aurait été s'il n'y avait eu aucune participation de la police. Même si M. Cadue savait qu'il pourrait en résulter des accusations criminelles, le but premier de la fouille était le maintien de la discipline scolaire, dont il avait la responsabilité. Rien dans la preuve ne porte à croire que le directeur adjoint a entrepris la fouille ou l'a exécutée différemment à cause de l'intervention de la police. Il appert donc que le directeur adjoint n'agissait pas en qualité de mandataire de la police.

Cette conclusion n'est pas déterminante quant à l'application de l'art. 8, étant donné que la *Charte* s'applique de toute façon aux mesures prises par M. Cadue. Toutefois, la conclusion qu'il n'était pas un mandataire de la police aura une incidence sur l'analyse de la prétendue violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

B. *Y a-t-il eu violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la Charte?*

(1) L'attente raisonnable en matière de vie privée

L'appelant avait-il, dans les circonstances en question, une attente raisonnable en matière de vie privée et, dans l'affirmative, quelle en était la portée? L'appelant doit d'abord établir qu'il avait, dans les circonstances, une attente raisonnable en matière de vie privée. Cela est évident car si un accusé n'a pas d'attente raisonnable en matière de

accused with respect to the relevant place, there can be no violation of s. 8 (see, e.g. *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841). The need for privacy "can vary with the nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion" (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53). A reasonable expectation of privacy is to be determined in light of the totality of circumstances (*Colarusso*; *Edwards*, at para. 31; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62). The factors to be considered in assessing the circumstances may include the accused's presence at the time of the search, possession or control of the property or place searched, ownership of the property or place, historical use of the property or item, ability to regulate access, existence of a subjective expectation of privacy, and the objective reasonableness of the expectation (*Edwards*, at para. 45).

Here the search was of the appellant's person. In the circumstances it is obvious that some of the factors referred to in *Edwards* are not applicable. However, the existence of a subjective expectation of privacy and the objective reasonableness of that expectation remain important. It is also necessary to consider the context in which the search took place. Here the appellant was a student at the school, attending a school function held on school property. The search was carried out by the school authority responsible for supervision of that function. Considering all these factors, did the appellant have a reasonable expectation of privacy with respect to his person and the items he carried on his person? In my view he did. A student attending school would have a subjective expectation that his privacy, at least with respect to his body, would be respected. In light of the heightened privacy interest that has historically been recognized in one's person, a subjective expectation of privacy in that respect is reasonable. I do not think that this expectation is rendered unreasonable merely by virtue of a student's presence in a school. It follows that the

vie privée à l'égard de l'endroit pertinent, il ne peut y avoir de violation de l'art. 8 (voir, par exemple, *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841). Le besoin de respect de la vie privée «peut varier selon la nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence» (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 53). L'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances (*Colarusso*; *Edwards*, au par. 31; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, à la p. 62). Les facteurs qui doivent être pris en compte dans l'appréciation des circonstances peuvent inclure la présence de l'accusé au moment de la perquisition, la possession ou le contrôle du bien ou des lieux faisant l'objet de la perquisition, la propriété du bien ou des lieux en question, l'usage historique du bien ou de l'article visé, la capacité de régir l'accès, l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée et le caractère objectivement raisonnable de l'attente (*Edwards*, au par. 45).

En l'espèce, c'est l'appelant qui a été fouillé. 32
Dans ce cas, il est évident que certains des facteurs mentionnés dans l'arrêt *Edwards* ne s'appliquent pas. Toutefois, l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée et le caractère objectivement raisonnable de cette attente demeurent importants. Il est aussi nécessaire d'examiner le contexte dans lequel la fouille a été effectuée. En l'espèce, l'appelant était un élève à l'école, qui participait à une activité scolaire tenue à l'école. La fouille a été effectuée par l'autorité scolaire responsable de la surveillance de cette activité. Compte tenu de tous ces facteurs, l'appelant avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à sa personne et aux articles qu'il transportait sur lui? J'estime que oui. L'élève qui est à l'école s'attendrait subjectivement à ce que sa vie privée, à tout le moins en ce qui concerne son corps, soit respectée. Compte tenu du droit accru à la vie privée qui, par le passé, a été reconnu aux gens en ce qui concerne leur personne même, une attente subjective en matière de vie privée à cet égard est raisonnable. Je ne crois pas que cette attente devienne

appellant did have a reasonable expectation of privacy in that regard, with the result that s. 8 is engaged.

33 However, the reasonable expectation of privacy, although it exists, may be diminished in some circumstances, and this will influence the analysis of s. 8 and a consideration of what constitutes an unreasonable search or seizure. For example, it has been found that individuals have a lesser expectation of privacy at border crossings, because they know they may be subject to questioning and searches to enforce customs laws (see *Simmons*, *supra*). It was because of this lesser expectation of privacy, that a customs search did not have to meet the standards in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, in order to be reasonable. Similarly, the reasonable expectation of privacy of a student in attendance at a school is certainly less than it would be in other circumstances. Students know that their teachers and other school authorities are responsible for providing a safe environment and maintaining order and discipline in the school. They must know that this may sometimes require searches of students and their personal effects and the seizure of prohibited items. It would not be reasonable for a student to expect to be free from such searches. A student's reasonable expectation of privacy in the school environment is therefore significantly diminished.

34 In some cases a court may be required to determine with greater precision whether and to what extent a student has a reasonable expectation of privacy in the location of the search. In the case of locker searches, for example, courts have engaged in more detailed factual analyses to determine the degree of control that school authorities maintain over the lockers and the effect that this may have on the reasonable expectation of privacy and the reasonableness of the search (see, e.g., *Zamora v. Pomeroy*, 639 F.2d 662 (1981); *People v. Overton*, 301 N.Y.S.2d 479 (1969); *State in Interest of*

déraisonnable du seul fait que l'élève se trouve à l'école. Il s'ensuit que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée à cet égard et, partant, que l'art. 8 s'applique.

Toutefois, même si elle existe, l'attente raisonnable en matière de vie privée peut être réduite dans certaines circonstances, et cela aura une incidence sur l'analyse de l'art. 8 et sur l'examen de ce qui constitue une fouille, perquisition ou saisie abusive. Par exemple, il a été jugé que les gens ont une attente moins élevée en matière de vie privée à un passage frontalier puisqu'ils savent qu'ils peuvent être soumis à un interrogatoire et à une fouille dans le cadre de l'application des dispositions législatives sur les douanes (voir *Simmons*, précité). C'est à cause de cette attente moindre en matière de vie privée qu'il n'était pas nécessaire, pour qu'elle soit raisonnable, qu'une fouille douanière respecte les normes établies dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. De même, l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève à l'école est sûrement moindre que celle qu'il aurait dans d'autres circonstances. Les élèves savent que leurs enseignants et autres autorités scolaires ont la responsabilité de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école. Ils doivent savoir que cela peut parfois commander la fouille d'élèves et de leurs effets personnels de même que la saisie d'articles interdits. Un élève ne peut pas raisonnablement s'attendre à être exempté de telles fouilles. L'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève dans l'environnement scolaire est donc sérieusement réduite.

Dans certains cas, la cour peut être appelée à déterminer avec plus de précision si et dans quelle mesure un élève avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'endroit où la fouille a eu lieu. Dans le cas de la fouille d'un casier, par exemple, les tribunaux procèdent à une analyse plus détaillée des faits dans le but de déterminer le degré de contrôle exercé par les autorités scolaires sur les casiers et l'incidence que cela peut avoir sur l'attente raisonnable en matière de vie privée et sur le caractère raisonnable de la fouille (voir, par exemple, *Zamora c. Pomeroy*, 639 F.2d 662

T.L.O. v. Engerud, 94 N.J. 331 (1983), aff'd 469 U.S. 325 (1985)). Here there was a search of the appellant's locker. However, since no evidence was found there, the lawfulness of that search is not in issue. For the purposes of these reasons the findings that the appellant did have a reasonable expectation of privacy with respect to his person, but that he would have reasonably expected a lesser degree of privacy in a school environment, will suffice. They may be taken into account in defining the standard to be applied to the search of the appellant.

(2) Standard to Be Applied to Searches by School Authorities

(a) *Is a Different Standard Required?*

Teachers and principals are placed in a position of trust that carries with it onerous responsibilities. When children attend school or school functions, it is they who must care for the children's safety and well-being. It is they who must carry out the fundamentally important task of teaching children so that they can function in our society and fulfil their potential. In order to teach, school officials must provide an atmosphere that encourages learning. During the school day they must protect and teach our children. In no small way, teachers and principals are responsible for the future of the country.

It is essential that our children be taught and that they learn. Yet, without an orderly environment learning will be difficult if not impossible. In recent years, problems which threaten the safety of students and the fundamentally important task of teaching have increased in their numbers and gravity. The possession of illicit drugs and dangerous weapons in the schools has increased to the extent that they challenge the ability of school officials to fulfill their responsibility to maintain a safe and orderly environment. Current conditions make it necessary to provide teachers and school adminis-

(1981); *People c. Overton*, 301 N.Y.S.2d 479 (1969); *State in Interest of T.L.O. c. Engerud*, 94 N.J. 331 (1983), conf. par 469 U.S. 325 (1985)). En l'espèce, il y a eu fouille du casier de l'appelant, mais comme aucun élément de preuve n'y a été découvert, la légalité de cette fouille n'est pas en cause. Aux fins des présents motifs, il suffit de conclure que l'appelant avait effectivement une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à sa propre personne, mais qu'il se serait raisonnablement attendu à moins de respect de sa vie privée dans un environnement scolaire. Ces conclusions peuvent être prises en considération pour définir la norme à appliquer à la fouille de l'appelant.

(2) La norme applicable aux fouilles effectuées par des autorités scolaires

a) *Une norme différente est-elle requise?*

35 Les enseignants et les directeurs occupent un poste de confiance qui comporte de lourdes responsabilités. Ce sont eux qui doivent veiller à la sécurité et au bien-être des enfants qui sont à l'école ou qui participent à des activités scolaires. Ce sont eux qui doivent s'acquitter de la tâche fondamentalement importante d'instruire les enfants afin de leur permettre de fonctionner dans la société et de réaliser leur potentiel. À cette fin, les responsables d'une école doivent procurer une atmosphère propice à l'apprentissage. Pendant la journée à l'école, ils doivent protéger nos enfants et leur enseigner. Les enseignants et les directeurs jouent un rôle qui est loin d'être négligeable relativement à l'avenir du pays.

36 Il est essentiel que nos enfants reçoivent un enseignement et qu'ils acquièrent des connaissances. Or, sans environnement ordonné, l'acquisition de connaissances sera difficile, voire impossible. Au cours des dernières années, il y a eu accroissement en nombre et en gravité des problèmes qui menacent la sécurité des élèves et la tâche fondamentalement importante de l'enseignement. La possession de drogues illicites et le port d'armes dangereuses dans les écoles sont devenus si répandus qu'ils menacent la capacité des responsables d'une école de remplir leur devoir de main-

trators with the flexibility required to deal with discipline problems in schools. They must be able to act quickly and effectively to ensure the safety of students and to prevent serious violations of school rules.

37 One of the ways in which school authorities may be required to react reasonably to discipline problems is by conducting searches of students and to seize prohibited items. Possession of items which are prohibited by school policy may, in some cases, also constitute or provide evidence of a criminal offence. As a result items found in a search by a school authority may be sought to be used as evidence in a criminal trial. The question then arises whether evidence found by a teacher or principal should potentially be excluded because the search would have been unreasonable if it had been conducted by police.

38 The United States Supreme Court considered this question in *T.L.O.*, *supra*. In that case, the assistant vice-principal of a high school searched the purse of a student suspected of smoking in the school lavatory, contrary to school rules. The student had denied that she even smoked, and the assistant vice-principal searched her purse, apparently to ascertain the truth of this claim. He found a package of cigarettes, and upon removing them, saw a package of cigarette rolling papers in the purse. This made him suspect drug use, and so he proceeded to make a thorough search of the purse. He found some marijuana, a pipe, plastic bags, a fairly substantial amount of money, a list of students who owed the student money, and letters implicating her in marijuana trafficking. Delinquency charges were brought against the student and a motion was brought to suppress the evidence found in her purse.

39 It was held that the Fourth Amendment's prohibition of unreasonable searches and seizures does

tenir un environnement sûr et ordonné. Les conditions actuelles sont telles qu'il faut donner aux enseignants et aux administrateurs scolaires la souplesse nécessaire pour régler les problèmes de discipline à l'école. Ils doivent pouvoir agir rapidement et efficacement pour assurer la sécurité des élèves et empêcher les violations graves des règles de l'école.

L'une des façons dont les autorités scolaires peuvent être appelées à réagir raisonnablement aux problèmes de discipline consiste à fouiller des élèves et à saisir des articles interdits. La possession d'articles interdits par la politique de l'école peut, dans certains cas, constituer une infraction criminelle ou une preuve de la perpétration d'une telle infraction. Par conséquent, il peut arriver que l'on cherche à utiliser comme preuve dans un procès criminel des articles découverts au cours d'une fouille effectuée par une autorité scolaire. Se pose alors la question de savoir si la preuve découverte par un enseignant ou par un directeur devrait pouvoir être écartée parce que la fouille aurait été abusive si elle avait été effectuée par la police.

La Cour suprême des États-Unis a examiné cette question dans l'arrêt *T.L.O.*, précité. Dans cette affaire, le sous-directeur adjoint d'une école secondaire avait fouillé le sac à main d'une élève soupçonnée de fumer dans les toilettes de l'école, en violation des règles de l'école. L'élève avait affirmé qu'elle n'avait jamais fumé et le sous-directeur adjoint avait fouillé son sac à main, apparemment pour vérifier la véracité de cette affirmation. Il y a découvert un paquet de cigarettes, et, en le retirant, a aperçu un paquet de papier à cigarettes. Ayant alors des soupçons de consommation de drogue, il a procédé à une fouille complète du sac à main. Il y a découvert de la marijuana, une pipe, des sacs en plastique, une somme d'argent assez importante, une liste d'élèves qui devaient de l'argent à l'étudiante, et des lettres qui l'impliquaient dans le trafic de marijuana. Des accusations de délinquance ont été portées contre l'élève et une requête en suppression de la preuve trouvée dans son sac à main a été déposée.

Il a été jugé que l'interdiction du Quatrième amendement de procéder à des fouilles, perquisi-

apply to searches carried out by public school officials. It was also found, at pp. 338-39, that students in schools may claim a legitimate expectation of privacy. However, in the opinion of the majority, "[a]gainst the child's interest in privacy must be set the substantial interest of teachers and administrators in maintaining discipline in the classroom and on school grounds" (p. 339). Therefore, the Court held, at p. 340, that the school setting "requires some easing of the restrictions to which searches by public authorities are ordinarily subject". In particular, the warrant requirement is "unsuited to the school environment", and thus school officials need not obtain a warrant before searching a student who is under their authority (*idem*). In addition, it found that the school setting "also requires some modification of the level of suspicion of illicit activity needed to justify a search" (*idem*).

The Court noted that "'probable cause' is not an irreducible requirement of a valid search" and that it had not hesitated in the past to adopt a lesser standard when it would best serve the public interest. Consequently, the court articulated the following test to be used in determining whether a search by a school official was reasonable (at pp. 341-43):

We join the majority of courts that have examined this issue in concluding that the accommodation of the privacy interests of schoolchildren with the substantial need of teachers and administrators for freedom to maintain order in the schools does not require strict adherence to the requirement that searches be based on probable cause to believe that the subject of the search has violated or is violating the law. Rather, the legality of a search of a student should depend simply on the reasonableness, under all the circumstances, of the search. Determining the reasonableness of any search involves a twofold inquiry: first, one must consider "whether the . . . action was justified at its inception," *Terry v. Ohio*, 392 U.S., at 20, 88 S.Ct., at 1879; second,

tions et saisies abusives s'applique aux fouilles effectuées par les responsables d'une école publique. Il a également été jugé, aux pp. 338 et 339, que les élèves à l'école peuvent prétendre avoir une attente raisonnable en matière de vie privée. Toutefois, selon les juges majoritaires, [TRADUCTION] «[l]e droit de l'enfant à la vie privée doit être soupesé en fonction de l'intérêt important qu'ont les enseignants et les administrateurs à faire régner la discipline dans les classes comme dans l'enceinte de l'école» (p. 339). La Cour a donc conclu, à la p. 340, que le contexte scolaire [TRADUCTION] «exige un adoucissement des restrictions auxquelles sont ordinairement assujetties les fouilles effectuées par des autorités publiques». Plus particulièrement, l'exigence d'un mandat ne [TRADUCTION] «convient pas à l'environnement scolaire», de sorte que les responsables d'une école ne sont pas tenus d'obtenir un mandat pour procéder à la fouille d'un élève qui relève de leur autorité (*idem*). La Cour a en outre conclu que le contexte scolaire [TRADUCTION] «exige aussi une certaine modification du niveau de soupçon d'activité illégale nécessaire pour justifier une fouille» (*idem*).

La Cour a souligné que [TRADUCTION] «le "motif raisonnable" n'est pas une condition irréductible de la validité d'une fouille» et qu'elle n'avait pas hésité, dans le passé, à adopter une norme moins stricte lorsque cela servirait le mieux l'intérêt public. La Cour a donc énoncé le critère suivant pour déterminer si une fouille effectuée par un responsable d'école est raisonnable (aux pp. 341 à 343): 40

[TRADUCTION] Nous nous associons à la majorité des tribunaux qui ont examiné cette question en concluant que l'adaptation des droits en matière de vie privée des élèves à la nécessité importante que les enseignants et les administrateurs aient la liberté de maintenir l'ordre dans les écoles n'exige pas le strict respect de la condition que les fouilles soient fondées sur un motif raisonnable de croire que la personne fouillée a enfreint ou est en train d'enfreindre la loi. La légalité de la fouille d'un élève devrait plutôt dépendre uniquement de son caractère raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Pour déterminer le caractère raisonnable d'une fouille, il faut se poser une double question: en premier lieu, il faut se demander «si l'action [. . .] était justifiée dès le

one must determine whether the search as actually conducted "was reasonably related in scope to the circumstances which justified the interference in the first place," *ibid.* Under ordinary circumstances, a search of a student by a teacher or other school official will be "justified at its inception" when there are reasonable grounds for suspecting that the search will turn up evidence that the student has violated or is violating either the law or the rules of the school. Such a search will be permissible in its scope when the measures adopted are reasonably related to the objectives of the search and not excessively intrusive in light of the age and sex of the student and the nature of the infraction.

. . . By focusing attention on the question of reasonableness, the standard will spare teachers and school administrators the necessity of schooling themselves in the niceties of probable cause and permit them to regulate their conduct according to the dictates of reason and common sense.

Applying this test, the majority of the Court found that the search conducted by the assistant vice-principal was not unreasonable.

41 The Ontario Court of Appeal in *J.M.G.*, *supra*, adopted the test articulated by the U.S. Supreme Court in *T.L.O.* In that case, a school principal, acting on information received from a teacher, brought a student to his office, searched him and found a small packet of marijuana hidden in his sock or pant leg. He then called a police officer, with whom he had spoken earlier. The officer came and arrested the student for possession of a narcotic. The Ontario Court of Appeal applied the test from *T.L.O.* and found that the search was justified at its inception (at p. 709). Once he had received information that a student was concealing drugs on a particular part of his person, it was not unreasonable for the principal to require the student to remove his socks to prove or disprove the allegation. The search was "reasonably related to the desirable objective of maintaining proper order and discipline" (*idem*). The Court also found that the search was not excessively intrusive (*idem*). It was noted that in Canada the law generally requires a warrant or other prior authorization. However, the Court thought that the relationship between the principal and student was different from that between a police officer and a citizen,

départ», *Terry c. Ohio*, 392 U.S., à la p. 20, 88 S.Ct., à la p. 1879; en deuxième lieu, il faut se demander si la fouille effectuée «avait, sur le plan de son étendue, un lien raisonnable avec les circonstances justifiant l'intervention au départ», *ibid.* Ordinairement, la fouille d'un élève par un enseignant ou par un autre responsable d'école est «justifiée dès le départ» lorsqu'il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle fournira la preuve que l'élève a violé ou est en train de violer soit la loi, soit les règles de l'école. Une telle fouille est acceptable, sur le plan de son étendue, lorsque les mesures prises ont un lien raisonnable avec les objectifs qu'elle vise et ne sont pas trop envahissantes eu égard à l'âge et au sexe de l'élève et à la nature de l'infraction.

. . . En mettant l'accent sur la question du caractère raisonnable, la norme évitera aux enseignants et aux administrateurs d'une école d'avoir à se familiariser avec les subtilités des motifs raisonnables et leur permettra de régler leur conduite sur les préceptes de la raison et du bon sens.

En appliquant ce critère, la Cour à la majorité a conclu que la fouille exécutée par le sous-directeur adjoint n'était pas abusive.

Dans l'arrêt *J.M.G.*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté le critère énoncé dans *T.L.O.* par la Cour suprême des États-Unis. Dans cette affaire, un directeur d'école, qui agissait sur la foi de renseignements reçus d'un enseignant, a convoqué un élève à son bureau, l'a fouillé et a trouvé un petit paquet de marijuana caché dans sa chaussette ou sa jambe de pantalon. Il a ensuite appelé un policier, à qui il avait déjà parlé. Ce dernier est venu arrêter l'élève pour possession d'un stupéfiant. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué le critère de l'arrêt *T.L.O.* et conclu que la fouille était justifiée dès le départ (à la p. 709). Après avoir reçu des renseignements selon lesquels un élève cachait de la drogue quelque part sur lui, il n'était pas déraisonnable pour le directeur de l'obliger à enlever ses chaussettes pour prouver ou réfuter cette allégation. La fouille avait [TRADUCTION] «un lien raisonnable avec l'objectif souhaitable du maintien de l'ordre et de la discipline» (*idem*). La cour a aussi conclu que la fouille n'était pas trop envahissante (*idem*). Elle a noté qu'au Canada la loi exige généralement un mandat ou une autre autorisation préalable. La cour a toutefois estimé que les rapports entre le directeur et

and that "society as a whole has an interest in the maintenance of a proper educational environment, which clearly involves being able to enforce school discipline efficiently and effectively" (at p. 710). It was therefore held to be "neither feasible nor desirable" that prior authorization be required in the case of a principal searching a student (at p. 711).

The Court of Appeal in this case followed *J.M.G.* and applied the *T.L.O.* test. The test established in *T.L.O.* dispenses not only with the warrant requirement but also with the need for probable cause, imposing instead a generalized standard of reasonableness in all the circumstances. However it must be observed that this test has been subject to criticism in the United States (see, e.g., J. M. Sanchez, "Expelling the Fourth Amendment from American Schools: Students' Rights Six Years After *T.L.O.*" (1992), 21 *J. L. & Education* 381; Thomas C. Fischer, "From *Tinker* to *TLO*; Are Civil Rights for Students 'Flunking' in School?" (1993), 22 *J. L. & Education* 409). Nonetheless in my view the test set out in *T.L.O.* can be applied in the elementary and secondary school setting in Canada. Significantly the same result reached in *T.L.O.* can be obtained by applying principles to be derived from decisions of this Court which have considered the *Charter*.

In Canada, the need to establish the existence of reasonable and probable grounds for the search provide the required minimum constitutional guarantee of reasonableness in all but a few very limited exceptions. Nonetheless, the question remains, should this standard be required in the school setting?

(b) *What Standard Should Be Applied?*

The general rule, established by this Court in *Hunter*, *supra*, is that in order to be reasonable, a search requires prior authorization, usually in the form of a warrant, from a neutral arbiter (at pp. 160-62). According to this rule, a search conducted without prior authorization is *prima facie*

l'élève étaient différents de ceux qui existent entre un policier et un citoyen, et que [TRADUCTION] «dans l'ensemble, la société a intérêt à ce qu'un environnement éducatif approprié soit maintenu, ce qui implique clairement la capacité de faire régner la discipline scolaire de manière efficiente et efficace» (à la p. 710). Il a donc été jugé qu'il n'était [TRADUCTION] «ni possible ni souhaitable» d'exiger une autorisation préalable dans le cas de la fouille d'un élève par un directeur (à la p. 711).

42 Dans cette affaire, la Cour d'appel a suivi l'arrêt *J.M.G.* et appliqué le critère de l'arrêt *T.L.O.* Le critère établi dans *T.L.O.* dispense non seulement de l'obligation d'obtenir un mandat, mais encore de la nécessité d'avoir des motifs raisonnables, en les remplaçant par une norme générale du caractère raisonnable dans toutes les circonstances. Il faut toutefois noter que ce critère a été critiqué aux États-Unis (voir, par exemple, J. M. Sanchez, «Expelling the Fourth Amendment from American Schools: Students' Rights Six Years After *T.L.O.*» (1992), 21 *J. L. & Education* 381; Thomas C. Fischer, «From *Tinker* to *TLO*; Are Civil Rights for Students "Flunking" in School?» (1993), 22 *J. L. & Education* 409). J'estime néanmoins que le critère énoncé dans *T.L.O.* peut être appliqué au contexte des écoles élémentaires et secondaires au Canada. Il est possible d'arriver sensiblement au même résultat que dans l'arrêt *T.L.O.* en appliquant les principes tirés des arrêts où notre Cour s'est penchée sur la *Charte*.

43 Au Canada, la nécessité d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille fournit dans tous les cas, sous réserve de quelques exceptions très limitées, la garantie minimale de caractère raisonnable requise par la Constitution. Il reste néanmoins à savoir si cette norme devrait être requise dans le contexte scolaire.

b) *Quelle norme devrait s'appliquer?*

44 Selon la règle générale établie par notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité, une perquisition ou une fouille doit, pour être raisonnable, avoir fait l'objet d'une autorisation préalable, habituellement sous forme de mandat, accordée par un arbitre neutre (aux pp. 160 à 162). Suivant cette règle, une

unreasonable. However, the Court recognized in *Hunter*, at p. 161, that "it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization". Prior authorization is a precondition for a reasonable search where it is feasible to obtain it (*idem*). Further it was acknowledged that it might be appropriate to dispense with the warrant requirement in situations where it is not feasible to obtain prior authorization.

45 In my opinion the search of a student by a school authority is just such a situation where it would not be feasible to require that a warrant or any other prior authorization be obtained for the search. To require a warrant would clearly be impractical and unworkable in the school environment. Teachers and administrators must be able to respond quickly and effectively to problems that arise in their school. When a school official conducts a search of or seizure from a student, a warrant is not required. The absence of a warrant in these circumstances will not lead to a presumption that the search was unreasonable.

46 The other basic principle enunciated in the *Hunter* decision was that a reasonable search must be based on reasonable and probable grounds. It was held, at p. 167, that "[t]he state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion". Therefore, "reasonable and probable grounds . . . to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure" (p. 168). The requirement of reasonable and probable grounds has been maintained subject only to very limited exceptions (e.g., search incident to arrest; see *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158).

perquisition ou fouille effectuée sans autorisation préalable est abusive à première vue. La Cour a toutefois reconnu, dans *Hunter*, à la p. 161, qu'«il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable». Une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable du caractère raisonnable d'une fouille ou d'une perquisition (*idem*). Il a été en outre reconnu qu'il pourrait convenir de dispenser de l'obligation d'obtenir un mandat dans des situations où il est impossible d'obtenir une autorisation préalable.

À mon avis, la fouille d'un élève par une autorité scolaire est un exemple parfait de situation où il serait impossible d'exiger l'obtention d'un mandat ou d'une autre autorisation préalable avant de procéder à la fouille. Exiger un mandat serait clairement peu pratique et irréalisable dans l'environnement scolaire. Les enseignants et les administrateurs doivent pouvoir répondre rapidement et efficacement aux problèmes qui surgissent dans leur école. Lorsqu'un responsable d'école procède à une fouille ou à une saisie sur un élève, aucun mandat n'est requis. L'absence de mandat dans ces circonstances n'entraîne pas une présomption de fouille abusive.

L'autre principe de base énoncé dans l'arrêt *Hunter* veut qu'une perquisition ou une fouille raisonnable soit fondée sur des motifs raisonnables et probables. Il a été jugé, aux pp. 167 et 168, que «[l]e droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité». Par conséquent, «l'existence de motifs raisonnables et probables [. . .] de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie» (p. 168). L'exigence de motifs raisonnables et probables a été maintenue, sous réserve seulement d'exceptions très limitées (comme, par exemple, dans le cas d'une fouille accessoire à l'arrestation; voir *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158).

Yet teachers and principals must be able to act quickly to protect their students and to provide the orderly atmosphere required for learning. If a teacher were told that a student was carrying a dangerous weapon or sharing a dangerous prohibited drug the parents of all the other students at the school would expect the teacher to search that student. The role of teachers is such that they must have the power to search. Indeed students should be aware that they must comply with school regulations and as a result that they will be subject to reasonable searches. It follows that their expectation of privacy will be lessened while they attend school or a school function. This reduced expectation of privacy coupled with the need to protect students and provide a positive atmosphere for learning clearly indicate that a more lenient and flexible approach should be taken to searches conducted by teachers and principals than would apply to searches conducted by the police.

47 Or les enseignants et les directeurs doivent pouvoir agir rapidement pour protéger leurs élèves et procurer l'atmosphère ordonnée propice à l'acquisition de connaissances. Si un enseignant apprenait qu'un élève transporte une arme dangereuse ou distribue une drogue illicite dangereuse, les parents de tous les autres élèves de l'école s'attendraient à ce qu'il fouille cet élève. Le rôle des enseignants est tel que ceux-ci doivent pouvoir effectuer des fouilles. En fait, les élèves devraient être conscients qu'ils doivent respecter le règlement de l'école et qu'ils peuvent donc faire l'objet de fouilles raisonnables. Il s'ensuit que leur attente en matière de vie privée sera moindre pendant qu'ils sont à l'école ou participent à une activité scolaire. Cette attente réduite en matière de vie privée, conjuguée à la nécessité de protéger les élèves et de leur procurer une atmosphère propice à l'acquisition de connaissances, indique clairement qu'il y a lieu d'adopter, à l'égard des fouilles effectuées par des enseignants et des directeurs, une attitude plus clémente et souple que dans le cas des fouilles effectuées par la police.

A search by school officials of a student under their authority may be undertaken if there are reasonable grounds to believe that a school rule has been or is being violated, and that evidence of the violation will be found in the location or on the person of the student searched. Searches undertaken in situations where the health and safety of students is involved may well require different considerations. All the circumstances surrounding a search must be taken into account in determining if the search is reasonable.

48 Les responsables d'une école peuvent fouiller un élève relevant de leur autorité s'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une règle de l'école a été violée ou est en train de l'être, et que la preuve de cette violation se trouve dans les lieux ou sur la personne de l'élève fouillé. Les fouilles entreprises dans des cas où la santé et la sécurité des élèves est en cause peuvent bien nécessiter l'application d'autres facteurs. Pour déterminer si une fouille est raisonnable, il faut prendre en considération toutes les circonstances qui l'ont entourée.

School authorities must be accorded a reasonable degree of discretion and flexibility to enable them to ensure the safety of their students and to enforce school regulations. Ordinarily, school authorities will be in the best position to evaluate the information they receive. As a result of their training, background and experience, they will be in the best possible position to assess both the propensity and credibility of their students and to relate the information they receive to the situation existing in their particular school. For these reasons, courts should recognize the preferred posi-

49 Les autorités scolaires doivent jouir d'un pouvoir discrétionnaire et d'une latitude raisonnables pour être en mesure d'assurer la sécurité de leurs élèves et d'appliquer le règlement de l'école. Celles-ci sont habituellement les mieux placées pour évaluer les renseignements qu'elles reçoivent. Grâce à leur formation et à leur expérience, elles sont les mieux placées pour évaluer les propensions et la crédibilité de leurs élèves, et pour faire le lien entre les renseignements qu'elles reçoivent et la situation qui existe dans leur propre école. Voilà pourquoi les tribunaux devraient reconnaître

tion of school authorities to determine whether reasonable grounds existed for the search.

50 A teacher or principal should not be required to obtain a warrant to search a student and thus the absence of a warrant in these circumstances will not create a presumption that the search was unreasonable. A search of a student will be properly instituted in those circumstances where the teacher or principal conducting the search has reasonable grounds to believe that a school rule has been violated and the evidence of the breach will be found on the student. These grounds may well be provided by information received from just one student that the school authority considers credible. Alternatively the reasonable grounds may be based upon information from more than one student or from observations of teachers or principals, or from a combination of these pieces of information which considered together the relevant authority believes to be credible. This approach to reasonable grounds in the school environment will permit school authorities to deal speedily and effectively with breaches of school regulations and disciplinary problems, which is so essential to providing a safe and positive environment for learning. Yet it will provide for the reasonable protection of students' rights. The approach to be taken in considering searches by teachers may be summarized in this manner:

(1) A warrant is not essential in order to conduct a search of a student by a school authority.

(2) The school authority must have reasonable grounds to believe that there has been a breach of school regulations or discipline and that a search of a student would reveal evidence of that breach.

(3) School authorities will be in the best position to assess information given to them and relate it to the situation existing in their school. Courts should recognize the preferred position of school authorities to determine if reasonable grounds existed for the search.

la situation privilégiée des autorités scolaires pour ce qui est de décider s'il y a des motifs raisonnables de procéder à la fouille.

Un enseignant ou un directeur ne devrait pas être tenu d'obtenir un mandat pour fouiller un élève, et, partant, l'absence de mandat dans ces circonstances ne crée pas de présomption de fouille abusive. L'enseignant ou le directeur qui a des motifs raisonnables de croire qu'une règle de l'école a été violée et que la preuve de cette violation peut être découverte sur l'élève même peut procéder légitimement à la fouille de ce dernier. Ces motifs peuvent bien résulter des renseignements reçus d'un seul élève que l'autorité scolaire juge crédible. Subsidiairement, les motifs raisonnables peuvent être fondés sur des renseignements émanant de plus d'un élève ou d'observations faites par des enseignants ou des directeurs, ou d'une combinaison de ces éléments d'information que l'autorité pertinente estime crédibles dans l'ensemble. Cette façon d'aborder les motifs raisonnables dans l'environnement scolaire permettra aux autorités scolaires de réagir rapidement et efficacement aux manquements au règlement de l'école et aux problèmes de discipline, ce qui est si essentiel au maintien d'un environnement sûr et propice à l'acquisition de connaissances. Elle permettra malgré tout d'assurer la protection raisonnable des droits des élèves. La démarche à suivre pour examiner les fouilles effectuées par des enseignants peut se résumer ainsi:

(1) Il n'est pas essentiel que l'autorité scolaire obtienne un mandat pour fouiller un élève.

(2) L'autorité scolaire doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu manquement au règlement ou à la discipline de l'école et que la fouille d'un élève en apporterait la preuve.

(3) Les autorités scolaires sont les mieux placées pour évaluer les renseignements qui leur sont donnés et pour faire le lien entre ceux-ci et la situation qui existe dans leur école. Les tribunaux devraient reconnaître la situation privilégiée des autorités scolaires pour ce qui est de décider s'il existe des motifs raisonnables de procéder à la fouille.

(4) The following may constitute reasonable grounds in this context: information received from one student considered to be credible, information received from more than one student, a teacher's or principal's own observations, or any combination of these pieces of information which the relevant authority considers to be credible. The compelling nature of the information and the credibility of these or other sources must be assessed by the school authority in the context of the circumstances existing at the particular school.

If this approach is followed it will permit school authorities to fashion remedies that are efficacious and flexible.

(c) *The Search Must Be Reasonable*

If it is to be reasonable the search must be conducted reasonably and must be authorized by a statutory provision which is itself reasonable. There is no specific authorization to search provided in the *Education Act*, R.S.N.S. 1989, or its regulations. Nonetheless, the responsibility placed upon teachers, and principals to maintain proper order and discipline in the school and to attend to the health and comfort of students by necessary implication authorizes searches of students. See s. 54(b) and Regulation 3(7) and (9). Teachers must be able to search students if they are to fulfil the statutory duties imposed upon them. It is reasonable, if not essential to provide teachers and principals with this authorization to search. It is now necessary to consider the circumstances in which the search itself may be considered to be reasonable.

The search conducted by school authorities must itself be reasonable and appropriate in light of the circumstances presented and the nature of the suspected breach of school regulations. The permissible extent of the search will vary with the gravity of the infraction that is suspected. For example, it may be reasonable for a teacher to take immediate action and undertake whatever search is required where there are reasonable grounds to believe that a student is carrying a gun or some other danger-

(4) Les exemples suivants peuvent constituer des motifs raisonnables dans ce contexte: des renseignements reçus d'un élève jugé crédible, des renseignements émanant de plus d'un élève, des observations d'un enseignant ou d'un directeur, ou d'une combinaison de ces éléments d'information que l'autorité pertinente juge crédibles. La nature convaincante des renseignements reçus et la crédibilité de ces sources ou celle d'autres sources doivent être évaluées par l'autorité scolaire en fonction de la situation qui existe dans l'école donnée.

Si elles suivent cette démarche, les autorités scolaires seront en mesure de concevoir des mesures correctives efficaces et souples.

c) *La fouille doit être raisonnable*

Pour être raisonnable, la fouille doit être effectuée de manière raisonnable et être autorisée par une disposition législative qui est elle-même raisonnable. On ne trouve aucune autorisation particulière de procéder à des fouilles dans l'*Education Act*, R.S.N.S. 1989, ou dans son règlement d'application. Cependant, la responsabilité qui incombe aux enseignants et aux directeurs de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école et de veiller à la santé et au bien-être des élèves autorise, par déduction nécessaire, les fouilles d'élèves. Voir l'al. 54b) de la Loi et les par. 3(7) et (9) du Règlement. Les enseignants doivent pouvoir fouiller les élèves pour être en mesure de s'acquitter des responsabilités que leur impose la loi. Il est raisonnable, voire essentiel, de donner cette autorisation de fouiller aux enseignants et aux directeurs. Il faut maintenant examiner les circonstances dans lesquelles la fouille elle-même peut être jugée raisonnable. 51

La fouille exécutée par les autorités scolaires doit être elle-même raisonnable et appropriée eu égard aux circonstances et à la nature du manquement au règlement de l'école, dont on soupçonne l'existence. L'étendue acceptable de la fouille variera selon la gravité de l'infraction dont on soupçonne l'existence. Par exemple, il peut être raisonnable qu'un enseignant agisse immédiatement et procède à toute fouille nécessaire lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un élève 52

ous weapon. The existence of an immediate threat to the students' safety will justify swift, thorough and extensive searches. That same type of search might not be justified where, for example, a student is reasonably believed to have gum which is prohibited by school regulations in his or her pocket. The reasonableness of a search by teachers or principals in response to information received must be reviewed and considered in the context of all the circumstances presented including their responsibility for students' safety.

transporte un fusil ou une autre arme dangereuse. L'existence d'une menace immédiate à la sécurité des élèves justifie le recours à des fouilles rapides, complètes et approfondies. Le même type de fouille ne serait peut-être pas justifié si, par exemple, l'on croyait raisonnablement qu'un élève a dans sa poche de la gomme à mâcher interdite par le règlement de l'école. Le caractère raisonnable d'une fouille effectuée par des enseignants ou des directeurs à la suite de la communication de renseignements doit être examiné et apprécié en fonction de toutes les circonstances en cause, y compris la responsabilité qu'ils ont d'assurer la sécurité des élèves.

53 The circumstances to be considered should also include the age and gender of the student. For example, a search of the person of a female student by a male teacher may well be inappropriate and unreasonable. Every search should be conducted in as sensitive a manner as possible and take into account the age and sex of the student. It should not be forgotten that the manner in which students are treated in these situations will determine their respect for the rights of others in the future.

Les circonstances à examiner devraient aussi comprendre l'âge et le sexe de l'élève. Par exemple, la fouille personnelle d'une élève par un enseignant peut bien être déplacée et abusive. Chaque fouille devrait être effectuée de façon aussi délicate que possible et tenir compte de l'âge et du sexe de l'élève. Il ne faudrait pas oublier que la façon dont les élèves sont traités dans de telles circonstances aura une incidence sur leur respect futur des droits d'autrui.

54 The factors to be considered in determining whether a search conducted by a teacher or principal in the school environment was reasonable can be summarized in this manner:

1. The first step is to determine whether it can be inferred from the provisions of the relevant *Education Act* that teachers and principals are authorized to conduct searches of their students in appropriate circumstances. In the school environment such a statutory authorization would be reasonable.

2. The search itself must be carried out in a reasonable manner. It should be conducted in a sensitive manner and be minimally intrusive.

3. In order to determine whether a search was reasonable, all the surrounding circumstances will have to be considered.

Les facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si la fouille effectuée par un enseignant ou un directeur dans l'environnement scolaire était raisonnable peuvent se résumer ainsi:

1. Il faut d'abord déterminer s'il est possible de déduire des dispositions de la loi sur l'éducation pertinente que les enseignants et les directeurs sont autorisés à fouiller leurs élèves lorsque cela est indiqué. Dans l'environnement scolaire, cette autorisation légale serait raisonnable.

2. La fouille elle-même doit être effectuée de manière raisonnable. Elle devrait s'effectuer de manière délicate et être la moins envahissante possible.

3. Pour déterminer si une fouille était raisonnable, il faut examiner toutes les circonstances qui l'ont entourée.

(d) *When and to Whom Does This Standard Apply?*

This modified standard for reasonable searches should apply to searches of students on school property conducted by teachers or school officials within the scope of their responsibility and authority to maintain order, discipline and safety within the school. This standard will not apply to any actions taken which are beyond the scope of the authority of teachers or principals.

Further a different situation arises if the school authorities are acting as agents of the police. The application of the test set out in *Broyles*, *supra*, will determine whether the person conducting the search was a police agent. It will have to be determined whether the search would have taken place, in the form and in the manner in which it did, but for the involvement of the police. The usual standard, requiring prior authorization in the form of a warrant which is based upon information which provides reasonable and probable grounds, will continue to apply to police and their agents in their activities within a school. The modified standard for school authorities is required to allow them the necessary latitude to carry out their responsibilities to maintain a safe and orderly school environment. There is no reason, however, why police should not be required to comply with the usual standards, merely because the person they wish to search is in attendance at an elementary or secondary school. Since the usual standard continues to apply to police actions, it must also apply to any agent of the police. There would obviously be a potential for abuse, were that not the case.

(3) Application to This Case

Was the search conducted in this case unreasonable? In my view it was not. As a result, there was no infringement of the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*.

First, for the reasons set out earlier I am satisfied that Mr. Cadue was not acting as an agent of the police. The mere fact that there was some coopera-

d) *Quand et à qui cette norme s'applique-t-elle?*

Cette norme modifiée des fouilles raisonnables devrait s'appliquer aux fouilles d'élèves à l'école, effectuées par des enseignants ou des autorités scolaires conformément à leur responsabilité et à leur pouvoir de maintenir l'ordre, la discipline et la sécurité à l'école. Cette norme ne s'appliquera pas aux mesures qui excèdent l'autorité des enseignants ou des directeurs. 55

En outre, la situation est différente si les autorités scolaires agissent en qualité de mandataires de la police. L'application du critère établi dans l'arrêt *Broyles*, précité, permettra de déterminer si la personne qui a procédé à la fouille était un mandataire de la police. Il faudra déterminer si la fouille aurait eu lieu sous la même forme et de la même manière, n'eût été la participation de la police. La norme habituelle, qui exige une autorisation préalable sous forme de mandat fondé sur des renseignements fournissant des motifs raisonnables et probables, continuera de s'appliquer à la police et à ses mandataires dans leurs activités en milieu scolaire. La norme modifiée applicable aux autorités scolaires est nécessaire pour leur donner la latitude dont elles ont besoin pour s'acquitter de leur responsabilité de maintenir un environnement scolaire sûr et ordonné. Il n'existe cependant aucune raison de dispenser les policiers de se conformer aux normes habituelles uniquement parce que la personne qu'ils souhaitent fouiller est dans une école élémentaire ou secondaire. Puisque la norme habituelle continue de s'appliquer aux actions de la police, elle doit aussi s'appliquer à tout mandataire de la police. S'il en était autrement, il y aurait manifestement un risque d'abus. 56

(3) Application à la présente affaire

La fouille effectuée en l'espèce était-elle abusive? Je suis d'avis que non. Par conséquent, il n'y a eu aucune violation des droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*. 57

En premier lieu, pour les raisons déjà exposées, je suis convaincu que M. Cadue n'agissait pas en qualité de mandataire de la police. Le seul fait 58

tion between the vice-principal and the police, since both knew that criminal charges might result, is not sufficient to establish an agency relationship. Quite simply, there is no evidence of any agreement between Mr. Cadue and Constable Siepierski, nor is there anything to indicate that Mr. Cadue was acting under the instructions of the police. He brought the appellant to his office and initiated the search with the primary purpose of fulfilling his duty to maintain order and discipline in the school. The search was conducted within the scope of his authority as vice-principal to enforce discipline. That he knew that criminal proceedings might also result if drugs were found does not alter the situation. The search would have taken place in the same form and manner regardless of any police involvement. Therefore the vice-principal was not acting as a police agent and as a result the modified standard applicable to school authorities should govern the consideration of his search.

qu'il y ait eu une certaine coopération entre le directeur adjoint et la police, vu qu'ils savaient tous les deux que des accusations criminelles pourraient résulter, ne suffit pas à établir l'existence d'un rapport mandant-mandataire. Il n'y a tout simplement aucune preuve de l'existence d'une entente entre M. Cadue et l'agent Siepierski, et rien n'indique que M. Cadue ait agi selon des directives de la police. Il a convoqué l'appelant à son bureau et entrepris la fouille dans le but premier de s'acquitter de sa responsabilité de maintenir l'ordre et la discipline à l'école. La fouille a été exécutée conformément au pouvoir qu'il avait, à titre de directeur adjoint, de faire régner la discipline. Le fait qu'il ait su que des procédures criminelles pourraient résulter de la découverte éventuelle de drogue ne change rien à la situation. La fouille aurait eu lieu sous la même forme et de la même manière, indépendamment de toute participation policière. Par conséquent, le directeur adjoint n'agissait pas en qualité de mandataire de la police et, partant, la norme modifiée applicable aux autorités scolaires devrait régir l'examen de la fouille qu'il a effectuée.

59 Nor can it be said that the police officer himself carried out the search and that the usual higher standard should therefore apply. The police officer was present when the search took place, but took no active part whatsoever in the search. His presence was merely passive, up until the point when the drugs were found and given to him, and the arrest was made. If the police officer had in some manner, taken an active role in the search, the application of different considerations would be required. However that is not the situation presented in this case.

On ne peut pas dire non plus que le policier a effectué lui-même la fouille et que c'est donc la norme plus élevée habituelle qui devrait s'appliquer. Le policier a assisté à la fouille, mais n'y a aucunement participé. Sa présence était uniquement passive, jusqu'au moment où la drogue a été découverte et lui a été remise, et l'arrestation effectuée. Si le policier avait participé activement de quelque façon à la fouille, d'autres facteurs devraient s'appliquer. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce.

60 It was further argued that the mere presence of the police officer was sufficient to conclude that the officer was in fact the authority carrying out the search. That contention flies in the face of the evidence and cannot be accepted. The officer was at all times completely passive. It cannot be forgotten that on occasion a secondary school student may be larger and more powerful than the teacher who must in the interests of the safety of other students conduct the search. No doubt in these cir-

On a, de plus, allégué que la seule présence du policier était suffisante pour conclure qu'il était en fait l'autorité qui procédait à la fouille. Cette allégation est contredite par la preuve et ne saurait être acceptée. Le policier est demeuré complètement passif en tout temps. Il ne faut pas oublier qu'il peut arriver qu'un élève du secondaire soit plus grand et plus fort que l'enseignant qui doit le fouiller dans le but d'assurer la sécurité des autres élèves. Il n'y a pas de doute que, dans ces circons-

cumstances, if financial resources permitted it, a security officer might be employed by the school and would, unless violence was threatened, be present and sit passively in the office. His presence would not affect the validity of the search. There should be no difference if it is a police constable who is present as long as that constable remains passive during the search. In this case the student in his testimony expressed the opinion that Mr. Cadue was the "boss", that it was his school. This serves to confirm that in the eyes of the accused the Constable took no part in the search.

tances, si l'école en avait les moyens, elle pourrait éventuellement retenir les services d'un agent de sécurité, qui, à moins de menaces de violence, resterait là assis passivement dans le bureau. Sa présence ne compromettrait pas la validité de la fouille. Cela ne devrait faire aucune différence que ce soit un policier qui soit présent pourvu que celui-ci demeure passif pendant la fouille. En l'espèce, l'élève a, dans son témoignage, exprimé l'avis que M. Cadue était le [TRADUCTION] «patron», que c'était son école. Cela confirme qu'aux yeux de l'accusé le policier n'a pas participé à la fouille.

As a result, the test applicable to searches conducted by teachers applies to the search carried out by Mr. Cadue of the appellant's person. The absence of a warrant, therefore, does not mean that the search was *prima facie* unreasonable. Two additional matters need to be considered. First, it must be determined whether the vice-principal had reasonable grounds to believe that a school rule had been or was being violated, and that evidence of this violation would be found on the appellant's person. Second, it must be decided whether the search was conducted in a reasonable manner. 61

En conséquence, le critère applicable aux fouilles effectuées par des enseignants s'applique à la fouille de l'appelant par M. Cadue. L'absence de mandat ne signifie donc pas que la fouille était abusive à première vue. Il reste deux autres questions à examiner. Premièrement, il faut déterminer si le directeur adjoint avait des motifs raisonnables de croire qu'une règle de l'école avait été violée ou était en train de l'être, et que l'on trouverait la preuve de cette violation sur la personne de l'appelant. Deuxièmement, il faut décider si la fouille a été effectuée de manière raisonnable.

Mr. Cadue had received information from several students indicating that the appellant possessed marijuana and was trafficking in it on the school grounds. He thought that this information was reliable because these students knew the appellant well. One of the students had given him accurate information on a previous occasion. None of this information had been corroborated by his own observations, but this corroboration will not always be necessary. In this case the information came from a number of sources which the vice-principal had reason to believe were credible. On the day of the search, he had received specific information that the appellant would be carrying drugs that evening. This would have provided him with reasonable grounds to believe that he would find marijuana, a prohibited substance, if he searched the appellant's person at that time. Taking into account all of these factors, the requirement of the existence of reasonable grounds was satisfied in this case. 62

Monsieur Cadue avait reçu de plusieurs élèves des renseignements indiquant que l'appelant était en possession de marijuana et qu'il en faisait le trafic à l'école. Il a cru que ces renseignements étaient fiables puisque ces élèves connaissaient bien l'appelant. L'un des élèves lui avait déjà donné des renseignements exacts à une autre occasion. Aucun de ces renseignements n'avait été corroboré par ses propres observations, mais cette corroboration n'est pas toujours nécessaire. En l'espèce, les renseignements provenaient de plusieurs sources que le directeur adjoint avait raison de juger crédibles. Le jour de la fouille, il avait été averti précisément que l'appelant transporterait de la drogue ce soir-là. Cela lui aurait donné des motifs raisonnables de croire qu'il trouverait une substance interdite, à savoir de la marijuana, s'il fouillait alors l'appelant. Compte tenu de tous ces facteurs, la condition qu'il existe des motifs raisonnables est remplie en l'espèce.

63 The search undertaken by Mr. Cadue was conducted reasonably. It took place in the relative privacy of the principal's office. The search conducted was appropriate to the offence of possession of a prohibited substance Mr. Cadue reasonably believed was in the possession of M.R.M. The search was minimally intrusive and was carried out in an appropriately sensitive manner.

64 In summary, the search was by inference authorized by the provisions of the Nova Scotia *Education Act*. A provision to search students in appropriate circumstances is reasonable in the school environment. As a student M.R.M. would have a reduced expectation of privacy. Mr. Cadue had reasonable grounds to believe M.R.M. was in breach of school regulations and that a search would reveal evidence of that breach. The search was conducted in a reasonable and sensitive manner. Taking into account all the circumstances I am satisfied that the search was not unreasonable and in the circumstances there was no violation of M.R.M.'s s. 8 rights. In meeting these requirements the search as well meets all the conditions of the test set out in *T.L.O.* It should be noted that this case deals only with a search of students in an elementary or secondary school. No consideration has been given to searches made in a college or university setting.

C. *Were the Rights of the Appellant Under Section 10(b) of the Charter Violated?*

65 The appellant further submits that he was detained when Mr. Cadue took him to his office, and since he was not informed of his right to counsel at that time, his rights under s. 10(*b*) of the *Charter* were also violated. I cannot accept this submission.

66 The appellant testified that he felt he had no choice but to follow the vice-principal to his office and remain there. There is no doubt that he felt that he was under some measure of compulsion. Within the school students must often feel compelled to obey school rules and the instructions of their

La fouille entreprise par M. Cadue a été effectuée de manière raisonnable. Elle a eu lieu dans l'intimité relative du bureau du directeur. Elle convenait à l'infraction de possession d'une substance interdite qui, selon ce que M. Cadue croyait raisonnablement, était en la possession de M.R.M. La fouille a été effectuée de la manière la moins envahissante possible et avec suffisamment de délicatesse.

En résumé, la fouille était implicitement autorisée par les dispositions de l'*Education Act* de la Nouvelle-Écosse. Une disposition autorisant la fouille d'élèves lorsque cela s'impose est raisonnable dans l'environnement scolaire. En sa qualité d'élève, M.R.M. avait une attente réduite en matière de vie privée. Monsieur Cadue avait des motifs raisonnables de croire que M.R.M. violait le règlement de l'école et qu'une fouille permettrait de le prouver. La fouille a été effectuée de manière raisonnable et délicate. Compte tenu de toutes les circonstances, je suis persuadé que la fouille n'était pas abusive et que, dans ce contexte, il n'y a eu aucune violation des droits garantis à M.R.M. par l'art. 8. En satisfaisant à ces exigences, la fouille remplit aussi toutes les conditions du critère établi dans l'arrêt *T.L.O.* Il y a lieu de noter que cette affaire ne porte que sur une fouille d'élèves exécutée dans une école élémentaire ou secondaire. On ne s'est pas penché sur le cas des fouilles effectuées dans des établissements de niveau collégial ou universitaire.

C. *Y a-t-il eu violation des droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) de la Charte?*

L'appelant soutient, en outre, qu'il était détenu lorsque M. Cadue l'a emmené dans son bureau et que, parce qu'il n'a pas alors été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, il y a eu violation des droits que lui garantit l'al. 10*b*) de la *Charte*. Je ne puis retenir cet argument.

L'appelant a témoigné qu'il n'estimait n'avoir d'autre choix que de suivre le directeur adjoint à son bureau et d'y rester. Il ne fait aucun doute qu'il a dû éprouver une certaine contrainte. À l'école, les élèves doivent souvent se sentir contraints d'obéir aux règles de l'école et aux directives de

teachers and principals. Students may often be told by teachers to go to a certain location and to wait there for further instructions. Yet the school environment requires that this be done. It does not mean that the students were detained within the meaning of s. 10(*b*).

Detention has been defined to include a "deprivation of liberty by physical constraint" or "when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel" (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 642). Even if the compelled attendance of a student at a principal's office or some other form of restraint by a school authority could be understood as falling within the strict terms of the definition of "detention" set out in *Therens*, it should not be considered as "detention" for the purposes of s. 10(*b*). In my view that section was not meant to apply to relations between students and teachers, but rather to relations between individuals and the state, usually focused upon the investigation of a criminal offence. The right to counsel provided in s. 10(*b*) was designed to address the vulnerable position of an individual who has been detained by the coercive power of the state in the course of a criminal investigation, and is thus deprived of his or her liberty and placed at risk of making self-incriminating statements (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 191). Its application in the school context is inappropriate and would lead to absurd results. As a result, there was no detention for *Charter* purposes in this case, and thus no violation of s. 10(*b*) can be found.

Once again, it must be stated that if the vice-principal had been acting as an agent of the police, or if the police officer himself had taken any active role in detaining the appellant, it might well be that the appellant was detained within the meaning

leurs enseignants et de leurs directeurs. Les élèves peuvent souvent se voir demander par les enseignants de se rendre à un certain endroit et d'y rester jusqu'à nouvel ordre. Or l'environnement scolaire exige qu'il en soit ainsi. Cela ne signifie pas que les élèves sont détenus au sens de l'al. 10*b*).

67 Selon la définition qui en a été donnée, la «détention» comprend la «privation de liberté par contrainte physique» ou la situation qui a cours «lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat» (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 642). Même si le fait pour un élève de devoir se présenter au bureau du directeur ou d'être assujetti à quelque autre forme de contrainte de la part d'une autorité scolaire pouvait être perçu comme correspondant aux termes stricts de la définition du mot «détention» dans l'arrêt *Therens*, il n'y a pas lieu de considérer cela comme de la «détention» aux fins de l'application de l'al. 10*b*). À mon avis, cette disposition est destinée à s'appliquer non pas aux rapports entre les élèves et les enseignants, mais plutôt aux rapports entre les particuliers et l'État, en ce qui a trait habituellement aux enquêtes relatives à une infraction criminelle. Le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) vise à remédier à la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve le particulier qui est détenu en vertu du pouvoir de coercition de l'État au cours d'une enquête criminelle et qui, ainsi privé de sa liberté, risque de faire des déclarations susceptibles de l'incriminer (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 191). Son application dans le contexte scolaire n'est pas indiquée et entraînerait des résultats absurdes. Par conséquent, il n'y a pas eu détention au sens de la *Charte* en l'espèce et il n'est donc pas possible de conclure à l'existence d'une violation de l'al. 10*b*).

68 Là encore, il faut préciser que si le directeur adjoint avait agi en qualité de mandataire de la police, ou si le policier lui-même avait joué un rôle actif dans la détention de l'appelant, ce dernier aurait bien pu être détenu au sens de l'al. 10*b*).

of s. 10(*b*). However, on the facts presented in this case, the appellant was not detained prior to his arrest by Constable Siepierski. He was properly cautioned and instructed as to his right to counsel at the time of the arrest. Therefore, I find that there was no violation of the appellant's s. 10(*b*) rights.

V. Disposition

69 In the result the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

70 MAJOR J. (dissenting) — I agree with many of the conclusions reached by Cory J.

71 In particular, I agree that the actions of school officials as an extension of government are subject to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree that a student on school property has an expectation of privacy sufficient to engage s. 8 but that expectation is and should be lower than a member of the general public.

72 It is self-evident that school authorities must have the ability to provide a safe haven for students that creates a proper learning environment. In order for that environment to exist a students' expectation of privacy is lessened by the *Education Act*, R.S.N.S. 1989, c. 136, to provide teachers and other school personnel with the ability to search lockers, desks and students. Students and parents know and accept these conditions upon enrolment.

73 I do not agree with Cory J. in his conclusion that the Nova Scotia Court of Appeal was correct in reversing the trial judge and concluding that the vice-principal in this appeal was not acting as an agent of the police at the time he conducted the search of the appellant. The trial judge had found that the vice-principal at the critical time was acting as an agent of the police. There was evidence upon which the trial judge could reach that conclusion and neither the Court of Appeal of Nova Sco-

D'après les faits de la présente affaire, l'appelant n'a cependant pas été détenu avant son arrestation par l'agent Siepierski. Il a été régulièrement avisé et informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation. Je conclus donc qu'il n'y a eu aucune violation des droits garantis à l'appelant par l'al. 10*b*).

V. Dispositif

En définitive, le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je partage un bon nombre des conclusions du juge Cory.

En particulier, je suis d'accord pour dire que les actes que les responsables d'une école accomplissent, en tant que prolongement du gouvernement, sont assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens que l'attente en matière de vie privée d'un élève à l'école est suffisante pour déclencher l'application de l'art. 8, mais que cette attente est et devrait être moindre que celle d'un membre du public en général.

Il va de soi que les autorités scolaires doivent être en mesure de procurer aux élèves un lieu sûr qui crée un environnement propice à l'acquisition de connaissances. Afin d'assurer l'existence d'un tel environnement, l'*Education Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 136, réduit l'attente en matière de vie privée des élèves en accordant aux enseignants et aux autres membres du personnel d'une école la capacité de fouiller les casiers, les pupitres et les élèves eux-mêmes. Les élèves et les parents connaissent et acceptent ces conditions lors de l'inscription.

Je ne partage pas la conclusion du juge Cory selon laquelle la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a eu raison d'infirmer la décision du juge du procès et de conclure que le directeur adjoint, en l'espèce, n'agissait pas en qualité de mandataire de la police au moment où il a procédé à la fouille de l'appelant. Le juge du procès avait conclu qu'au moment critique le directeur adjoint agissait en qualité de mandataire de la police. Il y avait des éléments de preuve qui permettaient au juge du

tia or this Court should interfere with that finding. In the result, it is my opinion that the vice-principal, if acting as vice-principal, could have lawfully conducted the search he did. However, as he was acting as an agent of the police, the search as conducted required the appellant to be given his *Charter* protections.

procès de tirer cette conclusion, que ni la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ni notre Cour ne devraient modifier. En conséquence, j'estime que la fouille à laquelle le directeur adjoint a procédé aurait pu être légale si celui-ci avait alors agi en sa qualité de directeur adjoint. Par contre, comme il agissait en qualité de mandataire de la police, la fouille effectuée exigeait que l'appelant bénéficie des protections que lui assure la *Charte*.

These reasons will not interfere with the safe and orderly operation of schools. The risk of physical harm and the prevalence of alcohol and illegal drugs at some schools is a sad but well-known fact. The school staff have the ability to deal with these problems. If they elect to involve the police, which in many cases would be prudent, and if in doing so they elect to become agents of the police then the procedures prescribed for police investigations have to be followed. 74

Les présents motifs n'entraveront pas le fonctionnement sûr et ordonné des écoles. Le risque de préjudice physique et l'usage répandu de l'alcool et des drogues illégales dans certaines écoles sont une réalité triste mais bien connue. Les membres du personnel d'une école sont en mesure de régler ces problèmes. S'ils choisissent de faire appel à la police, ce qui serait prudent dans bien des cas, et que, ce faisant, ils décident de devenir ses mandataires, la procédure prescrite en matière d'enquête policière doit alors être suivie.

Facts

The chronology and facts of this appeal are fully described in the reasons of Cory J. 75

Les faits

La chronologie des faits à l'origine du présent pourvoi est décrite au complet dans les motifs du juge Cory.

Analysis

Issue 1

At trial Dyer J.F.C. held that Mr. Cadue, the vice-principal, was acting as an agent of Constable Siepierski when he searched the appellant and his companion for narcotics. He held: 76

The present case involved a young person and a school official, initially. The police officer attended at Cadue's request, but allowed Cadue to conduct a personal search. I find there was an agreed strategy that Cadue conduct the search with a view to the officer laying a possession charge if the search was productive. By this stage a criminal investigation was in full flight. By virtue of this, I find that Cadue thereby became an agent of the police, notwithstanding outward appearances and the absence of a formal declaration of roles upon reentry of the office.

Analyse

Première question

Au procès, le juge Dyer du tribunal de la famille a statué que le directeur adjoint, M. Cadue, avait agi en qualité de mandataire de l'agent Siepierski lorsqu'il a fouillé l'appelant et son copain en vue de trouver des stupéfiants. Il a conclu:

[TRADUCTION] La présente affaire concernait, au départ, une jeune personne et un responsable d'école. Le policier était là à la demande de Cadue qu'il a toutefois autorisé à effectuer une fouille personnelle. Je conclus à l'existence d'une stratégie concertée selon laquelle Cadue procéderait à la fouille et le policier porterait une accusation de possession si cette fouille était fructueuse. À ce stade, une enquête criminelle battait son plein. De ce fait, je conclus que Cadue est ainsi devenu un mandataire de la police malgré les apparences et l'absence d'une déclaration officielle des rôles à leur retour dans le bureau.

The Nova Scotia Court of Appeal overturned this finding of fact on the grounds that the available evidence could not support a finding of agency and that mere police presence was not sufficient to create an agency relationship: see *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595. *Broyles* dealt with the use of a police informant and developed a test for determining when such an informant is an agent of the police. In determining when an informer is a state agent the question is (at p. 608): "would the exchange between the accused and the informer have taken place, in the form and manner in which it did take place, but for the intervention of the state or its agents?"

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a écarté cette conclusion de fait pour le motif que la preuve disponible ne permettait pas de conclure à l'existence d'un mandat et que la seule présence d'un policier n'était pas suffisante pour donner naissance à un rapport mandant-mandataire: voir *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595. L'arrêt *Broyles*, qui concernait le recours à un indicateur de police, a établi un critère pour décider quand cet indicateur est un représentant ou mandataire de la police. Pour décider si un indicateur est un représentant de l'État, la question qui se pose est (à la p. 608): «L'échange entre l'accusé et l'indicateur aurait-il eu lieu, de la même façon et sous la même forme, n'eût été l'intervention de l'État ou de ses représentants?»

77 The *Broyles* test should be interpreted in light of the circumstances to which it is applied. The situation in the present appeal is clearly different from the police directing an informant to befriend an individual in order to gather information desired by the police. School officials who conduct searches will generally be conducting them on their own initiative and with a view to investigating the breach of school rules, not at the behest of the police to further a criminal investigation. School officials are generally not experienced in conducting searches and it is likely that the intervention or presence of a police officer will affect the nature of this type of search. It is disingenuous for the respondent to suggest that the presence of the police officer had no effect on the appellant's perception of the interrogation and subsequent search.

Le critère de l'arrêt *Broyles* devrait être interprété à la lumière des circonstances auxquelles il s'applique. Dans le présent pourvoi, la situation est nettement différente de celle où la police charge un indicateur de gagner l'amitié d'une personne afin de recueillir les renseignements qu'elle désire. Les responsables d'une école qui procèdent à des fouilles le font généralement spontanément dans le but de vérifier s'il y a manquement aux règles de l'école, et non pas sur l'ordre de la police dans le cadre d'une enquête criminelle. Les responsables d'une école n'ont généralement pas l'habitude de procéder à des fouilles et il est probable que l'intervention ou la présence d'un policier affectera la nature de ce genre de fouille. Il est faux de prétendre, comme le fait l'intimée, que la présence du policier n'a aucun effet sur la perception que l'appelant peut avoir de l'interrogatoire et de la fouille subséquente.

78 It is my opinion that the finding of the trial judge and inferences drawn from them should not be disturbed. The vice-principal and the police officer conferred outside of the principal's office prior to the vice-principal's conducting the search of the appellant. The trial judge could and reasonably did conclude that the vice-principal received instructions from the police officer on how to conduct the search. There was no evidence on the content of the conversation between the police officer and the vice-principal outside the office where the

J'estime qu'il n'y a pas lieu de modifier la conclusion du juge du procès et les déductions qu'il en fait. Le directeur adjoint et le policier se sont entretenus à l'extérieur du bureau du directeur avant que le directeur adjoint ne procède à la fouille de l'appelant. Le juge du procès pouvait conclure, comme il l'a fait raisonnablement, que le directeur adjoint avait reçu des directives du policier sur la façon de procéder à la fouille. Il n'y avait aucune preuve du contenu de la conversation que le policier et le directeur adjoint ont eue à l'extérieur du

students were detained, but I agree with the trial judge that it stretches credulity to suggest that their meeting related to anything other than the reason for calling the police and how the search should be conducted.

Of particular significance is the testimony of the vice-principal that the school policy required him to contact the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") when a student was found in possession of drugs or alcohol if he believed the possession was of a criminal nature. This policy, as worthwhile as it is, has the effect of making a school official a *de facto* agent of the police when and if the police engage the services of that person to conduct the subsequent investigation.

Our society calls upon its peace officers to ensure our safety; theirs is a dangerous occupation. The use of shortcuts by law enforcement officials will frequently be efficient but just as frequently may offend *Charter* rights as occurred here.

Issue 2

The search of the appellant was warrantless and therefore *prima facie* unreasonable: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In order to prove reasonableness, the Crown must demonstrate that: (1) the search was authorized by law; (2) the law authorizing the search was reasonable, and (3) that the manner in which the search was carried out was reasonable. The respondent submitted that the *Education Act* was the statute that authorized the vice-principal to search the appellant. However, if he was acting as an agent of the police he would have derived his power of search from the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1 (now repealed). Section 11 of the *Narcotic Control Act* states:

11. A peace officer may search any person found in a place entered pursuant to section 10 and may seize and, from a place so entered, take away any narcotic found therein, anything therein in which the peace officer reasonably suspects a narcotic is contained or concealed, or any other thing by means of or in respect of which that

bureau où les élèves étaient détenus, mais je partage l'opinion du juge du procès qu'il est exagéré de prétendre que leur rencontre a porté sur autre chose que la raison d'appeler la police et la manière de procéder à la fouille.

79 Il est particulièrement révélateur que le directeur adjoint ait témoigné que la politique de l'école l'obligeait à communiquer avec la Gendarmerie royale du Canada («GRC») lorsqu'un élève était surpris avec de la drogue ou de l'alcool en sa possession, s'il croyait que cette possession était de nature criminelle. Cette politique, si valable soit-elle, a pour effet de transformer un responsable d'école en mandataire *de facto* de la police lorsque cette dernière retient ses services pour procéder à l'enquête subséquente.

80 Notre société fait appel à ses agents de la paix pour assurer notre sécurité; leur métier est dangereux. L'utilisation de raccourcis par les fonctionnaires chargés d'appliquer la loi s'avérera souvent efficace mais pourra tout aussi souvent contrevenir aux droits garantis par la *Charte*, comme cela s'est produit en l'espèce.

Deuxième question

81 La fouille de l'appelant a été effectuée sans mandat et était donc abusive à première vue: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Pour établir le caractère raisonnable, le ministère public doit démontrer: (1) que la fouille était autorisée par la loi, (2) que la loi autorisant la fouille était raisonnable, et (3) que la manière dont la fouille a été effectuée était raisonnable. L'intimée a soutenu que l'*Education Act* était la loi qui autorisait le directeur adjoint à fouiller l'appelant. Cependant, s'il avait agi en qualité de mandataire de la police, il aurait tiré son pouvoir de fouiller de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 (maintenant abrogée). L'article 11 de la *Loi sur les stupéfiants* prévoit ceci:

11. L'agent de la paix peut, dans le lieu qu'il perquisitionne en application de l'article 10, saisir, d'une part, un stupéfiant ou un objet qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, de contenir ou de cacher un stupéfiant et, d'autre part, un objet qu'il croit, pour des motifs raisonnables, relié à la perpétration d'une infraction à la

officer believes on reasonable grounds an offence under this Act has been committed or that may be evidence of the commission of such an offence.

82 This Court's decision in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1168, provides guidance as to the criteria that should be considered in determining whether a warrantless search can be justified:

(i) Was the information predicting the commission of a criminal offence compelling?

(ii) If the information is based on a "tip" originating from a source outside the police, was that source credible?

(iii) Was the information corroborated by police investigation prior to making the decision to conduct the search?

83 I agree with Cory J. that these factors should not be applied as strictly to searches conducted by school officials, but here the vice-principal was acting *qua* agent of the police, not in his capacity as school administrator. A modified standard of reasonableness does not govern the conduct of police or their agents merely because they conduct a search on school premises and that search was conducted in a manner that would be proper if conducted by the school personnel alone.

84 The circumstances of the search breached s. 8 as they failed to meet the standard set out in *Debot*. The vice-principal, as a police agent, did not investigate to corroborate the information that he received; he acted solely on the word of the informants. While it is not necessary that all three conditions of the *Debot* test be entirely satisfied, as a weakness in one component can be overborne by strengths in others, this search lacked a strong foundation in reasonableness. The "tips" were somewhat compelling, yet lacked precision as to where the appellant would be carrying the drugs. Additionally, the vice-principal had limited dealings with one of the informants and none with the

présente loi ou susceptible de servir à prouver la perpétration d'une telle infraction. La perquisition du lieu inclut la fouille d'une personne qui s'y trouve.

L'arrêt de notre Cour *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1168, indique quels critères devraient être pris en considération pour déterminer si une fouille sans mandat peut être justifiée:

(i) Les renseignements permettant de prévoir la perpétration d'une infraction criminelle étaient-ils convaincants?

(ii) Si ces renseignements reposent sur un tuyau provenant d'une source extérieure à la police, cette source était-elle fiable?

(iii) L'enquête de la police confirmait-elle ces renseignements avant que les policiers décident de procéder à la fouille?

Je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que ces critères ne devraient pas s'appliquer avec autant de rigueur aux fouilles effectuées par des responsables d'une école, mais, en l'espèce, le directeur adjoint agissait en qualité de mandataire de la police, et non pas en sa qualité d'administrateur d'une école. Aucune norme modifiée du caractère raisonnable ne s'applique à la conduite de la police ou de ses mandataires du simple fait qu'ils procèdent à une fouille dans une école et que la fouille est effectuée d'une manière qui serait appropriée si elle était faite seulement par le personnel de l'école.

Les circonstances dans lesquelles la fouille a eu lieu contreviennent à l'art. 8 parce qu'elles ne satisfont pas à la norme établie dans *Debot*. En tant que mandataire de la police, le directeur adjoint n'a effectué aucune vérification pour confirmer les renseignements qu'il avait reçus; il s'est contenté d'agir sur la foi de ce que lui avaient dit les indicateurs. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de satisfaire complètement aux trois conditions du critère de l'arrêt *Debot*, étant donné que la faiblesse d'un élément peut être compensée par la force d'autres éléments, le caractère raisonnable de la fouille en question était précaire. Les tuyaux étaient quelque peu convaincants mais ils manquaient de précision

others. Consequently his ability to assess their credibility was limited.

Application of Section 24(2)

In determining whether evidence obtained in breach of the *Charter* should be admitted three categories are considered: trial fairness, seriousness of the breach and the effect that excluding the evidence would have on the repute of the administration of justice: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. In both *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, and *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, the Court outlined the analysis to be undertaken in determining whether evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Stillman identified trial fairness as a consideration of fundamental importance and directed that evidence should be classified as conscriptive or non-conscriptive. At p. 655 Cory J. held:

> Evidence will be conscriptive when an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples.

If the admission of the impugned evidence would render the trial unfair, the evidence must be excluded without consideration of the remaining s. 24(2) factors. Generally, conscriptive evidence derogates from the fairness of the trial.

The respondent took the position that the evidence in the present appeal should not be classified as conscriptive because the appellant merely did something that assisted the vice-principal in finding the narcotics. The respondent further argued that the evidence was real and most likely discoverable in any event as the vice- principal could have followed the appellant and waited for him to

quant à l'endroit où l'appelant transporterait la drogue. De plus, le directeur adjoint a eu peu de contacts avec l'un des indicateurs et aucun avec les autres. Sa capacité d'évaluer leur crédibilité se trouvait donc limitée.

Application du par. 24(2)

Pour décider si un élément de preuve obtenu en violation de la *Charte* devrait être admis, trois facteurs sont considérés: l'équité du procès, la gravité de la violation et l'effet que l'exclusion de l'élément de preuve aurait sur la considération dont jouit l'administration de la justice: voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Dans les deux arrêts *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, et *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, la Cour a exposé l'analyse à faire pour décider si un élément de preuve devrait être écarté conformément au par. 24(2) de la *Charte*. 85

L'arrêt *Stillman* a décrit l'équité du procès comme un facteur d'une importance fondamentale et a recommandé de classifier la preuve selon qu'elle est obtenue ou non par mobilisation de l'accusé contre lui-même. À la page 655, le juge Cory statue ceci: 86

> La preuve est obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même lorsque l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles.

Si l'utilisation de l'élément de preuve contesté rendait le procès inéquitable, cet élément doit être écarté indépendamment des autres facteurs du par. 24(2). En général, la preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même nuit à l'équité du procès.

L'intimée a soutenu que la preuve en l'espèce ne devrait pas être qualifiée de preuve obtenue par mobilisation de l'appelant contre lui-même car celui-ci a simplement accompli un geste qui a aidé le directeur adjoint à trouver les stupéfiants. L'intimée a ajouté qu'il s'agissait d'un élément de preuve matérielle qui, de toute façon, était fort susceptible d'être découvert puisque le directeur 87

remove the drugs from his sock on his own accord: see *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8.

88 The appellant was detained by the vice-principal and felt that he had to comply with the requests of the vice-principal and police officer and therefore it is unreasonable to characterize the taking off of his shoes and lifting of his pant leg as merely assisting the vice-principal. These actions were essential to the discovery of the narcotics. Similarly, I am also not persuaded by the respondent's submission that the evidence would have inevitably been discovered had the vice-principal followed the appellant and waited for him to remove the narcotics from his sock. This is highly speculative given that the appellant might have left the dance without removing the narcotics from his sock.

89 In summary, I would classify the evidence in this case as conscriptive and conclude that its admission would adversely affect trial fairness. Given my above finding it is not necessary to consider the remaining s. 24(2) factors and accordingly I would exclude the evidence.

Disposition

90 In the result I would allow the appeal and restore the acquittal of the appellant.

Appeal dismissed, MAJOR J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

adjoint aurait pu suivre l'appelant et attendre qu'il retire de son propre chef la drogue de sa chaussette: voir *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

L'appelant a été détenu par le directeur adjoint et s'est senti obligé d'obtempérer aux demandes de ce dernier et du policier, de sorte qu'il est déraisonnable de considérer qu'il n'a fait qu'aider le directeur adjoint en se déchaussant et en relevant la jambe de son pantalon. Ces actes étaient essentiels à la découverte des stupéfiants. De même, je ne juge pas convaincante la prétention de l'intimée que l'élément de preuve aurait inévitablement été découvert si le directeur adjoint avait suivi l'appelant et attendu qu'il retire le stupéfiant de sa chaussette. Cela est très hypothétique vu que l'appelant aurait pu éventuellement quitter la danse sans retirer le stupéfiant de sa chaussette.

Bref, je suis d'avis de qualifier la preuve en l'espèce de preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même et de conclure que son utilisation nuirait à l'équité du procès. Étant donné ma conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres facteurs du par. 24(2) et, en conséquence, j'écarterais l'élément de preuve en cause.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement de l'appelant.

Pourvoi rejeté, le juge MAJOR *est dissident.*

Procureur de l'appelant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Christopher Hogarth, Murray Hogarth and Diana Ruth Hogarth *Appellants*

and

Josephine Perry and John Haller *Appellants*

v.

John Emmett Hall, Frances Norma Hall, Susan Frances Hall, E. Bruce Hall, John Peter Hall by his Committee Maureen Hall, Maureen Hall as Executrix of the Estate of Yvonne Louise Carroll, Maureen Hall in her personal capacity, Martha Isabel Hall, Thomas James Hall, David Robert Hall, Richard Lawrence Carroll, Marie Helena Carroll, John Gregory Carroll, Margaret Jane Carroll, Marie Suzanne Carroll, Joan Shelagh Carroll and Laing Douglas Carroll *Respondents*

and

Ontario Holidays Corporation carrying on business as The Edenvale Inn *Respondent*

and between

Christopher Hogarth, Murray Hogarth and Diana Ruth Hogarth *Appellants*

and

The Edenvale Inn or Edenvale and Ontario Holidays Corporation carrying on business as The Edenvale Inn or Edenvale *Appellants*

Christopher Hogarth, Murray Hogarth et Diana Ruth Hogarth *Appelants*

et

Josephine Perry et John Haller *Appelants*

c.

John Emmett Hall, Frances Norma Hall, Susan Frances Hall, E. Bruce Hall, John Peter Hall, représenté par sa curatrice Maureen Hall, Maureen Hall en sa qualité d'exécutrice de la succession d'Yvonne Louise Carroll et en sa qualité personnelle, Martha Isabel Hall, Thomas James Hall, David Robert Hall, Richard Lawrence Carroll, Marie Helena Carroll, John Gregory Carroll, Margaret Jane Carroll, Marie Suzanne Carroll, Joan Shelagh Carroll et Laing Douglas Carroll *Intimés*

et

Ontario Holidays Corporation exploitant une entreprise sous la raison sociale The Edenvale Inn *Intimée*

et entre

Christopher Hogarth, Murray Hogarth et Diana Ruth Hogarth *Appelants*

et

The Edenvale Inn ou Edenvale et Ontario Holidays Corporation exploitant une entreprise sous la raison sociale The Edenvale Inn ou Edenvale *Appelants*

v.

Josephine Perry *Respondent*

and between

Christopher Hogarth, Murray Hogarth and Diana Ruth Hogarth *Appellants*

and

Ontario Holidays Corporation carrying on business as The Edenvale Inn *Appellant*

and

Josephine Perry and John Haller *Appellants*

v.

Joanne Maude Perry, William George Perry, William Harold Perry, Janet Ellen MacPhee, Ian Forbes Perry, Susan Joanne Perry, Leslie Carol Perry, Tara Colleen Boyle, Lindsay Patrick Perry, Roberta Joanne Perry, an infant, by her Litigation Guardian Joanne Maude Perry and Josephine Perry, in her capacity as Administratrix of the Estate of Grant Kevin Perry *Respondents*

and between

Larry Grail *Appellant*

v.

Deborah Ordon, the Executrix of the Estate of Bernard Myron Ordon and the said Deborah Ordon, personally, Jeffrey Michael Ordon, a Minor, by his Litigation Guardian Deborah Ordon, Stephanie Ordon, a Minor,

c.

Josephine Perry *Intimée*

et entre

Christopher Hogarth, Murray Hogarth et Diana Ruth Hogarth *Appelants*

et

Ontario Holidays Corporation exploitant une entreprise sous la raison sociale The Edenvale Inn *Appelante*

et

Josephine Perry et John Haller *Appelants*

c.

Joanne Maude Perry, William George Perry, William Harold Perry, Janet Ellen MacPhee, Ian Forbes Perry, Susan Joanne Perry, Leslie Carol Perry, Tara Colleen Boyle, Lindsay Patrick Perry, Roberta Joanne Perry, mineure représentée par sa tutrice à l'instance Joanne Maude Perry, et Josephine Perry, en sa qualité d'administratrice de la succession de Grant Kevin Perry *Intimés*

et entre

Larry Grail *Appelant*

c.

Deborah Ordon en sa qualité d'exécutrice de la succession de Bernard Myron Ordon et en sa qualité personnelle, Jeffrey Michael Ordon, mineur représenté par sa tutrice à l'instance Deborah Ordon, Stephanie

by her Litigation Guardian Deborah Ordon, and Bessie Ordon *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: ORDON ESTATE *v.* GRAIL

File No.: 25702.

1998: June 22; 1998: November 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Maritime law — Negligence actions — Negligence actions brought following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Actions including claims for loss of guidance, care and companionship — Whether provincial legislation constitutionally applicable to maritime negligence claims — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 646 — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 61(2)(e) – Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23, s. 38(1) — Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1.

Courts — Jurisdiction — Maritime negligence claims — Negligence actions brought in provincial superior court following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Whether Federal Court, Trial Division has exclusive jurisdiction over in personam maritime fatal accident claims by dependants — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 646 — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22.

Limitation of actions — Maritime negligence claims — Negligence actions brought following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Whether applicable limitation period for bringing dependant's fatal accident claim under s. 646 of Canada Shipping Act is one-year period or two-year

Ordon, mineure représentée par sa tutrice à l'instance Deborah Ordon, et Bessie Ordon *Intimés*

et

Le procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: SUCCESSION ORDON *c.* GRAIL

N° du greffe: 25702.

1998: 22 juin; 1998: 26 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

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

Droit maritime — Actions pour négligence — Actions pour négligence intentées à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — Actions incluant des réclamations pour perte de conseils, de soins et de compagnie — Les lois provinciales sont-elles constitutionnellement applicables aux actions pour négligence en matière maritime? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 646 — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 61(2)e) — Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 38(1) — Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990, ch. N.1.

Tribunaux — Compétence — Actions pour négligence en matière maritime — Actions pour négligence intentées en cour supérieure provinciale à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — La Cour fédérale, Section de première instance, a-t-elle compétence exclusive quant aux demandes in personam en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formées par les personnes à charge des victimes? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 646 — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22.

Prescription des actions — Actions pour négligence en matière maritime — Actions pour négligence intentées à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — Le délai dans lequel une personne à charge doit intenter une demande en réparation du préjudice résul-

period — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 572(1), 649.

These appeals and cross-appeals arise out of four negligence actions in relation to two boating accidents which occurred on navigable waters within Ontario. In the first accident, which occurred on Lake Erie, Bernard Ordon drowned after a pleasure boat owned and operated by Larry Grail sank. His widow brought claims for damages pursuant to the *Trustee Act* and the *Family Law Act*. Her *Family Law Act* claim included a claim for compensation for loss of guidance, care and companionship under s. 61(2)(e). The deceased's two children and his mother made similar claims under the *Family Law Act*. Before trial, Grail brought a motion for an order striking out several paragraphs of the plaintiffs' statement of claim on the basis that they disclosed no reasonable cause of action. The plaintiffs brought a cross-motion for an order amending certain paragraphs *nunc pro tunc* so as to allow them to plead their action under the *Canada Shipping Act*. Both the motion and the cross-motion were granted. Grail was granted leave to appeal the motions judge's decision to permit the plaintiffs to amend their statement of claim, in part on the basis that the motions judge's order permitting the action to proceed in the Ontario Court (General Division) under the *Canada Shipping Act* may have usurped exclusive Federal Court, Trial Division jurisdiction over maritime wrongful death claims under that Act. The plaintiffs cross-appealed the order striking portions of their statement of claim.

Four other maritime negligence actions were subsequently joined together into a special case to be heard in the first instance by the Court of Appeal. The special case was heard at the same time as the appeal in the Lake Erie action. Three of the special case actions related to a boating collision which occurred on Lake Joseph and resulted in deaths and serious injuries. All of the defendants in those actions took the position that the Ontario *Family Law Act*, *Trustee Act*, and the contributory negligence provisions of the *Negligence Act* do not form part of Canadian maritime law, and that all of the

tant d'un accident mortel en vertu de l'art. 646 de la Loi sur la marine marchande du Canada est-il d'un an ou de deux ans? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 572(1), 649.

Les présents pourvois et pourvois incidents découlent de quatre actions pour négligence intentées par suite de deux accidents de navigation de plaisance survenus dans les eaux navigables de l'Ontario. Dans le premier accident, qui s'est produit sur le lac Érié, Bernard Ordon s'est noyé lorsqu'une embarcation de plaisance pilotée par Larry Grail, le propriétaire, a coulé. Sa veuve a intenté une action en dommages-intérêts sous le régime de la *Loi sur les fiduciaires* et de la *Loi sur le droit de la famille*. Sa demande fondée sur la *Loi sur le droit de la famille* comprenait une demande en réparation au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie sous le régime de l'al. 61(2)e). Les deux enfants de la victime ainsi que sa mère ont présenté des demandes similaires en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*. Avant l'instruction, Grail a déposé une requête en vue de faire radier plusieurs paragraphes de la déclaration des demandeurs pour le motif qu'ils ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Les demandeurs ont présenté une requête incidente tendant à obtenir une ordonnance modifiant *nunc pro tunc* certains paragraphes pour leur permettre d'invoquer la *Loi sur la marine marchande du Canada* au soutien de leur action. Les deux requêtes ont été accueillies. Grail a obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la décision du juge des requêtes de permettre aux demandeurs de modifier leur déclaration, notamment parce que l'ordonnance du juge permettant que l'action soit entendue par la Cour de l'Ontario (Division générale) sous le régime de la *Loi sur la marine marchande du Canada* pouvait avoir empiété sur la compétence exclusive de la Cour fédérale, Section de première instance, de connaître, en matière maritime, des demandes en réparation du préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui présentées en application de cette Loi. Les demandeurs ont formé un appel incident à l'encontre de l'ordonnance de radiation visant certaines parties de leur déclaration.

Par la suite, les quatre autres actions fondées sur la négligence en matière maritime ont été réunies pour instruction sous forme d'exposé de cause par la Cour d'appel siégeant en première instance. L'exposé de cause a été entendu en même temps que l'appel interjeté dans l'action du lac Érié. Trois des actions soumises sous forme d'exposé de cause avaient trait à une collision d'embarcations de plaisance survenue sur le lac Joseph et qui a entraîné des morts et des blessures graves. Tous les défendeurs à ces actions ont soutenu que la *Loi sur le droit de la famille* et la *Loi sur les fiduciaires* de l'Onta-

plaintiffs' claims should have been brought pursuant to the *Canada Shipping Act*. With respect to the wrongful death claims, the defendants took the position that the claims were statute-barred by the one-year limitation period contained in s. 649 of the *Canada Shipping Act*. They also maintained that maritime wrongful death claims cannot be brought in the Ontario Court (General Division) in light of the exclusive jurisdiction granted to the Federal Court, Trial Division over such matters by s. 646 of the *Canada Shipping Act*. The fourth action is not at issue here. The Court of Appeal concluded that the Ontario Court (General Division) was properly vested with jurisdiction over the claims. It held that a maritime negligence claim by the estate of the deceased may properly be brought under s. 38(1) of the *Trustee Act*. It also held that the contributory negligence provisions of the *Negligence Act* were applicable to maritime negligence actions. It found that a claim for loss of guidance, care and companionship may be brought under the *Canada Shipping Act*, even if the word "damages" in s. 647 did not originally refer to damages for this variety of non-pecuniary loss. It similarly held that dependants of a person injured but not killed in a boating accident could recover damages for loss of guidance, care and companionship, although such a claim is not provided for in the Act. It decided that siblings may not bring a dependants' fatal accident claim. Finally, the Court of Appeal held that a one-year limitation period applied to the action, but that the circumstances justified a discretionary extension of the limitation period.

Held: The appeals and cross-appeals should be dismissed.

The Ontario Court (General Division) shares concurrent jurisdiction with the Federal Court, Trial Division over maritime fatal accident claims by dependants under s. 646 of the *Canada Shipping Act*. In light of the inherent general jurisdiction of the provincial superior courts, Parliament must use express statutory language where it intends to assign jurisdiction to the Federal Court. In

rio de même que les dispositions relatives à la négligence contributive de la *Loi sur le partage de la responsabilité* ne font pas partie du droit maritime canadien, et que les demandeurs auraient dû fonder toutes leurs demandes sur la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Relativement aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui, les défendeurs ont affirmé qu'elles étaient prescrites puisque l'art. 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoyait un délai de prescription d'un an. Ils ont également soutenu que la Cour de l'Ontario (Division générale) ne pouvait connaître de ces demandes en matière maritime, car elles ressortissaient à la compétence exclusive de la Cour fédérale, Section de première instance, en vertu de l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. La quatrième action n'est pas en litige en l'espèce. La Cour d'appel a conclu que la Cour de l'Ontario (Division générale) avait compétence pour connaître des demandes dont elle était saisie. Elle a statué que la succession pouvait intenter une action pour négligence en matière maritime sous le régime du par. 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires*. Elle a également jugé que les dispositions relatives à la négligence contributive de la *Loi sur le partage de la responsabilité* étaient applicables aux actions pour négligence en matière maritime. Elle a conclu que la *Loi sur la marine marchande du Canada* permettait de former une demande en réparation au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie, même si le mot «dommages-intérêts» employé à l'art. 647 ne visait pas initialement l'indemnisation de ce type de perte non pécuniaire. Elle a statué, de la même façon, que les personnes à charge de la victime d'un accident de navigation de plaisance, qui ne succombe pas aux blessures qui lui sont infligées, pouvaient obtenir des dommages-intérêts pour la perte de conseils, de soins et de compagnie, même si la Loi ne prévoyait pas ce recours. Elle a décidé que les frères et sœurs ne pouvaient former une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel à titre de personnes à charge. Enfin, la Cour d'appel a statué que l'action était assujettie au délai de prescription d'un an mais que les circonstances justifiaient la prorogation discrétionnaire du délai de prescription.

Arrêt: Les pourvois et pourvois incidents sont rejetés.

La Cour de l'Ontario (Division générale) a compétence concurrente avec la Cour fédérale, Section de première instance, sur les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formées par des personnes à charge en vertu de l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Compte tenu du principe de la compétence générale

particular, the complete ouster of jurisdiction from the provincial superior courts in favour of vesting exclusive jurisdiction in a statutory court requires clear and explicit statutory wording to this effect. In accordance with the inherent jurisdiction of the superior courts, it has long been held that the provincial superior courts have jurisdiction over matters involving maritime law, including negligence actions resulting from collisions or other accidents involving vessels on inland waters. The *Federal Court Act* confirms the jurisdiction of the provincial superior courts over matters involving Canadian maritime law, by recognizing the Federal Court, Trial Division's concurrent jurisdiction over such matters. Part XIV of the *Canada Shipping Act* sets out a statutory regime whereby dependants of a person killed in a maritime accident may bring a claim, either *in personam* or *in rem*, for relief. Under s. 646, the dependants of the deceased may maintain an action for damages in the Admiralty Court, which is defined in s. 2 as the Federal Court. When Parliament intended the Federal Court to have exclusive jurisdiction to adjudicate a particular matter in the *Canada Shipping Act*, it set this intention out in clear language in the Act. By contrast, s. 646 makes no express reference to exclusivity of jurisdiction in the Admiralty Court. Rather, the focus of s. 646 appears to be remedial — its purpose was to extend an already existing remedy to allow for claims *in rem*, and not to restrict that remedy by confining jurisdiction to a specific court. The lack of any express language in s. 646 of the *Canada Shipping Act* excluding superior court jurisdiction, or vesting sole jurisdiction in the Admiralty Court, is sufficient by itself to justify interpreting s. 646 as conferring on the Admiralty Court only concurrent jurisdiction over fatal accident claims by dependants.

"Canadian maritime law" as defined in s. 2 of the *Federal Court Act* is a comprehensive body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. The scope of Canadian maritime law is not limited by the scope of English admiralty law at the time of its adoption into Canadian law in 1934. Rather, the word "maritime" is to be interpreted within the modern context of commerce and shipping, and the

inhérente des cours supérieures provinciales, le Parlement doit, pour attribuer compétence à la Cour fédérale, exprimer explicitement cette intention. En particulier, la dévolution d'une compétence exclusive à un tribunal créé par loi et la perte corrélative de cette compétence par les cours supérieures provinciales doit être énoncée expressément en termes clairs dans la loi. Conformément au principe de la compétence inhérente des cours supérieures, il est reconnu depuis longtemps que les cours supérieures provinciales peuvent connaître des affaires faisant intervenir le droit maritime, y compris les actions pour négligence découlant de collisions ou d'autres accidents de navigation survenus dans les eaux intérieures. La *Loi sur la Cour fédérale* confirme la compétence des cours supérieures provinciales à l'égard des affaires faisant intervenir le droit maritime canadien, en reconnaissant la compétence concurrente de la Cour fédérale, Section de première instance, sur ces affaires. La partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* crée un régime permettant aux personnes à charge des victimes tuées dans un accident de navigation de formuler une demande *in personam* ou *in rem*. En vertu de l'art. 646, les personnes à charge du défunt peuvent soutenir une action pour dommages-intérêts devant la Cour d'Amirauté, laquelle est définie à l'art. 2 comme la Cour fédérale. Lorsque le Parlement a voulu que la Cour fédérale soit seule compétente pour statuer sur des objets déterminés régis par la *Loi sur la marine marchande du Canada*, il a exprimé son intention en termes explicites dans la loi. Or l'article 646 ne renferme aucune mention expresse quant à l'exclusivité de la compétence de la Cour d'Amirauté; son objet semble plutôt de nature remédiatrice. Il visait à élargir un recours déjà existant en permettant les actions *in rem*, et non à le restreindre en habilitant un seul tribunal à en connaître. L'absence, à l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, de termes explicites écartant la compétence des cours supérieures ou attribuant compétence exclusive à la Cour d'Amirauté suffit en soi pour justifier qu'on interprète l'art. 646 comme ne conférant à la Cour d'Amirauté qu'une compétence concurrente sur les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentées par les personnes à charge.

L'expression «droit maritime canadien» définie à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* désigne un vaste ensemble de règles de droit fédérales régissant toutes les demandes concernant des questions maritimes et d'amirauté. Le droit maritime canadien ne se restreint pas au droit anglais applicable en matière d'amirauté au moment où celui-ci a été adopté en droit canadien en 1934. Au contraire, le terme «maritime» doit être inter-

ambit of Canadian maritime law should be considered limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. Canadian maritime law is uniform throughout Canada, and it is not the law of any province of Canada. All of its principles constitute federal law and not an incidental application of provincial law. The nature of navigation and shipping activities as they are practised in Canada makes a uniform maritime law a practical necessity. Much of maritime law is the product of international conventions, and the legal rights and obligations of those engaged in navigation and shipping should not arbitrarily change according to jurisdiction. The need for legal uniformity is particularly pressing in the area of tortious liability for collisions and other accidents that occur in the course of navigation. In those instances where Parliament has not passed legislation dealing with a maritime matter, the inherited non-statutory principles embodied in Canadian maritime law as developed by Canadian courts remain applicable, and resort should be had to these principles before considering whether to apply provincial law to resolve an issue in a maritime action. Canadian maritime law is not static or frozen. The general principles established by this Court with respect to judicial reform of the common law apply with some modifications to the reform of Canadian maritime law, allowing development in the law where the appropriate criteria are met.

prété dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau; on doit considérer que l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, et ce n'est pas le droit d'une province canadienne. Tous les principes qu'il comprend constituent du droit fédéral et non une application accessoire du droit provincial. L'existence de règles de droit maritime uniformes est nécessaire en pratique à cause de la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, telles qu'elles sont exercées au Canada. Bon nombre des règles de droit maritime sont le produit de conventions internationales et les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau ne devraient pas changer de façon arbitraire suivant le ressort. La nécessité de règles juridiques uniformes est particulièrement pressante dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour abordages et autres accidents de navigation. Dans les cas où le Parlement n'a pas adopté de dispositions législatives pour régir une question de droit maritime, les principes non législatifs qui ont été incorporés au droit maritime canadien et formulés par les tribunaux canadiens restent applicables, et il faudrait recourir à ces principes avant d'examiner s'il y a lieu d'appliquer le droit provincial à la solution d'un point litigieux dans une action en matière maritime. Le droit maritime canadien n'est ni statique ni figé. Les principes généraux formulés par notre Cour relativement à la réforme de la common law par les tribunaux s'appliquent, sous réserve de certaines modifications, à la réforme du droit maritime canadien, permettant ainsi l'évolution du droit lorsque les critères applicables sont respectés.

The determination of whether a provincial statute is constitutionally applicable in the context of a maritime negligence law action occurs according to a four-part test. First, prior to engaging in constitutional analysis, a court must determine whether the subject matter affected by the statute falls within the exclusive federal competence over navigation and shipping. If it does, the second step is to determine whether a counterpart to the statutory provision upon which the party seeks to rely is present within existing Canadian maritime law. If no such counterpart exists, the third step involves the court in determining whether or not it is appropriate for Canadian non-statutory maritime law to be altered in accordance with the principles for judicial reform of the law developed by this Court. When applying these principles in the maritime law context, a court should be careful to ensure that it considers not only the social, moral and economic fabric of Canadian society, but also the

C'est en fonction d'un critère en quatre volets qu'il faut déterminer si une loi provinciale est constitutionnellement applicable à une action fondée sur la négligence relevant du droit maritime. Premièrement, avant de s'engager dans une analyse constitutionnelle, le tribunal doit déterminer si la question visée par la loi relève de la compétence fédérale exclusive sur la navigation et les expéditions par eau. Dans l'affirmative, le deuxième volet consiste à déterminer si la disposition législative dont la partie cherche à se prévaloir a un pendant en droit maritime canadien. S'il n'y en a pas, le troisième volet consiste pour le tribunal à déterminer s'il convient de modifier le droit maritime canadien non législatif conformément aux principes applicables à la réforme du droit par les tribunaux qui ont été élaborés par notre Cour. Lorsqu'il applique ces principes dans un contexte de droit maritime, le tribunal doit s'assurer de tenir compte non seulement du tissu social, moral et écono-

fabric of the broader international community of maritime states, including the desirability of achieving uniformity between jurisdictions in maritime law matters. Similarly, in evaluating whether a change in Canadian maritime law would have complex ramifications, a court must consider not only the ramifications within Canada, but also the effects of the change upon Canada's treaty obligations and international relations, as well as upon the state of international maritime law. Fourth, if judicial reform of the law is inappropriate, the court must determine whether the particular provincial statutory provision is constitutionally applicable. A provincial statute of general application will be inapplicable in a maritime negligence law context where this application would have the effect of regulating indirectly federal maritime negligence law, whether by supplementing existing rules of maritime negligence law in such a manner that the provincial law effectively alters rules within the exclusive competence of Parliament to amend, or otherwise. The inapplicability of provincial law in the context of a maritime negligence action stems from an application of the doctrine of interjurisdictional immunity. Maritime negligence law is part of the unassailable core of Parliament's exclusive jurisdiction over navigation and shipping. In the context of an action arising from a collision between boats or some other accident, maritime negligence law encompasses the range of possible claimants, the scope of available damages, and the availability of a regime of apportionment of liability according to fault. A provincial statute of general application dealing with such matters within the scope of the province's legitimate powers cannot apply to a maritime law negligence action, and must be read down to achieve this end. The attribution to Parliament of exclusive legislative jurisdiction over navigation and shipping stems in large part from the national and international dimensions of maritime law, and the corresponding requirement for uniformity in maritime law principles. If matters of maritime law were regulated by the various provincial legislatures, this would drastically confuse the day-to-day reality of navigation and shipping in Canadian waters, and would make it impossible for Canada as a country to abide by its international treaty obligations relating to maritime matters. Moreover, unlike most other areas of exclusive federal jurisdiction, maritime law has historically been a specialized area of law, adjudicated within separate courts through the application of principles and rules of law which do not derive solely from traditional common law and statutory sources. The multiplicity of legal sources, including international sources, which nourish Canadian maritime law render it a body of law in which uniformity is especially appropriate. The interference of provincial statmique de la société canadienne, mais aussi du tissu de la collectivité internationale plus large que constituent les États maritimes et notamment de l'opportunité d'uniformiser les règles appliquées par les différentes autorités législatives aux affaires relevant du droit maritime. De même, en appréciant si une modification du droit maritime canadien aurait des conséquences complexes, le tribunal doit examiner non seulement les conséquences qui en résulteraient au Canada, mais aussi les effets de ce changement sur les obligations qui incombent au Canada en vertu de traités, sur ses relations internationales de même que sur l'état du droit maritime international. Quatrièmement, si une réforme du droit par les tribunaux n'est pas justifiée, le tribunal doit déterminer si la disposition législative provinciale est constitutionnellement applicable. La loi provinciale de portée générale sera inapplicable dans un contexte faisant intervenir les règles relatives à la négligence du droit maritime si son application a pour effet de régir indirectement le droit maritime fédéral en matière de négligence, soit en ajoutant aux règles existantes de ce droit de telle sorte que la loi provinciale modifie effectivement des règles que le Parlement est seul compétent à modifier, ou autrement. L'inapplicabilité du droit provincial dans le contexte d'une action pour négligence en matière maritime découle du principe de l'exclusivité des compétences. Les règles relatives à la négligence du droit maritime sont un élément du contenu essentiel de la compétence exclusive du Parlement sur la navigation et les expéditions par eau. Dans le cadre d'une action intentée à la suite d'une collision entre embarcations ou d'un autre accident, les règles relatives à la négligence du droit maritime visent notamment l'éventail des demandeurs éventuels, la portée des dommages-intérêts qui peuvent être obtenus et l'existence d'un régime de partage de la responsabilité selon la faute. La loi provinciale de portée générale qui régit de telles questions dans le cadre des compétences légitimes de la province ne saurait être invoquée dans une action pour négligence fondée sur le droit maritime et doit faire l'objet d'une interprétation atténuée. L'attribution au Parlement de la compétence législative exclusive en matière de navigation et d'expéditions par eau est liée en grande partie aux dimensions nationales et internationales du droit maritime ainsi qu'à l'exigence corrélative d'uniformité dans les principes de droit maritime. Si les questions de droit maritime étaient réglementées par les diverses législatures provinciales, cela provoquerait la confusion la plus totale dans le fonctionnement quotidien des expéditions par eau et de la navigation dans les eaux canadiennes, et il deviendrait impossible pour le Canada, en tant que pays, de se conformer aux obligations que lui imposent les traités internationaux en

utes with core areas of Canadian maritime law, such as the law of maritime negligence, would interfere with its historical roots and with its appropriately unique character.

Section 647(2) of the *Canada Shipping Act*, which provides for the awarding of damages in relation to a dependant's fatal accident claim, is silent as to the nature of the compensable loss. Historically, damages in relation to fatal accidents were restricted to compensation for pecuniary loss only, with damages for lost guidance, care and companionship considered to be non-pecuniary in nature and therefore not recoverable. The *Canada Shipping Act* is also silent as to whether damages may be awarded to a dependant of a person injured but not killed in a boating accident. At common law, a person injured in a boating accident can sue for damages for his or her own injuries, but the dependants of the injured person are generally permitted to recover only in limited circumstances. The common law rules barring recovery in both instances should be judicially reformed to allow claims for damages for loss of guidance, care and companionship and to allow such claims to be brought by dependants of a person injured but not killed in a boating accident. Contemporary conceptions of loss include the idea that it is truly a harm for a dependant to lose the guidance, care and companionship of a spouse, parent or child. Changing the definition of "damages" within the context of maritime accident claims is required to keep non-statutory maritime law in step with modern understandings of fairness and justice, as well as with the dynamic and evolving fabric of our society. Given the finding that dependants' claims for loss of guidance, care and companionship may be brought under Canadian maritime law without resort to provincial statutes, it is unnecessary to address the constitutional applicability of Part V of the *Family Law Act*

matière maritime. De plus, à la différence de la plupart des autres champs de compétence fédérale exclusive, le droit maritime est historiquement un domaine de droit spécialisé, ressortissant de tribunaux distincts qui appliquent des principes et des règles de droit ne découlant pas uniquement des sources législatives et de common law traditionnelles. La multiplicité des sources juridiques, dont les sources internationales, qui constituent le fondement du droit maritime canadien, en font un ensemble de règles de droit dont il convient tout spécialement d'assurer l'uniformité. Permettre que les lois provinciales empiètent sur des aspects essentiels du droit maritime canadien, telles les règles relatives à la négligence, serait nier ses racines historiques et son caractère tenu, à juste titre, pour particulier.

Le paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui prévoit l'octroi de dommages-intérêts à la personne à charge qui forme une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, est muet quant à la nature de la perte indemnisable. Historiquement, il appert que les dommages-intérêts accordés à la suite d'accidents mortels ne visaient que les pertes pécuniaires, le préjudice résultant de la perte de conseils, de soins et de compagnie étant considéré comme non pécuniaire et donc non réparable. La *Loi sur la marine marchande du Canada* ne précise pas non plus si des dommages-intérêts peuvent être accordés à la personne à charge d'une personne qui a été blessée dans un accident de navigation, mais n'est pas morte. Suivant la common law, une personne blessée dans un accident de navigation peut intenter une poursuite en dommages-intérêts pour les blessures qu'elle a subies, mais les personnes à sa charge ne peuvent en règle générale obtenir réparation que dans des circonstances limitées. Il convient que les tribunaux modifient les règles de common law qui empêchent l'indemnisation dans les deux cas afin de permettre les actions en dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie, et de permettre aux personnes à charge d'une personne qui a été blessée dans un accident de navigation mais a survécu de réclamer à ce titre. Les conceptions modernes du dommage comportent l'idée que pour une personne à charge le fait de perdre les conseils, les soins et la compagnie d'un conjoint, d'un père ou d'une mère, ou d'un enfant constitue un véritable préjudice. Il est nécessaire de modifier la définition des «dommages-intérêts» dans le contexte des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation pour que les règles non législatives du droit maritime concordent avec les conceptions modernes d'équité et de justice et suivent en outre l'évolution et le dynamisme de la société. Étant donné la conclusion qu'il est possible pour des per-

to a maritime law claim for loss of guidance, care and companionship.

Dependants' fatal accident claims are a creature of statute. In the maritime context, s. 645 of the *Canada Shipping Act* sets out the list of eligible plaintiffs in clear terms, and the list does not include siblings. While it may be desirable for Parliament to expand the list of eligible dependants, it would be inappropriate for the courts to undertake this task unilaterally by reforming non-statutory maritime law in order to supplement the statutory provision. The class of eligible plaintiffs with respect to dependants' personal injury claims is not prescribed by statute, but rather derives from the common law. It should be defined in the same manner as the class of dependants in fatal accident cases is defined in s. 645 of the *Canada Shipping Act*. Since the determination of the eligible class of plaintiffs with respect to maritime negligence actions is clearly an issue of maritime negligence law falling within the core of Parliament's exclusive competence over navigation and shipping, Part V of the *Family Law Act* is constitutionally inapplicable to allow for the bringing of dependants' claims by siblings, whether involving a fatal accident or personal injury.

It is appropriate for this Court to reform Canadian maritime law to allow a claim by an executor brought in the name of the deceased with respect to an action which the deceased could have brought had he or she lived. The anachronism and unfairness of applying the *actio personalis moritur cum persona* rule in maritime negligence actions is well illustrated by the fact that all common law jurisdictions in Canada have enacted legislation abolishing the rule, and now permit recovery by estates of deceased persons. Accordingly, the constitutional applicability of the *Trustee Act* to allow for such claims in the instant appeals need not be determined.

sonnes à charge d'intenter, en vertu du droit maritime canadien, des demandes en réparation au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie sans avoir à invoquer les lois provinciales, il est inutile d'examiner l'applicabilité constitutionnelle de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* à une demande en réparation de la perte de conseils, de soins et de compagnie relevant du droit maritime.

La demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulée par une personne à charge est une création de la loi. En matière maritime, l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* indique clairement qui sont les personnes admises à demander réparation, et la liste ne comprend pas les frères et sœurs. Même s'il est peut-être souhaitable que le Parlement ajoute à la liste des personnes à charge admises à agir en réparation, il ne conviendrait pas pour les tribunaux de se lancer unilatéralement dans cette tâche en modifiant les règles non législatives du droit maritime afin de compléter la disposition législative. La catégorie des personnes admises à demander réparation du préjudice corporel à titre de personnes à charge n'est pas prescrite par la loi, mais découle plutôt de la common law. Il convient de définir cette catégorie de personnes de la manière qui est prévue à l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* pour les cas d'accidents mortels. Étant donné que la détermination de la catégorie des demandeurs admis à intenter des actions pour négligence en matière maritime est clairement une question qui intéresse les règles relatives à la négligence du droit maritime et entre dans le domaine de la compétence exclusive du Parlement en matière de navigation et d'expéditions par eau, la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* ne peut être constitutionnellement appliquée pour permettre aux frères et sœurs de demander réparation à titre de personnes à charge, qu'il s'agisse d'un accident mortel ou d'un préjudice corporel.

Il convient que notre Cour modifie le droit maritime canadien pour permettre la demande formée par un exécuteur testamentaire au nom du défunt relativement à toute action que ce dernier aurait pu exercer s'il avait survécu. Le fait que toutes les provinces de common law du Canada aient adopté des dispositions législatives abolissant la règle *actio personalis moritur cum persona* et autorisent dorénavant les successions à agir en réparation illustre bien l'anachronisme et l'iniquité que constitue l'application de cette règle dans les actions pour négligence en matière maritime. En conséquence, il n'est pas nécessaire de statuer sur l'applicabilité constitutionnelle de la *Loi sur les fiduciaires* à des actions de ce genre dans les présents pourvois.

A general regime of apportionment of liability according to fault, with joint and several liability among tortfeasors and contribution between tortfeasors, applies in Canadian maritime negligence actions. Accordingly, it is not necessary to consider the constitutional applicability of the *Negligence Act* in these appeals.

The dependants' fatal accident claims as well as all other claims in the three Lake Joseph actions are subject to the two-year limitation period set out in s. 572(1) of the *Canada Shipping Act* and are therefore not statute-barred. Section 572 is contained in Part IX of the Act, which deals with collisions between vessels. While in Part XIV, which deals with dependants' fatal accident claims, s. 649 provides for a one-year limitation period, Part XIV does not constitute a cohesive whole or a complete code with respect to dependants' fatal accident claims. The plaintiffs' fatal accident claims fall within the clear wording of s. 572(1). Moreover, statutory provisions creating a limitation period must be strictly construed in favour of the plaintiff. The ambiguity created by the existence of two distinct limitation periods in the *Canada Shipping Act* should thus be resolved by allowing the plaintiffs in the Lake Joseph actions to rely upon the longer period provided for in s. 572(1). Strongly buttressing the appropriateness of applying this general principle of strict construction of limitations statutes is the fact that applying the one-year limitation period in s. 649 to all fatal accident claims stemming from boating collisions would place Canada in breach of its international treaty obligations.

Cases Cited

Not followed: *Canadian National Steamships Co. v. Watson*, [1939] S.C.R. 11; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; **applied:** *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3

Un régime général de partage de la responsabilité selon la faute, prévoyant la responsabilité solidaire ainsi que la contribution entre coauteurs de délits, s'applique aux actions pour négligence en matière maritime au Canada. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner l'applicabilité constitutionnelle de la *Loi sur le partage de la responsabilité* dans le cadre des présents pourvois.

Les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées par des personnes à charge de même que toutes les autres demandes formulées dans les trois actions du lac Joseph sont assujetties au délai de prescription de deux ans prévu au par. 572(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et ne sont donc pas prescrites. L'article 572 figure à la partie IX de la Loi, qui traite des abordages entre bâtiments. Bien qu'à la partie XIV, qui traite des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentées par des personnes à charge, l'art. 649 prévoie un délai de prescription d'un an, la partie XIV n'est pas un tout cohérent ni un code complet applicable aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulées par des personnes à charge. Les actions en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel intentées par les demandeurs sont visées par le libellé clair du par. 572(1). De plus, les dispositions législatives fixant un délai de prescription doivent être interprétées strictement en faveur du demandeur. L'ambiguïté résultant de l'existence de deux délais de prescription différents dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* doit être résolue en autorisant les demandeurs aux actions du lac Joseph à se prévaloir du délai plus long prévu au par. 572(1). L'application de ce principe général d'interprétation stricte des dispositions législatives concernant la prescription des actions est largement justifiée par le fait que l'application du délai de prescription d'un an prévu à l'art. 649 à toutes les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées à la suite de collisions d'embarcations de plaisance entraînerait la violation par le Canada des obligations qui lui incombent en vertu de traités internationaux.

Jurisprudence

Arrêts non suivis: *Canadian National Steamships Co. c. Watson*, [1939] R.C.S. 11; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; **arrêts appliqués:** *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding*

S.C.R. 1210; **referred to:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Peacock v. Bell* (1677), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Albon v. Pyke* (1842), 4 Man. & G. 421, 134 E.R. 172; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Re Minister of Social Welfare and Rehabilitation and Dube* (1963), 39 D.L.R. (2d) 302; *Shipman v. Phinn* (1914), 31 O.L.R. 113, aff'd (1914), 32 O.L.R. 329; *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co.* (1967), 59 W.W.R. 622; *Heath v. Kane* (1975), 10 O.R. (2d) 716; *Harvey v. Tarala* (1977), 6 Sask. R. 74; *Seward v. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59; *The Caliph*, [1912] P. 213; *The Ship Catala v. Dagsland*, [1928] Ex. C.R. 83; *Rogers v. S.S. Baron Carnegie*, [1943] Ex. C.R. 163; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779; *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v. Belcan S.A.*, [1997] 3 S.C.R. 1278; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] S.C.R. 811; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Blake v. Midland Railway Co.* (1852), 18 Q.B. 93, 118 E.R. 35; *Mason v. Peters* (1982), 39 O.R. (2d) 27; *Baker v. Bolton* (1808), 1 Camp. 493, 170 E.R. 1033; *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika*, [1917] A.C. 38; *St. Lawrence & Ottawa Railway Co. v. Lett* (1885), 11 S.C.R. 422; *Vana v. Tosta*, [1968] S.C.R. 71; *Walpole v. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] S.C.R. 315; *Fraser River Harbour Commission v. The "Hiro Maru"*, [1974] F.C. 490; *The Alnwick*, [1965] 2 All E.R. 569; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275.

Ltd., [1997] 3 R.C.S. 1210; **arrêts mentionnés:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Peacock c. Bell* (1677), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Albon c. Pyke* (1842), 4 Man. & G. 421, 134 E.R. 172; *Board c. Board*, [1919] A.C. 956; *Re Minister of Social Welfare and Rehabilitation and Dube* (1963), 39 D.L.R. (2d) 302; *Shipman c. Phinn* (1914), 31 O.L.R. 113, conf. par (1914), 32 O.L.R. 329; *Pile Foundations Ltd. c. Selkirk Silica Co.* (1967), 59 W.W.R. 622; *Heath c. Kane* (1975), 10 O.R. (2d) 716; *Harvey c. Tarala* (1977), 6 Sask. R. 74; *Seward c. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59; *The Caliph*, [1912] P. 213; *The Ship Catala c. Dagsland*, [1928] R.C. de l'É. 83; *Rogers c. S.S. Baron Carnegie*, [1943] R.C. de l'É. 163; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Attorney-General for Manitoba c. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] R.C.S. 811; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Blake c. Midland Railway Co.* (1852), 18 Q.B. 93, 118 E.R. 35; *Mason c. Peters* (1982), 39 O.R. (2d) 27; *Baker c. Bolton* (1808), 1 Camp. 493, 170 E.R. 1033; *Admiralty Commissioners c. S.S. Amerika*, [1917] A.C. 38; *St. Lawrence & Ottawa Railway Co. c. Lett* (1885), 11 R.C.S. 422; *Vana c. Tosta*, [1968] R.C.S. 71; *Walpole c. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113; *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510; *Gartland Steamship Co. c. The Queen*, [1960] R.C.S. 315; *Commission de port du Fraser c. Le «Hiro Maru»*, [1974] C.F. 490; *The Alnwick*, [1965] 2 All E.R. 569; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Canada Shipping Act, 1934, S.C. 1948, c. 35.

Act to amend the Federal Court Act, the Crown Liability Act, the Supreme Court Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1990, c. 8.

Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels, C.S.C. 1859, c. 78.

Admiralty Act, 1934, S.C. 1934, c. 31.

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 2 "Admiralty Court", 209(2), 453, Part IX, 571, 572(1), (3), 573, 580(1) [repl. 1998, c. 6, s. 2], Part XIV, 645, 646, 647, 649, 650.

Canada Shipping Act, 1934, S.C. 1934, c. 44, Part XII, s. 647.

Civil Code of Lower Canada, arts. 596, 607.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 625.

Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92, 101, 129.

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, Part V, s. 61(1), (2)(e).

Fatal Accidents Act, R.S.A. 1980, c. F-5, s. 8(2) [rep. & sub. 1994, c. 16, s. 5].

Fatal Accidents Act, R.S.M. 1987, c. F50, s. 3(4).

Fatal Accidents Act, R.S.N.B. 1973, c. F-7, s. 3(4) [ad. 1986, c. 36, s. 1].

Fatal Accidents Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-5, s. 6(3)(c) [ad. 1992, c. 24, s. 1].

Fatal Accidents Act, S.O. 1911, c. 33, s. 11.

Fatal Accidents Act, 1846 (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 93 (*Lord Campbell's Act*).

Fatal Accidents Act, 1864 (U.K.), 27 & 28 Vict., c. 95.

Fatal Accidents (Damages) Act, 1908 (U.K.), 8 Edw. 7, c. 7.

Fatal Injuries Act, R.S.N.S. 1989, c. 163, s. 5(2)(d).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "Canadian maritime law", 17(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 3], 22(1), (2)(*d*), (*g*).

International Convention for the Unification of certain Rules of Law with respect to Collisions between Vessels, B.T.S. 1913 No. 4, art. 7.

Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934 (U.K.), 24 & 25 Geo. 5, c. 41, s. 1(1).

Maritime Conventions Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 57, ss. 5, 8.

Maritime Conventions Act, 1914, S.C. 1914, c. 13, preamble, ss. 6, 9.

Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1.

Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1990, c. O.2.

Lois et règlements cités

Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel, S.R.C. 1859, ch. 78.

Code civil du Bas Canada, art. 596, 607.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 625.

Convention internationale pour l'Unification de certaines Règles en Matière d'Abordage, B.T.S. 1913 nº 4, art. 7.

Fatal Accidents Act, R.S.A. 1980, ch. F-5, art. 8(2) [abr. & rempl. 1994, ch. 16, art. 5].

Fatal Accidents Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-5, art. 6(3)c) [aj. 1992, ch. 24, art. 1].

Fatal Accidents Act, S.O. 1911, ch. 33, art. 11.

Fatal Accidents Act, 1846 (U.K.), 9 & 10 Vict., ch. 93 (*Lord Campbell's Act*).

Fatal Accidents Act, 1864 (U.K.), 27 & 28 Vict., ch. 95.

Fatal Accidents (Damages) Act, 1908 (U.K.), 8 Edw. 7, ch. 7.

Fatal Injuries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 163, art. 5(2)d).

Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934 (U.K.), 24 & 25 Geo. 5, ch. 41, art. 1(1).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92, 101, 129.

Loi d'amirauté, 1934, S.C. 1934, ch. 31.

Loi de la marine marchande du Canada, 1934, S.C. 1934, ch. 44, partie XII, s. 647.

Loi des conventions maritimes, 1914, S.C. 1914, ch. 13, préambule, art. 6, 9.

Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence, L.C. 1990, ch. 8.

Loi modifiant la Loi de la marine marchande du Canada, 1934, S.C. 1948, ch. 35.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «droit maritime canadien», 17(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 3], 22(1), (2)*d*), *g*).

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 2 «Cour d'Amirauté», 209(2), 453, partie IX, 571, 572(1), (3), 573, 580(1) [abr. 1998, ch. 6, art. 2], partie XIV, 645, 646, 647, 649, 650.

Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1990, ch. O.2.

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, partie V, art. 61(1), (2)e).

Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990, ch. N.1.

Loi sur les accidents mortels, L.R.M. 1987, ch. F50, art. 3(4).

Loi sur les accidents mortels, L.R.N.-B. 1973, ch. F-7, art. 3(4) [aj. 1986, ch. 36, art. 1].

Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 38(1).

Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, r. 21.01(1)(a).
Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23, s. 38(1).

Maritime Conventions Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, ch. 57, art. 5, 8.
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, règle 21.01(1)a).

Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, 4th Sess., 20th Parl., vol. IV, May 17, 1948, at p. 3994.
Cooper-Stephenson, Ken. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
Qucbec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law. Under the general editorship of John E. C. Brierley and Roderick A. Macdonald. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (updated December 1997, release 6).

Doctrine citée

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 4e sess., 20e lég., vol. IV, 17 mai 1948, à la p. 4100.
Cooper-Stephenson, Ken. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois au Canada*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law. Under the general editorship of John E. C. Brierley and Roderick A. Macdonald. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (updated December 1997, release 6).

APPEALS and CROSS-APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 643, 140 D.L.R. (4th) 52, 94 O.A.C. 241, [1996] O.J. No. 3659 (QL), affirming a decision of the Ontario Court (General Division) granting leave to file an amended statement of claim and determining a special case. Appeals and cross-appeals dismissed.

POURVOIS et POURVOIS INCIDENTS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 643, 140 D.L.R. (4th) 52, 94 O.A.C. 241, [1996] O.J. No. 3659 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) accordant l'autorisation de déposer une déclaration modifiée et ordonnant l'instruction sous forme d'exposé de cause. Pourvois et pourvois incidents rejetés.

Mark Edwards, for the appellants Christopher Hogarth et al.

Mark Edwards, pour les appelants Christopher Hogarth et autres.

Rui M. Fernandes, for the appellants Josephine Perry et al.

Rui M. Fernandes, pour les appelants Josephine Perry et autre.

Eric R. Murray, Q.C., and *Robin K. Basu*, for the respondents John Emmett Hall et al.

Eric R. Murray, c.r., et *Robin K. Basu*, pour les intimés John Emmett Hall et autres.

Peter A. Daley and *M. Jasmine Sweatman*, for Ontario Holidays Corporation.

Peter A. Daley et *M. Jasmine Sweatman*, pour Ontario Holidays Corporation.

Brendan O'Brien, Q.C., and *Ismail Barmania*, for the respondent Josephine Perry.

Mark J. Freiman and *Geoff R. Hall*, for the Perry Estate respondents.

Frederick W. Knight, Q.C., and *Jean Leslie Marentette*, for the appellant Larry Grail.

Nigel H. Frawley and *William M. Sharpe*, for the respondents Deborah Ordon et al.

Alain Gingras, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — These appeals and cross-appeals arise out of four negligence actions that were commenced in the Ontario Court (General Division) in relation to two boating accidents which occurred on navigable waters within Ontario. The first action arose out of a boating accident that occurred on Lake Erie on July 1, 1990. Bernard Ordon drowned after a pleasure boat owned and operated by Larry Grail sank. The other three actions relate to a boating collision which occurred on Lake Joseph, near Port Carling, Ontario, on September 2, 1990, resulting in the death of two occupants of the boat that was hit and in serious injury to the other two occupants. The appeals and cross-appeals raise several important issues of maritime law.

As a preliminary jurisdictional matter, the Court is asked to determine whether the adjudication of maritime fatal accident claims brought by dependants of the deceased is a matter within the exclusive jurisdiction of the Federal Court, Trial Division, or whether jurisdiction over such claims is shared between that court and the provincial superior courts.

The central question in these appeals and cross-appeals concerns the constitutional applicability of provincial statutes of general application to maritime negligence claims. Five constitutional questions have been stated for the Court's considera-

Brendan O'Brien, c.r., et *Ismail Barmania*, pour l'intimée Josephine Perry.

Mark J. Freiman et *Geoff R. Hall*, pour les intimés de la succession Perry.

Frederick W. Knight, c.r., et *Jean Leslie Marentette*, pour l'appelant Larry Grail.

Nigel H. Frawley et *William M. Sharpe*, pour les intimés Deborah Ordon et autres.

Alain Gingras, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Les présents pourvois et pourvois incidents découlent de quatre actions pour négligence intentées devant la Cour de l'Ontario (Division générale) par suite de deux accidents de navigation de plaisance survenus dans les eaux navigables de l'Ontario. La première action résulte d'un accident qui s'est produit sur le lac Érié le 1er juillet 1990. Bernard Ordon s'y est noyé lorsqu'une embarcation de plaisance pilotée par Larry Grail, le propriétaire, a coulé. Les trois autres actions se rapportent à une collision qui s'est produite sur le lac Joseph, près de Port Carling, le 2 septembre 1990, causant la mort de deux des occupants de l'embarcation heurtée et des blessures graves aux deux autres occupants. Les pourvois et pourvois incidents soulèvent plusieurs questions de droit maritime importantes. 1

La Cour doit statuer sur la question préliminaire de savoir si les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel, intentées par les personnes à charge des victimes décédées, sont du ressort exclusif de la Cour fédérale, Section de première instance, ou si les cours supérieures provinciales sont également compétentes pour les entendre. 2

La principale question soulevée par les présents pourvois et pourvois incidents vise l'applicabilité constitutionnelle des lois provinciales de portée générale aux actions pour négligence en matière maritime. Cinq questions constitutionnelles sont 3

tion. Each question concerns the constitutionality and, more importantly, constitutional applicability of a provincial or (in one instance) pre-Confederation statute in relation to a negligence claim arising from a boating accident. The general question which this Court is called upon to answer is whether and how the provisions of a provincial statute may function to determine legal issues which arise incidentally as part of a negligence claim otherwise entirely governed by federal maritime law.

4 Related to the constitutional questions are various subsidiary questions regarding the eligibility of specific categories of negligence claimants in a maritime law action, and the availability of damages in the context of such an action for loss of guidance, care and companionship. These questions in turn raise issues regarding the appropriate scope of judicial reform of Canadian maritime law.

5 Finally, three of the appeals raise the issue of the applicable limitation period for fatal accident claims by dependants of a person killed in a boating collision.

I. Facts

A. *Ordon et al. v. Grail* (the "Lake Erie action")

6 Following Bernard Ordon's drowning on July 1, 1990, his widow Deborah Ordon made claims against Larry Grail, the owner and operator of the boat. She brought claims both in her capacity as the deceased's executrix and in her personal capacity, for damages pursuant to s. 38(1) of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, and s. 61 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, respectively. Her *Family Law Act* claim included claims for lost income and support, lost services, out-of-pocket expenses, personal trauma and nervous shock caused by her husband's death, as well as a claim for compensation for loss of guidance, care and companionship under s. 61(2)(e) of the *Family*

soumises à l'examen de la Cour; chacune d'elles porte sur la constitutionnalité et, de façon plus importante, sur l'applicabilité constitutionnelle d'une loi provinciale ou (dans un cas) d'une loi antérieure à la Confédération à une action pour négligence découlant d'un accident de navigation de plaisance. La Cour doit se prononcer sur une question générale, celle de savoir si les dispositions d'une loi provinciale peuvent être appliquées pour trancher les questions juridiques se greffant accessoirement à une action pour négligence relevant par ailleurs intégralement du droit maritime fédéral, et de quelle façon.

Aux questions constitutionnelles se rattachent divers points subsidiaires touchant les catégories de demandeurs admis à intenter une action pour négligence fondée sur le droit maritime et la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie, dans le cadre d'une telle action. Ces points soulèvent à leur tour des questions touchant la mesure dans laquelle les tribunaux peuvent intervenir pour réformer le droit maritime canadien.

Finalement, trois des pourvois posent la question de la prescription applicable aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, intentées par les personnes à charge d'une personne tuée dans une collision maritime.

I. Les faits

A. *Ordon et al. c. Grail* (l'action du lac Érié)

À la suite de la noyade de Bernard Ordon, le 1er juillet 1990, sa veuve, Deborah Ordon, a poursuivi Larry Grail qui pilotait le bateau et en était propriétaire. Elle a intenté une action en dommages-intérêts en qualité d'exécutrice de la succession et en sa qualité personnelle, sous le régime du par. 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, et de l'art. 61 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, respectivement. Sa demande selon la *Loi sur le droit de la famille* visait notamment le manque à gagner, la perte de soutien, la perte de services, les débours, le traumatisme personnel et le choc nerveux causés par le décès de son mari ainsi que la perte de conseils, de

Law Act. The deceased's two children and his mother made similar claims pursuant to the *Family Law Act*, including claims for loss of guidance, care and companionship under s. 61(2)(e). The corporation of which Ordon was owner, president, and manager also brought a claim against Grail, although that claim has since been abandoned. The action was commenced on March 19, 1991, less than one year after the accident.

soins et de compagnie, sous le régime de l'al. 61(2)e) de cette loi. Les deux enfants de la victime ainsi que sa mère ont présenté des demandes similaires en vertu de cette loi, y compris une demande en réparation au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie sous le régime de l'al. 61(2)e). La société dont M. Ordon était le propriétaire, le président et le directeur a également poursuivi M. Grail, mais elle s'en est désistée depuis. L'action a été intentée le 19 mars 1991, soit moins d'un an après l'accident.

Before trial, Grail brought a motion in the Ontario Court (General Division) requesting determination of several questions of law prior to trial under Rule 21.01(1)(a) of the *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, and consequent to that, an order striking out several paragraphs of the plaintiffs' Statement of Claim (including the paragraphs pleading the *Family Law Act*) on the basis that they disclosed no reasonable cause of action. The plaintiffs brought a cross-motion for an order amending certain paragraphs of the Statement of Claim *nunc pro tunc* so as to allow them to plead their action under the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9. McMahon J. granted both the motion and the cross-motion.

7 Avant l'instruction, M. Grail a déposé une requête devant la Cour de l'Ontario (Division générale), sous le régime de la règle 21.01(1)a) des *Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, demandant à celle-ci de trancher plusieurs questions préliminaires de droit et, par suite, de radier plusieurs paragraphes de la déclaration des demandeurs (dont les paragraphes invoquant la *Loi sur le droit de la famille*), pour le motif qu'ils ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Les demandeurs ont présenté une requête incidente tendant à obtenir une ordonnance modifiant *nunc pro tunc* certains paragraphes de la déclaration pour leur permettre d'invoquer la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, au soutien de leur action. Le juge McMahon a accueilli les deux requêtes.

Grail then sought and was granted leave to appeal the motions judge's decision to permit the plaintiffs to amend their Statement of Claim. Leave was granted in part on the basis that the motions judge's order permitting the action to proceed in the Ontario Court (General Division) under the *Canada Shipping Act* may have usurped exclusive Federal Court (Trial Division) jurisdiction over maritime wrongful death claims under that Act. The plaintiffs cross-appealed the order striking portions of their Statement of Claim.

8 Monsieur Grail a alors sollicité et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la décision du juge des requêtes autorisant les demandeurs à modifier leur déclaration. L'appel a notamment été autorisé parce que l'ordonnance du juge permettant que l'action soit entendue par la Cour de l'Ontario (Division générale) sous le régime de la *Loi sur la marine marchande du Canada* pouvait avoir empiété sur la compétence exclusive de la Cour fédérale, Section de première instance, de connaître, en matière maritime, des demandes en réparation du préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui présentées en application de la Loi. Les demandeurs ont formé un appel incident à l'encontre de l'ordonnance de radiation visant certaines parties de leur déclaration.

Subsequently, by order of Dubin C.J.O., four other maritime negligence actions were joined

9 Par la suite, le juge en chef Dubin a réuni quatre autres actions fondées sur la négligence en matière

together into a special case to be heard in the first instance by the Court of Appeal for Ontario. These four actions as well as the Lake Erie action were heard together by the Court of Appeal.

B. *Joanne Perry et al. v. Hogarth et al. — Hall et al. v Hogarth et al. — Josephine Perry v. Hogarth et al.* (the "Lake Joseph actions")

10 Three of the special case actions related to a boating collision which occurred on Lake Joseph, near Port Carling, Ontario, on September 2, 1990. The plaintiffs in these three Lake Joseph actions alleged that a "Charger" motorboat owned by Diana Hogarth and operated by her son Christopher Hogarth collided with a "Starcraft" motorboat owned by John Haller and operated by his daughter Josephine Perry. Also in the Starcraft boat with Josephine Perry were her husband Grant Perry as well as Peter Hall and his wife Louise Carroll. No one else was in the Charger boat with Christopher Hogarth. As a result of the collision, Grant Perry and Louise Carroll were killed. Peter Hall suffered serious and permanent brain injuries. Josephine Perry suffered serious personal injuries.

11 Following the accident, three actions were brought against Diana Hogarth, her husband Murray Hogarth, their son Christopher Hogarth, Pioneer Petroleums Inc. (the Hogarth family company), the Edenvale Inn (the bar where it is alleged Christopher Hogarth became intoxicated shortly prior to the accident) and Ontario Holidays Corporation, the owner of the bar. John Haller and Josephine Perry were also named as defendants in two of the actions. In the third action, Josephine Perry was the plaintiff. On consent, the actions against Pioneer Petroleums Inc. have since been discontinued.

12 The first Lake Joseph action, *Joanne Perry et al. v. Hogarth et al.*, was commenced on March 11, 1992. The action was brought by the parents, brothers, sisters and infant daughter of Grant Perry for loss of guidance, care and companionship and for pecuniary losses. The siblings of Grant Perry claimed damages under the *Family Law Act*. The

maritime pour instruction sous forme d'exposé de cause par la Cour d'appel de l'Ontario siégeant en première instance. La Cour d'appel a entendu ensemble ces quatre actions et l'action du lac Érié.

B. *Joanne Perry et al. c. Hogarth et al. — Hall et al. c. Hogarth et al. — Josephine Perry c. Hogarth et al.* (les actions du lac Joseph)

Trois des actions soumises sous forme d'exposé de cause ont trait à une collision d'embarcations de plaisance survenue sur le lac Joseph, près de Port Carling (Ontario), le 2 septembre 1990. Les demandeurs déclarent qu'une embarcation à moteur «Charger», propriété de Diana Hogarth, que pilotait le fils de cette dernière, Christopher Hogarth, est entrée en collision avec une embarcation à moteur «Starcraft» appartenant à John Haller et pilotée par sa fille Josephine Perry, dans laquelle prenaient également place l'époux de Josephine Perry, Grant Perry, ainsi que Peter Hall et son épouse, Louise Carroll. Christopher Hogarth était seul dans l'autre embarcation. La collision a causé la mort de Grant Perry et de Louise Carroll. Peter Hall a subi des lésions cérébrales graves laissant des séquelles permanentes. Josephine Perry a été gravement blessée.

Après l'accident, trois actions ont été intentées contre Diana Hogarth, son mari, Murray Hogarth, et leur fils Christopher, et contre Pioneer Petroleums Inc. (la société exploitée par la famille Hogarth), l'Edenvale Inn (le bar où Christopher Hogarth se serait enivré peu avant l'accident) et Ontario Holidays Corporation, la société propriétaire du bar. John Haller et Josephine Perry étaient également constitués défendeurs dans deux des actions. Josephine Perry était demanderesse dans la troisième action. Sur consentement, il y a eu depuis désistement des actions dirigées contre Pioneer Petroleums Inc.

La première action du lac Joseph, *Joanne Perry et al. c. Hogarth et al.*, a été intentée le 11 mars 1992. Les demandeurs, savoir les parents, les frères et sœurs et la fillette de Grant Perry, poursuivaient en dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie et pour perte pécuniaire. Les frères et sœurs de Grant Perry ont

parents and daughter of Grant Perry claimed damages under the *Family Law Act* or, alternatively, through the administratrix of Grant Perry's estate under the *Canada Shipping Act*. As well, the estate of Grant Perry by his administratrix claimed expenses arising from his death under the *Trustee Act* or alternatively under the *Canada Shipping Act*.

invoqué la *Loi sur le droit de la famille*. Les parents et la fille de Grant Perry ont également invoqué cette loi mais, par l'intermédiaire de l'administratrice de la succession de Grant Perry, ils se sont aussi fondés subsidiairement sur la *Loi sur la marine marchande du Canada*. De plus, la succession de Grant Perry, représentée par son administratrice, a réclamé, sous le régime de la *Loi sur les fiduciaires* ou, subsidiairement, sous celui de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, les débours que lui a occasionnés le décès de Grant Perry.

The second Lake Joseph action, *Hall et al. v. Hogarth et al.*, was commenced on June 1, 1992 in relation to the death of Louise Carroll and the injuries sustained by Peter Hall. The action was brought by the parents, brothers and sisters of both Peter Hall and Louise Carroll under the *Family Law Act* or alternatively under the *Canada Shipping Act* for loss of guidance, care and companionship and for pecuniary losses. The estate of Louise Carroll, by her executrix, claimed expenses arising from her death under the *Trustee Act*. In addition, Peter Hall brought a claim for pecuniary losses relating to his injuries and for loss of guidance, care and companionship as a result of his wife's death under the *Family Law Act* or alternatively under the *Canada Shipping Act*. 13

La deuxième action du lac Joseph, *Hall et al. c. Hogarth et al.*, a été intentée le 1er juin 1992; elle se rapportait au décès de Louise Carroll et au préjudice corporel subi par Peter Hall. Les demandeurs étaient les parents ainsi que les frères et sœurs de Peter Hall et de Louise Carroll, lesquels ont réclamé des dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie et pour perte pécuniaire en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* ou, subsidiairement, de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Par le truchement de son exécutrice, la succession de Louise Carroll a demandé, sous le régime de la *Loi sur les fiduciaires*, d'être indemnisée des débours occasionnés par le décès de Louise Carroll. Peter Hall a également intenté une poursuite pour la perte pécuniaire qu'il a subie en raison de ses blessures ainsi que pour la perte de conseils, de soins et de compagnie qui a résulté du décès de sa femme; il a fondé ses demandes sur la *Loi sur le droit de la famille* ou, subsidiairement, sur la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

The third Lake Joseph action, *Josephine Perry v. Hogarth et al.*, was commenced on August 31, 1992. Josephine Perry claimed damages under the *Family Law Act* or alternatively under the *Canada Shipping Act* for her own injuries including shock, as well as damages for loss of guidance, care and companionship and pecuniary losses resulting from the death of her husband, Grant Perry. 14

La troisième action du lac Joseph, *Josephine Perry c. Hogarth et al.*, a été intentée le 31 août 1992. Josephine Perry y demandait des dommages-intérêts sous le régime de la *Loi sur le droit de la famille* ou, subsidiairement, sous celui de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, pour le préjudice corporel qu'elle a subi, notamment le choc dont elle a souffert, ainsi que pour la perte de conseils, de soins et de compagnie et pour la perte pécuniaire résultant du décès de son mari, Grant Perry.

All of the defendants in the first two Lake Joseph actions pleaded contributory negligence on 15

Tous les défendeurs aux deux premières actions du lac Joseph ont plaidé qu'il y avait eu négligence

the part of Josephine Perry as operator of the boat that was struck and on the part of John Haller, Peter Hall, and the deceased Louise Carroll. Josephine Perry pleaded contributory negligence on the part of her co-defendants and on the part of Peter Hall and Louise Carroll. The defendant Ontario Holidays Corporation also pleaded contributory negligence on the part of the three Hogarth defendants.

16 All of the defendants in the Lake Joseph actions took the position that the Ontario *Family Law Act*, *Trustee Act*, and the contributory negligence provisions of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1, do not form part of Canadian maritime law, and that all of the plaintiffs' claims should have been brought pursuant to the *Canada Shipping Act*. As a consequence, it was pleaded that none of the claims made pursuant to these provincial statutes disclosed a reasonable cause of action or defence. With respect to the wrongful death claims brought by the dependants of Grant Perry and Louise Carroll, the defendants took the position that the claims were statute-barred by the one-year limitation period contained in s. 649 of the *Canada Shipping Act*. Further, the defendants took the position that maritime wrongful death claims cannot be brought in the Ontario Court (General Division) in light of the exclusive jurisdiction granted to the Federal Court, Trial Division over such matters by s. 646 of the *Canada Shipping Act*.

C. *Van Duser et al. v. Knolmayer et al.* (the "Lac Seul action")

17 The fourth action making up the special case that was heard by the Court of Appeal along with the Lake Erie action was an action in relation to a boating accident on Lac Seul on June 25, 1992 which resulted in the drowning of one of the occupants of the boat. Leave to appeal to this Court in the Lac Seul action was not sought, and consequently nothing more need be said about that action.

contributive de la part de Josephine Perry, qui pilotait l'embarcation qui a été heurtée, et de la part de John Haller, de Peter Hall ainsi que de Louise Carroll qui est décédée. Josephine Perry a allégué la négligence contributive de ses co-défendeurs ainsi que de Peter Hall et de Louise Carroll. La défenderesse Ontario Holidays Corporation a également invoqué la négligence contributive des trois défendeurs Hogarth.

Tous les défendeurs aux actions du lac Joseph ont soutenu que la *Loi sur le droit de la famille* et la *Loi sur les fiduciaires* de l'Ontario de même que les dispositions relatives à la négligence contributive de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, ch. N.1, ne font pas partie du droit maritime canadien, et que les demandeurs auraient dû fonder toutes leurs demandes sur la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Ils ont plaidé que, par conséquent, aucune des demandes fondées sur ces lois provinciales ne révélait de cause d'action ni de moyen de défense raisonnable. Relativement aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui, intentées par les personnes à charge de Grant Perry et de Louise Carroll, les défendeurs ont affirmé qu'elles étaient prescrites puisque l'art. 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoyait un délai de prescription d'un an. Ils ont ajouté que la Cour de l'Ontario (Division générale) ne pouvait connaître de ces demandes en matière maritime, car elles ressortissaient à la compétence exclusive de la Cour fédérale, Section de première instance, en vertu de l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

C. *Van Duser et al. c. Knolmayer et al.* (l'action du lac Seul)

La quatrième action faisant partie du groupe d'actions entendues par la Cour d'appel par voie d'exposé de cause en même temps que l'action du lac Érié se rapportait à un accident de navigation de plaisance, survenu sur le lac Seul le 25 juin 1992, qui a causé la noyade de l'un des occupants de l'embarcation. Aucune demande d'autorisation de pourvoi n'ayant été soumise relativement à cette action, il n'y a pas lieu d'en traiter plus avant.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

. . .

10. Navigation and Shipping.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7

2. In this Act,

. . .

"Canadian maritime law" means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

. . .

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

. . .

10. la navigation et les expéditions par eau (*shipping*);

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7

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

. . .

«droit maritime canadien» Droit — compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale — dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

. . .

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas — opposant notamment des administrés — où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

. . .

(*d*) any claim for damage or for loss of life or personal injury caused by a ship either in collision or otherwise;

. . .

(*g*) any claim for loss of life or personal injury occurring in connection with the operation of a ship including, without restricting the generality of the foregoing, any claim for loss of life or personal injury sustained in consequence of any defect in a ship or in her apparel or equipment, or of the wrongful act, neglect or default of the owners, charterers or persons in possession or control of a ship or of the master or crew thereof or of any other person for whose wrongful acts, neglects or defaults the owners, charterers or persons in possession or control of the ship are responsible, being an act, neglect or default in the management of the ship, in the loading, carriage or discharge of goods on, in or from the ship or in the embarkation, carriage or disembarkation of persons on, in or from the ship;

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9

2. In this Act,

"Admiralty Court" means the Federal Court;

. . .

209. . . .

(2) Subject to this Part, no other court in Canada has jurisdiction to hear or determine any action, suit or proceeding instituted by or on behalf of any seaman or apprentice for the recovery of wages in any amount.

. . .

453. Disputes respecting salvage, whether of life or property, shall be heard and determined by and before

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

. . .

d) une demande d'indemnisation pour décès, dommages corporels ou matériels causés par un navire, notamment par collision;

. . .

g) une demande d'indemnisation pour décès ou lésions corporelles survenus dans le cadre de l'exploitation d'un navire, notamment par suite d'un vice de construction dans celui-ci ou son équipement ou par la faute ou la négligence des propriétaires ou des affréteurs du navire ou des personnes qui en disposent, ou de son capitaine ou de son équipage, ou de quiconque engageant la responsabilité d'une de ces personnes par une faute ou négligence commise dans la manœuvre du navire, le transport et le transbordement de personnes ou de marchandises;

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9

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

«Cour d'Amirauté» La Cour fédérale.

. . .

209. . . .

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, aucun autre tribunal au Canada n'a juridiction pour entendre ou juger une action, poursuite ou procédure intentée par un marin ou un apprenti, ou en leur nom, en recouvrement des gages d'un montant quelconque.

. . .

453. Les contestations relatives à l'indemnité de sauvetage, soit de vie humaine, soit de biens, sont enten-

the receiver of wrecks or the Admiralty Court, as provided for respectively by this Part, and not otherwise.

. . .

PART IX

NAVIGATION — COLLISIONS — LIMITATION OF LIABILITY

. . .

Provisions respecting Collisions, etc.

. . .

572. (1) No action is maintainable to enforce any claim or lien against a vessel or its owners in respect of any damage or loss to another vessel, its cargo or freight, or any property on board that vessel, or for damages for loss of life or personal injuries suffered by any person on board that vessel, caused by the fault of the former vessel, whether that vessel is wholly or partly at fault, unless proceedings therein are commenced within two years from the date when the damage or loss or injury was caused.

. . .

(3) Any court having jurisdiction to deal with an action to which this section relates may, in accordance with the rules of court, extend any period described in subsection (1) or (2) to such extent and on such conditions as it thinks fit, and shall, if satisfied that there has not during such period been any reasonable opportunity of arresting the defendant vessel within the jurisdiction of the court, or within the territorial waters of the country to which the plaintiff's ship belongs or in which the plaintiff resides or has his principal place of business, extend any period to an extent sufficient to give that reasonable opportunity.

573. Sections 565 to 572 apply in respect of a vessel to any persons other than the owners responsible for the fault of the vessel as though the expression "owners" included those persons, and in any case where, by virtue of any charter or demise, or for any other reason, the owners are not responsible for the navigation and management of the vessel, those sections shall be read as though for references to the owners there were substi-

dues et décidées par et devant le receveur d'épaves ou la Cour d'Amirauté, ainsi que le prévoit respectivement la présente partie, et non autrement.

. . .

PARTIE IX

NAVIGATION — ABORDAGES — LIMITATION DE RESPONSABILITÉ

. . .

Dispositions relatives aux abordages, etc.

. . .

572. (1) Nulle action n'est soutenable aux fins d'exercer une réclamation ou un privilège contre un bâtiment ou contre ses propriétaires relativement à toute avarie ou perte causée à un autre bâtiment, sa cargaison ou son fret, ou à des biens à bord de ce bâtiment, ou relativement à des dommages-intérêts pour mort ou blessures d'une personne à bord du bâtiment, occasionnées par la faute du premier bâtiment, que ce bâtiment soit entièrement ou partiellement en faute, à moins que les procédures ne soient intentées dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle l'avarie ou la perte ou la mort ou les blessures ont été causées.

. . .

(3) Tout tribunal compétent pour connaître d'une action à laquelle se rapporte le présent article peut, conformément aux règles du tribunal, proroger les délais prévus aux paragraphes (1) ou (2) dans la mesure et aux conditions qu'il juge convenables, et s'il est convaincu qu'il ne s'est présenté, au cours de ce délai, aucune occasion raisonnable de saisir le navire du défendeur dans les limites de la juridiction qui lui est attribuée ou dans les limites des eaux territoriales du pays auquel appartient le navire du demandeur ou dans lequel le demandeur réside ou a son principal lieu d'affaires, il doit proroger les délais d'une période suffisante pour procurer cette occasion raisonnable.

573. Les articles 565 à 572 s'appliquent à toutes personnes autres que les propriétaires responsables de la faute du bâtiment tout comme si ces personnes étaient assimilées aux propriétaires, et dans tout cas où, en vertu d'une charte-partie ou d'une charte coque-nue, ou pour toute autre raison, les propriétaires ne sont pas responsables de la navigation et de la gestion du bâtiment, ces articles doivent s'appliquer comme si, aux mentions

tuted references to the charterers or other persons for the time being so responsible.

. . .

580. (1) The Admiralty Court has exclusive jurisdiction with respect to any matter in relation to the constitution and distribution of a limitation fund pursuant to Articles 11 to 13 of the Convention.

. . .

PART XIV

FATAL ACCIDENTS

645. In this Part,

"child" includes a son, daughter, grandson, granddaughter, stepson, stepdaughter, adopted child and a person to whom a deceased person stood *in loco parentis*;

"dependants" means the wife, husband, parents and children of a deceased person;

"parent" includes a father, mother, grandfather, grandmother, stepfather, stepmother, a person who adopted a child, and a person who stood *in loco parentis* to a deceased person.

646. Where the death of a person has been caused by a wrongful act, neglect or default that, if death had not ensued, would have entitled the person injured to maintain an action in the Admiralty Court and recover damages in respect thereof, the dependants of the deceased may, notwithstanding his death, and although the death was caused under circumstances amounting in law to culpable homicide, maintain an action for damages in the Admiralty Court against the same defendants against whom the deceased would have been entitled to maintain an action in the Admiralty Court in respect of the wrongful act, neglect or default if death had not ensued.

. . .

649. Not more than one action lies for and in respect of the same subject-matter of complaint, and every action shall be commenced not later than twelve months after the death of a deceased.

650. (1) A plaintiff in an action shall, in his statement of claim, set forth the persons for whom and on whose behalf the action is brought.

des propriétaires, étaient substituées des mentions des affréteurs ou autres personnes ainsi responsables.

. . .

580. (1) La Cour d'Amirauté a compétence exclusive pour entendre toute question relative à la constitution et à la répartition du fonds de limitation régies par les articles 11 à 13 de la Convention.

. . .

PARTIE XIV

ACCIDENTS MORTELS

645. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«enfant» Fils, fille, petit-fils, petite-fille, beau-fils par remariage, belle-fille par remariage, enfant adopté et personne à qui le défunt tenait lieu de parent.

«parent» Le père, la mère, le grand-père, la grand-mère, le beau-père par remariage, la belle-mère par remariage, une personne qui a adopté un enfant, et une personne qui a tenu lieu de parent au défunt.

«personnes à charge» L'épouse, le mari, les parents et les enfants du défunt.

646. Si la mort d'une personne a été occasionnée par une faute, une négligence ou une prévarication qui, si la mort n'en était pas résultée, aurait donné droit à la personne blessée de soutenir une action devant la Cour d'Amirauté et de recouvrer des dommages-intérêts à cet égard, les personnes à charge du défunt peuvent, nonobstant son décès, et bien que sa mort ait été occasionnée dans des circonstances équivalant en droit à un homicide coupable, soutenir une action pour dommages-intérêts devant la Cour d'Amirauté contre les mêmes défendeurs à l'égard desquels le défunt aurait eu droit de soutenir une action devant la Cour d'Amirauté en ce qui concerne cette faute, cette négligence ou cette prévarication, si la mort n'en était pas résultée.

. . .

649. Une seule action est recevable à l'égard de la même plainte, et toute action de ce genre doit être intentée dans les douze mois qui suivent le décès du défunt.

650. (1) Dans son exposé de réclamation, le demandeur doit mentionner les personnes pour lesquelles et au nom desquelles l'action est intentée.

(2) There shall be filed with the statement of claim an affidavit by the plaintiff in which he shall state that to the best of his knowledge, information and belief the persons on whose behalf the action is brought as set forth in the statement of claim are the only persons entitled or who claim to be entitled to the benefit thereof.

(3) The Admiralty Court or a judge thereof, if of opinion that there is a sufficient reason for doing so, may dispense with the filing of the affidavit.

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3

61. — (1) If a person is injured or killed by the fault or neglect of another under circumstances where the person is entitled to recover damages, or would have been entitled if not killed, the spouse, as defined in Part III (Support Obligations), children, grandchildren, parents, grandparents, brothers and sisters of the person are entitled to recover their pecuniary loss resulting from the injury or death from the person from whom the person injured or killed is entitled to recover or would have been entitled if not killed, and to maintain an action for the purpose in a court of competent jurisdiction.

(2) The damages recoverable in a claim under subsection (1) may include,

. . .

(e) an amount to compensate for the loss of guidance, care and companionship that the claimant might reasonably have expected to receive from the person if the injury or death had not occurred.

Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23

38. — (1) Except in cases of libel and slander, the executor or administrator of any deceased person may maintain an action for all torts or injuries to the person or to the property of the deceased in the same manner and with the same rights and remedies as the deceased would, if living, have been entitled to do, and the damages when recovered shall form part of the personal estate of the deceased but if death results from such injuries no damages shall be allowed for the death or for the loss of the expectation of life, but this proviso is not in derogation of any rights conferred by Part V of the *Family Law Act*.

(2) Le demandeur doit produire, avec l'exposé de réclamation, un affidavit dans lequel il déclare qu'au mieux de ses connaissance et croyance, les personnes au nom de qui l'action est intentée, comme en fait mention l'exposé de réclamation, sont les seules qui ont droit ou prétendent avoir droit à bénéficier en l'espèce.

(3) La Cour d'Amirauté ou un juge de ce tribunal, s'ils sont d'avis qu'il existe un motif suffisant d'agir ainsi, peuvent dispenser de la production de l'affidavit.

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3

61 (1) Si une personne subit des lésions ou décède à cause de la faute ou de la négligence d'autrui dans des circonstances qui donnent à la victime le droit d'obtenir des dommages-intérêts, ou lui auraient donné ce droit si elle n'était pas décédée, le conjoint, au sens de la partie III (Obligations alimentaires), les enfants, les petits-enfants, les parents, les grands-parents, les frères et les sœurs de la victime ont le droit de recouvrer du tiers la perte pécuniaire qui résulte de la lésion ou du décès de la victime. Ils ont également le droit d'ester en justice à cette fin devant un tribunal compétent.

(2) Les dommages-intérêts recouvrables dans le cadre de la demande présentée en vertu du paragraphe (1) peuvent comprendre en outre:

. . .

e) un montant compensatoire au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie auxquels l'auteur de la demande aurait été raisonnablement en droit de s'attendre si la lésion ou le décès n'avait pas eu lieu.

Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23

38 (1) Sauf dans les cas de libelle diffamatoire et de diffamation verbale, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur successoral d'un défunt peut ester en justice pour tous les délits et préjudices touchant la personne ou les biens du défunt de la même manière que le défunt aurait pu le faire de son vivant et avec les mêmes droits et recours que ceux auxquels celui-ci aurait alors eu droit. Les dommages-intérêts, lorsqu'ils sont recouvrés, font partie des biens meubles du défunt. Toutefois, si le décès résulte de tels préjudices, aucuns dommages-intérêts ne doivent être accordés pour le décès ni pour la perte de l'espérance de vie; la présente réserve n'est toutefois pas dérogatoire aux droits conférés par la partie V de la *Loi sur le droit de la famille*.

International Convention for the Unification of certain Rules of Law with respect to Collisions between Vessels, B.T.S. 1913 No. 4:

ARTICLE 7.

Actions for the recovery of damages [resulting from a collision] are barred after an interval of two years from the date of the casualty.

. . .

The High Contracting Parties reserve to themselves the right to provide, by legislation in their respective countries, that the said periods shall be extended in cases where it has not been possible to arrest the defendant vessel in the territorial waters of the State in which the plaintiff has his domicile or principal place of business.

Convention internationale pour l'Unification de certaines Règles en Matière d'Abordage, B.T.S. 1913 nº 4:

ARTICLE 7.

Les actions en réparation de dommages [découlant d'une collision entre navires] se prescrivent par deux ans à partir de l'événement.

. . .

Les hautes parties contractantes se réservent le droit d'admettre dans leurs législations, comme prorogeant les délais ci-dessus fixés, le fait que le navire défendeur n'a pu être saisi dans les eaux territoriales de l'État dans lequel le demandeur a son domicile ou son principal établissement.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division) (Ordon et al. v. Grail)*

19 The motions judge in the *Ordon et al. v. Grail* action was asked to determine three preliminary points of law, only one of which is relevant to this appeal, namely, whether a plaintiff who alleges the negligent operation of a vessel may assert a claim for damages under the *Family Law Act*, i.e., under a provincial statute.

20 McMahon J. reviewed two decisions of this Court which he believed to be determinative of the issue: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, and *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273. He found that these cases established that tortious liability for conduct arising in a maritime context is governed exclusively by Canadian maritime law, which is federal law that is uniform across Canada. He concluded that the *Family Law Act* therefore had no application to the immediate cause of action, and ordered that the portions of the Statement of Claim pleading the *Family Law Act* be struck out. McMahon J. granted the plaintiffs' cross-motion to amend the Statement of Claim

III. Les décisions antérieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale) (Ordon et al. c. Grail)*

Dans l'affaire *Ordon et al. c. Grail*, le juge des requêtes devait trancher trois questions de droit préliminaires. Une seule d'entre elles est pertinente pour les fins du présent pourvoi, celle de savoir si le demandeur qui allègue la négligence dans le pilotage d'un bateau peut fonder une action en dommages-intérêts sur la *Loi sur le droit de la famille*, c'est-à-dire sur une loi provinciale.

Le juge McMahon a analysé deux arrêts de notre Cour qui, d'après lui, répondaient à cette question: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, et *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273. Il a conclu que ces arrêts établissaient que la responsabilité délictuelle en matière maritime relève exclusivement du droit maritime canadien, un domaine de droit fédéral d'application uniforme dans tout le Canada et que, par conséquent, la *Loi sur le droit de la famille* n'était pas applicable à la cause d'action immédiate. Il a donc ordonné la radiation des parties de la déclaration fondées sur cette loi. Il a toutefois accueilli la requête incidente présentée par les demandeurs qui souhaitaient modifier *nunc*

nunc pro tunc in order to plead their claims under the *Canada Shipping Act.*

B. *Court of Appeal for Ontario*

(1) Order of Dubin C.J.O.

On November 10, 1994, Dubin C.J.O. joined the three Lake Joseph actions and the Lac Seul action into a special case to be heard at first instance by the Court of Appeal for Ontario. Ten questions were stated for the court's consideration. The special case was heard at the same time as the appeal in the Lake Erie action. In addition to the issues with respect to the applicability of the *Family Law Act* and the jurisdiction of Ontario Court (General Division) which were raised by the Lake Erie action, the special case dealt with the following issues: (1) the applicability of the *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels*, C.S.C. 1859, c. 78, and of the English *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908* to a maritime fatal accident claim; (2) the relevant limitation period with respect to a maritime fatal accident claim by a dependant; (3) the ability of dependants of a person injured but not killed in a maritime accident to bring an action for damages; (4) the ability of siblings of a person killed or injured in a maritime accident to bring a dependant's claim for damages; (5) the effect of contributory negligence upon a negligence claim in the maritime context; (6) the applicability of the Ontario *Trustee Act* to a maritime fatal accident claim; and (7) the applicability of the Ontario *Occupiers' Liability Act*, R.S.O. 1990, c. O.2 to a maritime fatal accident claim.

The Court of Appeal rendered a *per curiam* judgment in relation to the Lake Erie action and the stated case on October 22, 1996.

pro tunc leur déclaration afin de fonder leurs demandes sur la *Loi sur la marine marchande du Canada.*

B. *Cour d'appel de l'Ontario*

(1) Ordonnance du juge en chef Dubin

21 Le 10 novembre 1994, le juge en chef Dubin a réuni les trois actions du lac Joseph et l'action du lac Seul pour instruction sous forme d'exposé de cause par la Cour d'appel de l'Ontario siégeant en première instance. Dix questions ont été soumises à la Cour d'appel, et celle-ci a entendu l'exposé de cause en même temps que l'appel interjeté dans l'action du lac Érié. En plus des questions ayant trait à l'applicabilité de la *Loi sur le droit de la famille* et à la compétence de la Cour de l'Ontario (Division générale), soulevées dans l'action du lac Érié, l'exposé de cause portait sur les questions suivantes: (1) l'applicabilité de l'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel*, S.R.C. 1859, ch. 78, et des *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908* d'Angleterre à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel; (2) la prescription applicable à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel, formée par une personne à charge; (3) la qualité pour agir en dommages-intérêts des personnes à charge d'une personne blessée lors d'un accident de navigation, mais toujours vivante; (4) la qualité pour agir en dommages-intérêts à titre de personnes à charge des frères et sœurs d'une personne tuée ou blessée dans un accident de navigation; (5) l'effet, en matière maritime, de la négligence contributive sur une action fondée sur la négligence; (6) l'applicabilité de la *Loi sur les fiduciaires* de l'Ontario à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel; (7) l'applicabilité de la *Loi sur la responsabilité des occupants*, L.R.O. 1990, ch. O.2, à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel.

22 La Cour d'appel a rendu un jugement *per curiam* sur l'action du lac Érié et sur l'exposé de cause, le 22 octobre 1996.

(2) Judgment of the Court of Appeal for Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 643

23 The court dealt first with the jurisdictional issue of whether Part XIV of the *Canada Shipping Act* assigns exclusive jurisdiction over maritime fatal accident claims by dependants to the Federal Court, Trial Division. The court noted that the provincial superior courts have long exercised jurisdiction over maritime negligence actions relating to collisions on inland waters. Referring to other sections of the *Canada Shipping Act* which explicitly assign exclusive jurisdiction to the Federal Court over specific matters, the Court concluded that where Parliament intended the Federal Court to have exclusive jurisdiction, it said so in clear words. The Court found nothing in Part XIV of the Act that expressly or impliedly excluded provincial superior court jurisdiction over fatal accident claims by dependants, and therefore concluded that the Ontario Court (General Division) was properly vested with jurisdiction over the claims.

24 Next, in order to deal with the questions regarding the applicability of provincial and British statutes to the various actions, the Court turned to consider more broadly the content of Canadian maritime law. Three decisions of this Court were considered on this point: *ITO*, *supra*, *Whitbread*, *supra*, and *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683. The general principles drawn from these three cases by the Court of Appeal were the following: Canadian maritime law as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, should be understood within the modern context of commerce and shipping, and its content should not be considered frozen by *The Admiralty Act, 1934*, S.C. 1934, c. 31. It is the maritime law of England as it has been incorporated into Canadian law. It is a body of federal law that is uniform throughout Canada, and it is not the law

(2) Jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 643

La cour s'est d'abord penchée sur la question de savoir si la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* confère une compétence exclusive à la Cour fédérale, Section de première instance, relativement aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formulées par des personnes à charge. Elle a fait remarquer que les cours supérieures provinciales exercent depuis longtemps une compétence à l'égard des actions pour négligence en matière maritime intentées relativement à une collision survenue dans les eaux intérieures. Invoquant d'autres dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui attribuent explicitement une compétence exclusive à la Cour fédérale à l'égard d'objets particuliers, la cour a conclu que lorsque le Parlement a voulu investir la Cour fédérale d'une compétence exclusive, il l'a fait en termes clairs. Comme elle n'a rien relevé dans la partie XIV de la Loi qui écarte expressément ou implicitement la compétence des cours supérieures provinciales à l'égard des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées par des personnes à charge, elle a conclu que la Cour de l'Ontario (Division générale) avait compétence pour connaître des demandes dont elle était saisie.

La cour, examinant ensuite l'applicabilité des lois provinciales et britanniques aux diverses actions, a abordé dans une perspective plus générale le contenu du droit maritime canadien. Elle a analysé trois arrêts de notre Cour: *ITO*, précité, *Whitbread*, précité, et *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, dont elle a tiré les principes généraux suivants: le droit maritime canadien, tel qu'il est défini à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, doit être appréhendé dans le contexte moderne du commerce et de la navigation, et son contenu ne devrait pas être considéré comme figé par la *Loi d'amirauté, 1934*, S.C. 1934, ch. 31. Il s'agit du droit maritime d'Angleterre qui a été incorporé en droit canadien, formant un ensemble de règles de droit fédérales uniformes dans tout le Canada; ce n'est pas le droit d'une province canadienne. Le

of any province of Canada. In particular, Canadian maritime law governs all tortious liability arising in a maritime context, whether the impugned conduct occurred in a major shipping lane or on an inland lake. Finally, the Court of Appeal read this Court's decision in *ITO*, *supra*, as stating that a court adjudicating a maritime law matter may apply provincial law which is incidentally necessary to resolve the issues presented by the parties.

With respect to the application of provincial law to the maritime law actions on appeal, the Court of Appeal noted that this Court has applied provincial legislation to maritime accidents in the past, notably in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802. The Court of Appeal concluded that this Court in *ITO*, *Whitbread* and *Chartwell* had not overruled its earlier decision in *Stein*. The Court of Appeal stated as a guiding principle that when considering whether a particular provincial law should be applied to a maritime accident claim, a court should determine whether the provincial law would encroach upon or destroy the uniformity of federal maritime law so as to frustrate the exclusive, uniform federal jurisdiction relating to navigation and shipping. The court proceeded to apply this principle in considering the applicability of each provincial statute at issue in the appeals.

Family Law Act: The Court of Appeal found that Parliament has already defined the class of persons who may recover in a maritime wrongful death claim in Part XIV of the *Canada Shipping Act*, such that to apply the *Family Law Act* to supplement this class would conflict with federal maritime law.

An Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels and the English *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908*: The Court of Appeal found that any claims formerly available under these statutes for maritime wrongful death have been displaced by the provisions of

droit maritime canadien régit, plus particulièrement, toutes les questions de responsabilité délictuelle se posant en contexte maritime, que la conduite reprochée soit survenue sur une voie maritime importante ou un lac. Finalement, la Cour d'appel a interprété l'arrêt *ITO*, précité, comme établissant qu'un tribunal statuant en matière maritime peut appliquer les règles de droit provinciales accessoirement nécessaires pour résoudre les questions soumises par les parties.

25 La Cour d'appel a signalé, relativement à l'application des règles de droit provinciales aux actions relevant du droit maritime dont elle était saisie, que notre Cour a déjà appliqué des lois provinciales dans des affaires d'accidents de navigation, notamment dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, et elle a conclu que les arrêts *ITO*, *Whitbread* et *Chartwell* n'avaient pas infirmé la décision rendue dans l'arrêt *Stein*. Posant comme principe directeur que le tribunal appelé à statuer sur l'applicabilité d'une règle de droit provinciale à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation devait établir si cette règle pouvait porter atteinte à l'uniformité du droit maritime fédéral et empiéter ainsi sur la compétence fédérale exclusive et uniforme en matière de navigation et d'expéditions par eau, la cour a appliqué ce principe en examinant l'applicabilité de chaque loi provinciale en cause.

26 La *Loi sur le droit de la famille*: la Cour d'appel a conclu que le Parlement a déjà défini à la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* la catégorie de personnes qui, en matière maritime, peuvent être indemnisées en formant une demande en réparation du préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui et que, par conséquent, l'application de la *Loi sur le droit de la famille* pour élargir cette catégorie entrerait en conflit avec le droit maritime fédéral.

27 L'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel* et les *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908* d'Angleterre: la Cour d'appel a jugé que les dispositions de la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ont remplacé les recours

Part XIV of the *Canada Shipping Act*. In addition, the court found that none of these statutes provided any benefit that was not already provided by Part XIV.

28 *Trustee Act*: The court noted that, whereas the *Canada Shipping Act* does not provide that the estate of the deceased can bring a claim for damages arising after an accident but prior to death, s. 38(1) of the *Trustee Act* expressly provides for such recovery. Applying the principles it had earlier set out, the court found that the *Trustee Act*, like the *Contributory Negligence Act* in the *Stein* case, could be called upon to fill the gap. The court concluded that applying the *Trustee Act* in this way would not compromise the fundamental principles of Canadian maritime law or the uniformity of that law.

29 *Occupiers' Liability Act*: The Court of Appeal found that there was no gap in federal maritime law which the *Occupiers' Liability Act* could be called upon to fill, in the sense that the liability of a defendant occupier of a boat can be determined by reference to basic principles of negligence law in their maritime context. The Court of Appeal concluded that the *Occupiers' Liability Act* cannot be applied to an accident which occurred on a body of inland water.

30 *Negligence Act*: On the authority of *Stein*, *supra*, the Court of Appeal concluded that the contributory negligence provisions of the *Negligence Act* may be applied to apportion liability.

31 Following its consideration of the applicability of the various provincial statutes, the Court of Appeal dealt with the classes of plaintiffs eligible to bring claims and the types of losses for which they could recover.

32 The court found that, although a claim for loss of guidance, care and companionship cannot be

auparavant prévus par ces lois à l'égard des décès causés par la faute d'autrui en matière maritime. En outre, la cour a conclu qu'aucune de ces lois ne prévoyait un avantage que n'accordait pas déjà la partie XIV.

La *Loi sur les fiduciaires*: la cour a signalé que si la *Loi sur la marine marchande du Canada* ne prévoit pas que la succession puisse réclamer pour des dommages subis après l'accident mais avant le décès, le par. 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires*, lui, permet expressément un tel recours. Appliquant le principe qu'elle avait formulé plus tôt, la cour a conclu qu'on pouvait invoquer la *Loi sur les fiduciaires* pour remplir le vide, citant l'exemple du recours à la *Contributory Negligence Act* dans l'affaire *Stein*. Elle a statué qu'en appliquant la *Loi sur les fiduciaires* de cette façon, on ne compromettrait ni les principes fondamentaux du droit maritime canadien ni son uniformité.

La *Loi sur la responsabilité des occupants*: la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait en droit maritime fédéral aucun vide que la *Loi sur la responsabilité des occupants* aurait pu remplir, en ce sens que la responsabilité de l'occupant d'une embarcation, défendeur à une action, peut être déterminée au moyen des principes fondamentaux du droit de la négligence appliqués dans leur contexte maritime. La Cour d'appel a conclu que la *Loi sur la responsabilité des occupants* ne pouvait être appliquée à un accident survenu sur un plan d'eau intérieur.

La *Loi sur le partage de la responsabilité*: s'appuyant sur l'arrêt *Stein*, précité, la Cour d'appel a conclu qu'on pouvait appliquer les dispositions relatives à la négligence contributive de la *Loi sur le partage de la responsabilité* pour établir les parts respectives de responsabilité.

Après avoir examiné l'applicabilité des diverses lois provinciales, la Cour d'appel s'est tournée vers les catégories de demandeurs admis à agir en réparation et les types de pertes dont ils pouvaient être indemnisés.

La cour a conclu que même s'il n'était pas possible de former une demande en réparation au titre

brought under the *Family Law Act* (in light of the foregoing analysis), such a claim may be brought under the *Canada Shipping Act*. The Court held that, even if the word "damages" in s. 647 of the *Canada Shipping Act* did not originally refer to damages for this variety of non-pecuniary loss, Canadian maritime law is not frozen or static, and should develop to allow for such a claim in conformity with contemporary concepts of loss resulting from wrongful death.

de la perte de conseils, de soins et de compagnie en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* (compte tenu du raisonnement précédent), la *Loi sur la marine marchande du Canada* permettait de le faire. Elle a jugé que, même si le mot «dommages-intérêts» employé à l'art. 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ne visait pas initialement l'indemnisation de ce type de perte non pécuniaire, le droit maritime canadien n'était ni figé ni statique et devait évoluer pour permettre de tels recours conformément aux concepts contemporains de la perte résultant du décès causé par la faute d'autrui.

The court similarly held that dependants of a person injured but not killed in a boating accident could recover damages for loss of guidance, care and companionship. The court found that, although such a claim is not provided for in the *Canada Shipping Act*, it would be anomalous to provide for such recovery in fatal accident cases but not in cases of personal injury, particularly cases of serious personal injury such as that suffered by Peter Hall in the Lake Joseph accident. The court accordingly allowed for the claim as part of the "continued appropriate growth of Canadian maritime law" (pp. 674-75).

33 Elle a statué, de la même façon, que les personnes à charge de la victime d'un accident de navigation de plaisance, qui ne succombe pas aux blessures qui lui sont infligées, pouvaient obtenir des dommages-intérêts pour la perte de conseils, de soins et de compagnie. Tout en reconnaissant que la *Loi sur la marine marchande du Canada* ne prévoyait pas ce recours, elle a estimé qu'il serait anormal que les accidents mortels y donnent ouverture mais non les préjudices corporels, en particulier si les blessures sont graves comme celles qu'a subies Peter Hall dans l'accident du lac Joseph. La cour a donc permis la demande en conformité avec la règle de [TRADUCTION] «l'évolution nécessaire du droit maritime canadien» (aux pp. 674 et 675).

With respect to eligible claimants, the Court of Appeal noted that those who may make a claim for wrongful death in the maritime context are specifically listed in the definition of "dependants" in s. 645 of the *Canada Shipping Act*. That definition lists the wife, husband, parents and children of the deceased, but not siblings or common law spouses. Since the *Canada Shipping Act* is the controlling legislation, the court found that siblings are not permitted to assert a claim. However, in accordance with the decision of this Court in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, the Court of Appeal held that it was necessary to interpret the words "husband" and "wife" in s. 645 of the *Canada Shipping Act* as including common law spouses, in

34 Relativement aux personnes admises à agir, la Cour d'appel a fait remarquer que ceux qui peuvent former une demande en réparation du préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui, en contexte maritime, sont expressément mentionnés dans la définition des termes «personnes à charge» énoncée à l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Sont inclus dans la liste l'épouse, le mari, les parents et les enfants du défunt, mais non les frères et sœurs ni le conjoint de fait. La cour, estimant que la *Loi sur la marine marchande du Canada* était la loi applicable, a jugé que les frères et sœurs ne pouvaient exercer un tel recours. Elle a toutefois conclu, conformément à l'arrêt de notre Cour dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, qu'il fallait interpréter les mots «mari» et «épouse» de l'art. 645 comme

order to comply with constitutional equality requirements.

35 The final issue considered by the Court of Appeal was the applicable limitation period in relation to the Lake Joseph claims. The issue was stated as whether only the one-year limitation period specified in s. 649 of the *Canada Shipping Act* could apply to the dependants' claims, or whether resort could be had to the two-year limitation period in s. 572(1) of the Act, or alternatively whether the court had jurisdiction to extend, and should extend, the limitation period in some other manner. The Court of Appeal held that where a dependant of a person killed in a boating accident brings a claim, that claim must be brought under Part XIV of the *Canada Shipping Act*, such that the limitation period in that Part must apply, notwithstanding the existence of a distinct and longer limitation period in s. 572(1) which expressly applies to collisions between boats resulting in loss of life. On the other hand, the dependants' claims relating to the injuries of Peter Hall were found to be governed by the two-year limitation period under s. 572(1).

36 Having found that the dependants' fatal accident claims were statute-barred, the court was of the opinion that to deny the plaintiffs their recourse under the circumstances would be extremely unfair and would result in a gross injustice. Relying upon the decision of this Court in *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380, the Court of Appeal found that special circumstances existed which justified a discretionary extension of the limitation period. It found these special circumstances in the fact that, at the time the Lake Joseph actions were commenced, it was generally thought that maritime wrongful death claims by dependants could be brought pursuant to provincial legislation, which in this case provided a longer limitation period. The court also noted that the defendants in this case were aware of the nature of the claims against

incluant les conjoints de fait, afin de respecter les exigences constitutionnelles en matière d'égalité.

La Cour d'appel a examiné, en dernier lieu, la question de la prescription applicable aux actions du lac Joseph. Il s'agissait de déterminer si le délai applicable aux demandes formulées par les personnes à charge était uniquement le délai d'un an prévu à l'art. 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ou si le délai de deux ans prévu au par. 572(1) de cette même loi pouvait être invoqué et, subsidiairement, si la cour avait compétence pour proroger de quelque façon le délai de prescription et si elle devait l'exercer. La cour a statué que la demande en réparation formée par la personne à charge d'une victime décédée au cours d'un accident de navigation doit être fondée sur la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, de sorte que c'est la prescription prévue dans cette partie qui s'applique, même si le par. 572(1), qui porte expressément sur les abordages causant des pertes de vie, prévoit un délai de prescription distinct et plus long. En revanche, elle a conclu que les demandes formées par les personnes à charge relativement aux blessures subies par Peter Hall sont assujetties à la prescription de deux ans prévue au par. 572(1).

Après avoir conclu que les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentées par les personnes à charge étaient prescrites, la cour a estimé que, dans les circonstances, les déclarer irrecevables serait contraire à l'équité et engendrerait une injustice flagrante. S'appuyant sur l'arrêt de notre Cour dans *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380, la Cour d'appel a jugé que la prorogation discrétionnaire du délai de prescription se justifiait du fait de l'existence de circonstances particulières, savoir qu'au moment où les actions du lac Joseph ont été intentées, il était généralement admis que les personnes agissant en réparation du préjudice résultant d'un décès causé par la faute d'autrui pouvaient fonder leur demande sur le droit provincial lequel, en l'occurrence, prévoyait des délais de prescription plus longs. La cour a également noté que les défendeurs en l'espèce connaissaient la nature des demandes et ne

them and would suffer no prejudice as a result of the exercise of the court's discretion.

C. *Supreme Court of Canada*

Defendants in the three Lake Joseph actions and the Lake Erie action applied for and were granted leave to appeal to this Court. Several plaintiffs also applied for and were granted leave to cross-appeal. On March 16, 1998, Iacobucci J. stated five constitutional questions for consideration by this Court in relation to the appeals and cross-appeals:

1. Whether the provisions of Part V of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, in whole or in part, allowing claims for loss of guidance, companionship and other losses, are constitutionally inapplicable to losses arising from a personal injury suffered by another arising out of the alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

2. Whether the provisions of the *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels*, C.S.C. 1859, c. 78, are constitutionally inapplicable in whole or in part to an action based on alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario resulting in a fatality, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

3. Whether the provisions of s. 38(1) of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, are constitutionally inapplicable in whole or in part to an action based on alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario resulting in a fatality, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

4. Whether the provisions of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1, allowing the apportionment of liability in accordance with fault, are constitutionally inapplicable in whole or in part to an action based on the alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario resulting in personal

subiraient aucun préjudice du fait de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour.

C. *La Cour suprême du Canada*

Les défendeurs visés par les trois actions du lac Joseph et par l'action du lac Érié ont demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Plusieurs demandeurs ont également demandé et obtenu l'autorisation de former un pourvoi incident. Le 16 mars 1998, le juge Iacobucci a formulé cinq questions constitutionnelles se rapportant aux pourvois et aux pourvois incidents: 37

1. Les dispositions de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, qui prévoient l'indemnisation notamment de la perte de conseils et de compagnie, sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables aux pertes résultant des lésions corporelles subies par un tiers à la suite de la prétendue négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

2. Les dispositions de l'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel*, S.R.C. 1859, ch. 78, sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables à l'action exercée à la suite d'un décès qu'aurait causé la négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

3. Les dispositions du par. 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables à l'action intentée à la suite d'un décès qu'aurait causé la négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

4. Les dispositions de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, ch. N.1, qui prévoient la répartition de la responsabilité selon la faute, sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables à l'action intentée à la suite des lésions corporelles ou d'un décès qu'aurait causés la négli-

injury or death, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

5. Whether the provisions of the *Occupiers' Liability Act*, R.S.O. 1990, c. O.2, allowing claims for damages are constitutionally inapplicable in whole or in part in an action based on alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario resulting in a fatality, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

38 The issue of the applicability of the *Occupiers' Liability Act* was raised only by the litigants in the Lac Seul action. As leave to appeal to this Court was not sought in the Lac Seul action, the issue is moot, and accordingly these reasons do not address constitutional question No. 5.

IV. Issues

39 The issues in this appeal are the following:

A. *Jurisdiction*

(1) Does the Ontario Court (General Division) have jurisdiction under Part XIV of the *Canada Shipping Act* to entertain an *in personam* fatal accident claim by a dependant of the deceased arising from the alleged negligent operation or ownership of a vessel on navigable waters within Ontario?

B. *Applicability of Provincial Statutes to a Maritime Law Claim*

(2) Are the provisions of Part V of the Ontario *Family Law Act* constitutionally inapplicable and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern damages for personal injury arising out of a boating accident?

gence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

5. Les dispositions de la *Loi sur la responsabilité des occupants*, L.R.O. 1990, ch. O.2, qui prévoient la présentation de demandes d'indemnisation sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables à l'action intentée à la suite d'un décès qu'aurait causé la négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

Seule l'action du lac Seul soulevait la question de l'applicabilité de la *Loi sur la responsabilité des occupants* et, comme elle n'a donné lieu à aucune demande d'autorisation de pourvoi, la question est devenue théorique. En conséquence, il ne sera pas traité de la cinquième question constitutionnelle dans les présents motifs.

IV. Les questions en litige

Le pourvoi dont nous sommes saisis soulève les questions suivantes:

A. *La compétence*

(1) La Cour de l'Ontario (Division générale) a-t-elle compétence, aux termes de la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, pour connaître d'une demande *in personam* en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, formée par une personne à charge du défunt et fondée sur la prétendue négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux navigables intérieures de l'Ontario?

B. *L'applicabilité des lois provinciales aux demandes relevant du droit maritime*

(2) Les dispositions de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario sont-elles constitutionnellement inapplicables ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les dommages-intérêts dus pour les préjudices corporels résultant d'un accident de navigation?

(3) Is the *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels* constitutionally inapplicable and/or *ultra vires* insofar as it purports to govern losses or damages arising out of a boating accident?

(4) Is s. 38(1) of the Ontario *Trustee Act* constitutionally inapplicable and/or *ultra vires* insofar as it purports to govern losses or damages arising out of a boating accident?

(5) Are the contributory negligence provisions of the Ontario *Negligence Act* constitutionally inapplicable and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident?

C. *Limitation Period*

(6) What limitation period applies to the three Lake Joseph actions?

V. Terminology

Only some of the original defendants in these four actions have sought leave to appeal to this Court, and accordingly some defendants are appellants and some are respondents to the appeals brought by the other defendants. However, the defendants' submissions, whether made as appellant or respondent, tend to support one another and to be opposed to those of the plaintiff-respondents. In the interests of clarity and brevity, we shall use in these reasons the terms "plaintiffs" and "defendants" to refer to the original plaintiffs and defendants, whether they are appellants or respondents before this Court.

VI. Analysis

A. *Jurisdiction*

The defendants submit that s. 646 of the *Canada Shipping Act* assigns exclusive jurisdiction to the Federal Court, Trial Division to entertain *in personam* fatal accident claims by dependants of a deceased arising from the alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in

(3) L'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel* est-il constitutionnellement inapplicable ou est-il *ultra vires* dans la mesure où il vise à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de navigation?

(4) Le paragraphe 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires* est-il constitutionnellement inapplicable ou est-il *ultra vires* dans la mesure où il vise à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de navigation?

(5) Les dispositions de la *Loi sur le partage de la responsabilité* de l'Ontario sont-elles constitutionnellement inapplicables ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de navigation?

C. *La prescription*

(6) Quelle est la prescription applicable aux trois actions du lac Joseph?

V. Désignation des parties

Seuls quelques-uns des défendeurs originaires dans ces quatre actions ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, par conséquent certains défendeurs sont appelants et d'autres sont intimés dans les pourvois déposés par les autres défendeurs. Que les défendeurs soient appelants ou intimés, toutefois, leurs arguments tendent à s'appuyer les uns les autres et à contredire ceux des demandeurs-intimés. C'est pourquoi, nous emploierons, pour plus de clarté et de concision, les mots «demandeurs» et «défendeurs» pour désigner les demandeurs et défendeurs originaires, sans égard à leur qualité d'appelant ou d'intimé devant notre Cour. 40

VI. Analyse

A. *La compétence*

Les défendeurs soutiennent que l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* confère à la Cour fédérale, Section de première instance, une compétence exclusive quant aux demandes *in personam* en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, intentées par les personnes à 41

Ontario. They argue that the Ontario Court (General Division) is therefore without jurisdiction to hear such claims, and that the claims by the dependants of the deceased in these appeals were brought in the wrong court.

42 At the outset, it is important to identify the precise type of claim with respect to which the jurisdiction of the Ontario Court (General Division) is disputed. None of the parties in these appeals disputes the jurisdiction of a provincial superior court to hear claims for personal injury (whether by the injured party or, assuming such a claim may be brought, by his or her dependants) arising out of a boating accident. It is only claims by dependants of a person killed in a boating accident which are at issue. As well, none of the parties disputes that, if it is found that the estate of a person killed in a boating accident is entitled to maintain an action to pursue the claims of the deceased him- or herself, the provincial superior courts possess jurisdiction to entertain the action. Finally, it is relevant to note (although it is not determinative of the issue of jurisdiction) that all of the claims at issue in these appeals have been brought *in personam* (i.e., against the owners and those allegedly responsible for the operation of the boat) and not *in rem* (i.e., against the boat itself). The issue presented for this Court's consideration is, therefore, specifically, whether the Ontario Court (General Division) has jurisdiction to entertain an *in personam* fatal accident claim by a dependant of the deceased arising out of a boating accident which occurred on navigable waters within Ontario, or whether such jurisdiction has been ousted by s. 646 of the *Canada Shipping Act*.

43 We agree with the Court of Appeal for Ontario that s. 646 of the *Canada Shipping Act* does not assign exclusive jurisdiction over dependants' maritime fatal accident claims to the Federal

charge du défunt et fondées sur la négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un bâtiment dans les eaux intérieures de l'Ontario. Ils font valoir, par conséquent, que la Cour de l'Ontario (Division générale) est incompétente et que les personnes à charge des défunts, en l'espèce, se sont adressées au mauvais tribunal.

Il importe d'abord de préciser la nature des demandes à l'égard desquelles la compétence de la Cour de l'Ontario (Division générale) est contestée. Aucune des parties aux présents pourvois ne prétend que les cours supérieures provinciales sont incompétentes pour instruire les demandes en réparation du préjudice corporel résultant d'un accident de navigation (intentées par les personnes ayant subi le préjudice ou par leurs personnes à charge, en supposant que ces dernières puissent exercer une telle poursuite). Seules les demandes formées par les personnes à charge d'une personne ayant péri dans un accident de navigation sont en cause. Personne ne conteste, non plus, que si la Cour conclut que la succession d'une personne tuée dans un accident de navigation est fondée à exercer les demandes que la victime aurait pu former, les cours supérieures provinciales sont compétentes pour connaître de ces actions. Finalement, il faut également signaler (bien que cela ne soit pas déterminant quant à la question de la compétence) que toutes les demandes en cause sont des actions *in personam* (c.-à-d. dirigées contre les propriétaires des embarcations et contre les personnes qui les auraient pilotées) et non des actions *in rem* (c.-à-d. dirigées contre l'embarcation elle-même). Notre Cour doit donc statuer sur la question précise de savoir si la Cour de l'Ontario (Division générale) a compétence à l'égard des demandes *in personam* en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel survenu dans les eaux navigables de l'Ontario, intentées par les personnes à charge des défunts, ou si l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* écarte cette compétence.

Nous convenons avec la Cour d'appel de l'Ontario que l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ne confère pas à la Cour fédérale, Section de première instance, une compétence

Court, Trial Division. Rather, the Federal Court, Trial Division and the provincial superior courts have concurrent jurisdiction over such claims. We arrived at this conclusion for many reasons. They include a consideration of the intended meaning and purpose of s. 646 of the *Canada Shipping Act* in light of the history of maritime fatal accident claims in Canadian law, the wording of s. 646, its statutory context, previous jurisprudence, and policy considerations regarding the jurisdiction of the Federal Court.

(1) The Jurisdiction of Provincial Superior Courts

It is well settled, and the defendants do not dispute, that as a general rule provincial superior courts have plenary and inherent jurisdiction to hear and decide all cases that come before them, regardless of whether the law applicable to a particular case is provincial, federal or constitutional: *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, at pp. 19-20; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, at p. 217; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paras. 26-32.

This general rule is subject to important exceptions. In particular with reference to these appeals, Parliament may, within constitutional limits, derogate from the jurisdiction of the provincial courts by conferring jurisdiction upon federal courts constituted by statute pursuant to s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. This exception was acknowledged by Pigeon J., writing for the majority of the Court in *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, at p. 713, where he stated:

It must be considered that the basic principle governing the Canadian system of judicature is the jurisdiction of the superior courts of the provinces in all matters federal and provincial. The federal Parliament is empowered to

exclusive quant aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formées par les personnes à charge des défunts. Relativement à ces actions, la Cour fédérale, Section de première instance, et les cours supérieures provinciales exercent plutôt une compétence concurrente. Nous parvenons à cette conclusion pour plusieurs raisons parmi lesquelles le sens et l'objet que le législateur a voulu donner à l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, tels qu'ils ressortent de l'historique des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel en droit canadien, du libellé de l'art. 646, du contexte législatif dans lequel s'inscrit la disposition, de la jurisprudence antérieure et des considérations de principe concernant la compétence de la Cour fédérale.

(1) La compétence des cours supérieures provinciales

Les défendeurs ne contestent pas que, règle générale, les cours supérieures provinciales exercent une compétence inhérente et entière, que les affaires dont elles sont saisies relèvent du droit fédéral, provincial ou constitutionnel: *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, aux pp. 19 et 20; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, à la p. 217; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux par. 26 à 32. 44

Cette règle générale, toutefois, comporte d'importantes exceptions, dont l'une concerne plus particulièrement les présents pourvois: le Parlement peut, dans les limites de la Constitution, déroger au principe de la compétence des cours provinciales et attribuer compétence à des tribunaux fédéraux créés par loi sous le régime de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Pigeon a reconnu cette exception dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, à la p. 713, où s'exprimant pour la majorité de la Cour, il a écrit: 45

Il faut tenir compte de ce que le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement

derogate from this principle by establishing additional courts only for the better administration of the laws of Canada. [Emphasis added.]

46 As a statutory court, the Federal Court of Canada has no jurisdiction except that assigned to it by statute. In light of the inherent general jurisdiction of the provincial superior courts, Parliament must use express statutory language where it intends to assign jurisdiction to the Federal Court. In particular, it is well established that the complete ouster of jurisdiction from the provincial superior courts in favour of vesting exclusive jurisdiction in a statutory court (rather than simply concurrent jurisdiction with the superior courts) requires clear and explicit statutory wording to this effect. This latter principle finds early expression in the judgment in *Peacock v. Bell* (1677), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, at pp. 87-88:

> And the rule for jurisdiction is, that nothing shall be intended to be out of the jurisdiction of a Superior Court, but that which specially appears to be so; and, on the contrary, nothing shall be intended to be within the jurisdiction of an Inferior Court but that which is so expressly alleged.

This basic principle continues to be applied up to the present day: see *Albon v. Pyke* (1842), 4 Man. & G. 421, 134 E.R. 172, at p. 174; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.), at pp. 962-63; *Re Minister of Social Welfare and Rehabilitation and Dube* (1963), 39 D.L.R. (2d) 302 (Sask. C.A.), at p. 307; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, *supra*, at paras. 29-32; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 417-20.

(2) The Concurrent Jurisdiction of Provincial Superior Courts and the Federal Court, Trial Division with Respect to Maritime Matters

47 In accordance with the inherent jurisdiction of the superior courts, it has long been held that the provincial superior courts have jurisdiction over matters involving maritime law, including negligence actions resulting from collisions or other accidents involving vessels on inland waters: *Ship-*

fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement «pour la meilleure administration des lois du Canada». [Nous soulignons.]

Comme tribunal d'origine législative, la Cour fédérale du Canada ne peut exercer que les compétences qui lui sont attribuées par la loi et, compte tenu du principe de la compétence générale inhérente des cours supérieures provinciales, le Parlement doit, pour attribuer compétence à la Cour fédérale, exprimer explicitement cette intention. Il est reconnu, en particulier, que la dévolution d'une compétence exclusive à un tribunal créé par loi et la perte corrélative de cette compétence par les cours supérieures provinciales (plutôt que l'exercice d'une compétence concurrente) doit être énoncée expressément en termes clairs dans la loi. Ce dernier principe a été exprimé très tôt, dans la décision *Peacock c. Bell* (1677), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, aux pp. 87 et 88:

> [TRADUCTION] Et la règle en matière de compétence, c'est que rien n'est censé échapper à la compétence d'une cour supérieure sauf ce qui semble y échapper spécialement; et, inversement, rien n'est censé relever de la compétence d'une cour d'instance inférieure sauf ce qui est expressément allégué.

Ce principe fondamental a continué d'être appliqué jusqu'à maintenant: *Albon c. Pyke* (1842), 4 Man. & G. 421, 134 E.R. 172, à la p. 174; *Board c. Board*, [1919] A.C. 956 (C.P.), aux pp. 962 et 963; *Re Minister of Social Welfare and Rehabilitation and Dube* (1963), 39 D.L.R. (2d) 302 (C.A. Sask.), à la p. 307; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, précité, aux par. 29 à 32; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), aux pp. 477 à 481.

(2) La compétence concurrente des cours supérieures provinciales et de la Cour fédérale, Section de première instance, en matière maritime

Conformément au principe de la compétence inhérente des cours supérieures, il est reconnu depuis longtemps que les cours supérieures provinciales peuvent connaître des affaires faisant intervenir le droit maritime, y compris les actions pour négligence découlant de collisions ou d'autres

man v. Phinn (1914), 31 O.L.R. 113 (H.C.), aff'd (1914), 32 O.L.R. 329 (C.A.); *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co.* (1967), 59 W.W.R. 622 (Man. Q.B.); *Heath v. Kane* (1975), 10 O.R. (2d) 716 (C.A.); *Harvey v. Tarala* (1977), 6 Sask. R. 74 (Q.B.); *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, *supra*.

accidents de navigation survenus dans les eaux intérieures: *Shipman c. Phinn* (1914), 31 O.L.R. 113 (H.C.), conf. par (1914), 32 O.L.R. 329 (C.A.); *Pile Foundations Ltd. c. Selkirk Silica Co.* (1967), 59 W.W.R. 622 (C.B.R. Man.); *Heath c. Kane* (1975), 10 O.R. (2d) 716 (C.A.); *Harvey c. Tarala* (1977), 6 Sask. R. 74 (B.R.); *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, précité.

The *Federal Court Act* confirms the jurisdiction of the provincial superior courts over matters involving Canadian maritime law, by recognizing (in s. 22 of the Act) the Federal Court, Trial Division's concurrent jurisdiction over such matters. Section 22 of the *Federal Court Act* states in relevant part:

48 La *Loi sur la Cour fédérale* confirme la compétence des cours supérieures provinciales à l'égard des affaires faisant intervenir le droit maritime canadien, en reconnaissant (à l'art. 22 de la Loi) la compétence concurrente de la Cour fédérale, Section de première instance, sur ces affaires. Voici les extraits pertinents de cette disposition:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas — opposant notamment des administrés — où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

. . .

(*d*) any claim for damage or for loss of life or personal injury caused by a ship either in collision or otherwise;

d) une demande d'indemnisation pour décès, dommages corporels ou matériels causés par un navire, notamment par collision;

. . .

(*g*) any claim for loss of life or personal injury occurring in connection with the operation of a ship including, without restricting the generality of the foregoing, any claim for loss of life or personal injury sustained in consequence of any defect in a ship or in her apparel or equipment, or of the wrongful act, neglect or default of the owners, charterers or persons in possession or control of a ship or of the master or crew thereof or of any other person for whose wrongful acts, neglects or defaults the owners, charterers or persons in possession or control of the ship are responsible, being an act, neglect or default in the management of the ship, in the loading, carriage or

g) une demande d'indemnisation pour décès ou lésions corporelles survenus dans le cadre de l'exploitation d'un navire, notamment par suite d'un vice de construction dans celui-ci ou son équipement ou par la faute ou la négligence des propriétaires ou des affréteurs du navire ou des personnes qui en disposent, ou de son capitaine ou de son équipage, ou de quiconque engageant la responsabilité d'une de ces personnes par une faute ou négligence commise dans la manœuvre du navire, le transport et le transborde-

discharge of goods on, in or from the ship or in the embarkation, carriage or disembarkation of persons on, in or from the ship; [Emphasis added.]

49 The defendants do not contest the general proposition that the Federal Court, Trial Division shares concurrent jurisdiction over maritime matters with the provincial superior courts. Rather, they submit that jurisdiction to adjudicate a specific variety of maritime matter, namely *in personam* fatal accident claims brought by dependants of the deceased, has, in the language of s. 22(1) of the *Federal Court Act*, "been otherwise specially assigned" by statute. They argue that s. 646 of the *Canada Shipping Act* specially assigns jurisdiction over such claims to the Federal Court, Trial Division, to the exclusion of the provincial superior courts.

(3) The Defendants' Position

50 The defendants' argument in favour of exclusive jurisdiction in the Federal Court, Trial Division may be summarized as follows: (a) Part XIV of the *Canada Shipping Act* is the only basis at law whereby dependants of a person killed in a maritime accident may seek relief; (b) s. 646 of the *Canada Shipping Act* specifies an exclusive forum for such claims by providing that a dependant may "maintain an action for damages in the Admiralty Court"; and (c) the "Admiralty Court" is defined in s. 2 of the *Canada Shipping Act* as the Federal Court. The jurisdiction argument is most elaborately advanced by the appellant Grail who, in support of his interpretation of s. 646 of the *Canada Shipping Act*, relies upon the wording of ss. 646 and 650 of the Act, the judgment of this Court in *Stein*, *supra*, as well as Hansard and other sources with respect to the original legislative purpose underlying what is now s. 646. Throughout his submissions on this issue, the appellant Grail also emphasizes what he perceives (wrongly in our view) as a distinction between the Federal Court's jurisdiction over maritime accidents involving a

ment de personnes ou de marchandises; [Nous soulignons.]

Les défendeurs ne contestent pas l'affirmation générale voulant que la Cour fédérale, Section de première instance, et les cours supérieures provinciales exercent une compétence concurrente en matière maritime. Ils soutiennent plutôt qu'il y a eu «attribution expresse contraire» par loi, pour reprendre les termes employés au par. 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, de la compétence relative à un type déterminé d'action en matière maritime, savoir les demandes *in personam* en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, formulées par les personnes à charge du défunt. Selon eux, l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande* attribue expressément compétence à la Cour fédérale, Section de première instance, sur ce type d'action à l'exclusion des cours supérieures provinciales.

(3) La position des défendeurs

L'argument des défendeurs au soutien de l'exclusivité de la compétence dévolue à la Cour fédérale, Section de première instance, peut se résumer ainsi: a) le seul fondement en droit du recours ouvert aux personnes à charge d'une personne ayant péri dans un accident de navigation se trouve à la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*; b) l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* précise que ces demandes ressortissent à une juridiction exclusive lorsqu'il énonce que les personnes à charge peuvent «soutenir une action pour dommages-intérêts devant la Cour d'Amirauté»; c) l'art. 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* définit la «Cour d'Amirauté» comme la Cour fédérale. C'est l'appelant Grail qui a soumis l'argumentation la plus étoffée relativement à la compétence. À l'appui de son interprétation de l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, il invoque le libellé de cet article et de l'art. 650 de la Loi, l'arrêt de notre Cour *Stein*, précité, ainsi que le Hansard et d'autres sources expliquant l'intention que poursuivait le législateur en édictant ce qui est maintenant l'art. 646. Tout au long de son argumentation, il a aussi insisté sur ce qu'il perçoit (à tort selon nous) comme une distinction entre la compétence

collision and its jurisdiction over accidents not involving a collision.

(4) The History of Fatal Accident Claims Under Canadian Maritime Law

The history of maritime fatal accident claims in the United Kingdom and Canada was thoroughly reviewed by the Court of Appeal for Ontario in the judgment below. A review of this history is of assistance in determining the intended effect of Part XIV of the *Canada Shipping Act*. A brief summary of that history follows here.

Prior to the enactment of the *Fatal Accidents Act, 1846* (U.K.), 9 & 10 Vict., c. 93 ("*Lord Campbell's Act*"), all claims which might have been brought by a person killed by the wrongful act or omission of another (whether in the maritime context or otherwise) died with the victim, in accordance with the common law maxim *actio personalis moritur cum persona*. *Lord Campbell's Act* remedied this gap in the law by creating a statutory right in dependants of the deceased to bring an action against the person whose wrongful act or omission had caused the death.

In *Seward v. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59, however, the House of Lords limited the applicability of *Lord Campbell's Act* in the maritime context. The Lords held that a dependant was entitled to bring only an action *in personam* against the person or persons at fault, and was precluded from bringing an action *in rem* against the ship itself. The effect of this ruling was that any meaningful recourse by a dependant for wrongful death caused by a foreign ship was largely precluded, given the difficulty involved in bringing the owners and crew of a foreign ship before British courts.

To remedy this deficiency, the British Parliament enacted s. 5 of the *Maritime Conventions Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 57, which provided:

de la Cour fédérale relativement aux collisions maritimes et sa compétence à l'égard des accidents de navigation où il n'y a pas eu collision.

(4) L'historique des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel en droit maritime canadien

En rendant son jugement, la Cour d'appel a dressé l'historique détaillé de ce type d'actions au Royaume-Uni et au Canada. L'examen de cet historique peut nous aider à établir le but que le législateur poursuivait en édictant la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. En voici donc un bref résumé. 51

Avant l'adoption de la *Fatal Accidents Act, 1846* (U.K.), 9 & 10 Vict., ch. 93 (la «*Lord Campbell's Act*»), toutes les demandes qu'aurait pu former la victime dont le décès avait été causé par l'omission ou l'acte fautif d'autrui (en contexte maritime ou autre) s'éteignaient avec elle, conformément à la maxime de common law *actio personalis moritur cum persona*. La *Lord Campbell's Act* remédiait à cette lacune en conférant aux personnes à charge de la victime décédée le droit de poursuivre l'auteur de l'omission ou de l'acte fautif ayant causé sa mort. 52

Dans l'affaire *Seward c. The «Vera Cruz»* (1884), 10 App. Cas. 59, toutefois, la Chambre des lords a limité l'applicabilité de la *Lord Campbell's Act* en matière maritime. Elle a jugé qu'une personne à charge ne pouvait intenter qu'une action *in personam* contre l'auteur de la faute et qu'aucun recours *in rem* contre le navire lui-même ne lui était ouvert. Cet arrêt a eu pour effet d'écarter, dans la plupart des cas, toute possibilité réelle pour une personne à charge de poursuivre pour décès causé par la faute d'un navire étranger, compte tenu de la difficulté qu'il y avait à en traduire les propriétaires et l'équipage devant les tribunaux britanniques. 53

Pour remédier à cette lacune, le Parlement britannique a édicté l'art. 5 de la *Maritime Conventions Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, ch. 57, lequel prévoyait ce qui suit: 54

5. Any enactment which confers on any court Admiralty jurisdiction in respect of damage shall have effect as though references to such damage included references to damages for loss of life or personal injury, and accordingly proceedings in respect of such damages may be brought in rem or in personam.

Following this enactment, admiralty courts in the United Kingdom assumed jurisdiction to hear *in rem* actions in fatal accident cases: see *The Caliph*, [1912] P. 213.

55 In Canada, Parliament adopted a virtually identical provision in s. 6 of the *Maritime Conventions Act, 1914*, S.C. 1914, c. 13. However, in *The Ship Catala v. Dagsland*, [1928] Ex. C.R. 83, the Exchequer Court concluded that the governing rule with respect to *in rem* fatal accident claims was that established by the House of Lords in *Seward v. The "Vera Cruz"*, which the Exchequer Court found had not been affected by the enactment of the *Maritime Conventions Act, 1914*. Consequently, as a matter of Canadian law after 1928, a dependant of a person killed in a maritime accident did not have the right to bring an *in rem* claim against the ship responsible for the death: see *Rogers v. S.S. Baron Carnegie*, [1943] Ex. C.R. 163. We note that the modern version of s. 6 of the *Maritime Conventions Act, 1914* is now s. 571 of the *Canada Shipping Act*.

56 In 1948, Parliament passed the *Act to amend the Canada Shipping Act, 1934*, S.C. 1948, c. 35, which contained several amendments to the *Canada Shipping Act*, including the introduction of what is now Part XIV dealing with fatal accidents. In moving second reading of the amending legislation in the House of Commons, the Minister of Transport introduced the new fatal accidents provisions in the following terms (*House of Commons Debates*, 4th Sess., 20th Parl., vol. IV, May 17, 1948, at p. 3994):

Then I come to the next part with which the bill deals, and that has to do with fatal accidents. It is a new part altogether. It is introduced under the heading "Fatal

[TRADUCTION] 5. Toute disposition législative qui attribue compétence à une cour d'Amirauté en matière d'avaries s'applique comme si les avaries comprenaient les dommages-intérêts pour décès ou préjudice corporel et, en conséquence, toute action relative à ces dommages-intérêts peut être intentée *in rem* ou *in personam*.

Par suite de cette intervention législative, les cours d'Amirauté du Royaume-Uni se sont reconnues compétentes pour entendre les actions *in rem* dans les affaires d'accidents mortels: voir *The Caliph*, [1912] P. 213.

Au Canada, le Parlement a adopté une disposition presque identique, l'art. 6 de la *Loi des conventions maritimes, 1914*, S.C. 1914, ch. 13. Toutefois, la Cour de l'Échiquier a statué, dans la décision *The Ship Catala c. Dagsland*, [1928] R.C. de l'É. 83, que les demandes *in rem* en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel étaient régies par la règle formulée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Seward c. The «Vera Cruz»*, que la Cour de l'Échiquier a jugé n'avoir pas été touchée par la *Loi des conventions maritimes, 1914*. Il s'ensuit qu'en droit canadien, après 1928, les personnes à charge des victimes tuées dans un accident de navigation n'avaient pas le droit de formuler une demande *in rem* contre le navire responsable du décès: voir *Rogers c. S.S. Baron Carnegie*, [1943] R.C. de l'É. 163. Signalons que la version moderne de l'art. 6 de la *Loi des conventions maritimes, 1914* se trouve maintenant à l'art. 571 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

En 1948, le Parlement a adopté la *Loi modifiant la Loi de la marine marchande du Canada, 1934*, S.C. 1948, ch. 35. Au nombre des modifications figurait l'introduction de ce qui est maintenant la partie XIV relative aux accidents mortels. Le ministre des Transports de l'époque a présenté ainsi ces nouvelles dispositions lors de l'examen du projet de loi en deuxième lecture par la Chambre des communes (*Débats de la Chambre des communes*, 4e sess., 20e lég., vol. IV, 17 mai 1948, à la p. 4100):

J'arrive maintenant à une autre partie du bill où il est question d'accidents mortels. Ce passage, entièrement nouveau, a pour titre «accidents mortels». À l'heure

Accidents." At present there is no provision in the act that entitles the dependents of deceased persons killed as a result of an injury caused by a ship to take proceedings *in rem* against the ship. A seaman can always go into the admiralty court and sue the ship or elect to take compensation under the provincial workmen's compensation acts or under the dominion act which was passed recently in this House of Commons. But heretofore the dependents have not had the right to take action against the ship, what is called an action *in rem*. This new section will entitle the dependents of a deceased seaman to institute such an action, or to elect to take compensation, whichever is the higher or whichever they prefer. It has been held that the exchequer court on its admiralty side has no jurisdiction to entertain an action *in rem* in respect of fatal accidents; and the provisions of this part are intended to remedy this defect in the law and to enable dependents of deceased persons to take proceedings in the court of admiralty in any case where the deceased person would have had the right to maintain an action if death had not ensued. The provisions and terms of this new part are very similar to those contained in the fatal accidents acts of the provinces, particularly the act in Ontario.

actuelle, aucune disposition de la loi permet (*sic*) aux personnes à la charge de marins victimes d'accidents maritimes d'intenter des procédures *in rem* contre le navire. Un marin peut toujours s'adresser au Tribunal maritime et intenter une poursuite au navire, sinon opter pour une indemnité en vertu des lois provinciales touchant les accidents du travail ou encore de la loi fédérale adoptée dernièrement par la Chambre des communes. Jusqu'à présent, les ayants droit n'étaient pas autorisés à intenter une action au navire, c'est-à-dire à intenter des procédures dites *in rem*. Le nouvel article permet aux personnes à la charge d'un matelot décédé d'entamer de telles poursuites ou d'opter en faveur de l'indemnisation, selon le mode de règlement qu'elles préfèrent ou qui leur est plus avantageux. On a prétendu que les procédures *in rem* en cas d'accidents mortels ne sont pas du ressort de la division de l'Amirauté de la Cour d'échiquier. Les dispositions de la présente partie de la mesure visent donc à remédier à cette lacune de la loi et à permettre aux ayants droit du défunt de recourir au Tribunal maritime dans les cas où le matelot aurait eu le droit d'intenter une action s'il n'avait pas trépassé. Les dispositions de la nouvelle partie sont analogues à celles que renferment les mesures provinciales et surtout la loi ontarienne concernant les accidents mortels.

We agree with the Court of Appeal for Ontario that the above passage summarizes the effect of the enactment of what is now Part XIV of the *Canada Shipping Act* with respect to *in rem* actions by dependants. The Court of Appeal noted that this review of the history of Part XIV of the Act, and of s. 646 in particular, does not yield an answer to the specific question as to whether s. 646 was intended by Parliament to oust the jurisdiction of the superior courts over fatal accident claims by dependants. However, in our view, the history underlying the enactment of Part XIV, including especially the lack of an indication that Part XIV was designed in any way to restrict the remedies already available to aggrieved dependants, does assist a court in determining that s. 646 does not assign exclusive jurisdiction. In addition, the wording of s. 646, which is admittedly unclear, uses permissive language regarding Federal Court jurisdiction and in this respect is consistent with the historical purpose of adding *in rem* actions to the Federal Court and not exclusively assigning that jurisdiction to the Federal Court. Given the remedial purpose of Part XIV of the *Canada Shipping*

57 Nous convenons avec la Cour d'appel de l'Ontario que l'extrait précité résume les effets de l'adoption de ce qui est maintenant la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* relativement à l'exercice d'actions *in rem* par les personnes à charge. La Cour d'appel a signalé que l'historique de la partie XIV de la Loi et, plus particulièrement, de l'art. 646 n'apportait pas de réponse à la question précise de savoir si le Parlement avait voulu, par cette dernière disposition, écarter la compétence des cours supérieures provinciales à l'égard des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées par les personnes à charge. À notre avis, toutefois, le contexte historique entourant l'adoption de la partie XIV, notamment l'absence de toute mention indiquant que cette partie visait de quelque façon à limiter les recours déjà ouverts aux personnes à charge lésées, nous aide bel et bien à conclure que l'art. 646 n'attribue pas de concurrence exclusive. En outre, le libellé de cette disposition, qui manque sans contredit de clarté, crée une faculté plutôt qu'une obligation relativement à la compétence de la Cour fédérale, ce qui cadre avec l'intention his-

Act, the defendants' submission that the new provisions ousted the jurisdiction of the superior courts to try maritime fatal accident claims (to the clear detriment of claimants) is somewhat illogical.

torique sous-jacente d'ajouter les actions *in rem* à la compétence de la Cour fédérale et non de lui attribuer l'exclusivité juridictionnelle en cette matière. Étant donné que la partie XIV visait à remédier à des lacunes, il y a un certain illogisme de la part des défendeurs à soutenir que les nouvelles dispositions ont écarté la compétence des cours supérieures de connaître des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel (au détriment indéniable des réclamants).

(5) Section 646 of the *Canada Shipping Act* and its Statutory Context

(5) L'article 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et son contexte législatif

58 The current Part XIV (ss. 645 to 653) of the *Canada Shipping Act*, then, sets out a statutory regime whereby dependants of a person killed in a maritime accident may bring a claim, either *in personam* or *in rem*, for relief. Section 646 of the Act reads as follows:

646. Where the death of a person has been caused by a wrongful act, neglect or default that, if death had not ensued, would have entitled the person injured to maintain an action in the Admiralty Court and recover damages in respect thereof, the dependants of the deceased may, notwithstanding his death, and although the death was caused under circumstances amounting in law to culpable homicide, maintain an action for damages in the Admiralty Court against the same defendants against whom the deceased would have been entitled to maintain an action in the Admiralty Court in respect of the wrongful act, neglect or default if death had not ensued. [Emphasis added.]

As stated, s. 2 of the *Canada Shipping Act* defines "Admiralty Court" as "Federal Court". Section 650 of the Act, which sets out certain procedural requirements for bringing a fatal accident claim, reads:

650. (1) A plaintiff in an action shall, in his statement of claim, set forth the persons for whom and on whose behalf the action is brought.

(2) There shall be filed with the statement of claim an affidavit by the plaintiff in which he shall state that to the best of his knowledge, information and belief the

La partie XIV actuelle (les art. 645 à 653) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* crée donc un régime permettant aux personnes à charge des victimes tuées dans un accident de navigation de formuler une demande *in personam* ou *in rem*. L'article 646 est ainsi conçu:

646. Si la mort d'une personne a été occasionnée par une faute, une négligence ou une prévarication qui, si la mort n'en était pas résultée, aurait donné droit à la personne blessée de soutenir une action devant la Cour d'Amirauté et de recouvrer des dommages-intérêts à cet égard, les personnes à charge du défunt peuvent, nonobstant son décès, et bien que sa mort ait été occasionnée dans des circonstances équivalant en droit à un homicide coupable, soutenir une action pour dommages-intérêts devant la Cour d'Amirauté contre les mêmes défendeurs à l'égard desquels le défunt aurait eu droit de soutenir une action devant la Cour d'Amirauté en ce qui concerne cette faute, cette négligence ou cette prévarication, si la mort n'en était pas résultée. [Nous soulignons.]

Comme nous l'avons déjà dit, la «Cour d'Amirauté» est définie à l'art. 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* comme la Cour fédérale. L'article 650 de la Loi, qui établit des exigences procédurales applicables à l'exercice d'une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, est libellé de la façon suivante:

650. (1) Dans son exposé de réclamation, le demandeur doit mentionner les personnes pour lesquelles et au nom desquelles l'action est intentée.

(2) Le demandeur doit produire, avec l'exposé de réclamation, un affidavit dans lequel il déclare qu'au mieux de ses connaissance et croyance, les personnes au

persons on whose behalf the action is brought as set forth in the statement of claim are the only persons entitled or who claim to be entitled to the benefit thereof.

(3) The Admiralty Court or a judge thereof, if of opinion that there is a sufficient reason for doing so, may dispense with the filing of the affidavit. [Emphasis added.]

The wording of Part XIV of the *Canada Shipping Act* leaves something to be desired. While s. 646 does not expressly exclude the jurisdiction of the provincial superior courts, the provision does appear to confer jurisdiction, and in so doing refers only to the Admiralty Court. Further, s. 650 of the Act confers a dispensing power only on "[t]he Admiralty Court or a judge thereof". While on its face, the wording of these provisions lends a certain logic to the defendants' proposition that only the Federal Court has jurisdiction to entertain maritime fatal accident claims by dependants, Parliament's omission to acknowledge the jurisdiction of the provincial superior courts over dependants' fatal accident claims in ss. 646 and 650 falls short of evincing an intention either to create a new cause of action with exclusive jurisdiction in the Federal Court, or to oust completely the jurisdiction of the superior courts over an existing cause of action in favour of the Federal Court.

As noted by the Court of Appeal below, when Parliament intended the Federal Court to have exclusive jurisdiction to adjudicate a particular matter in the *Canada Shipping Act*, it set this intention out in clear language in the Act. For example, ss. 209(2) and 453, as well as the newly enacted s. 580(1) (see S.C. 1998, c. 6, s. 2), state:

209. . . .

(2) Subject to this Part, no other court in Canada [referring to the Admiralty Court] has jurisdiction to hear or determine any action, suit or proceeding insti-

nom de qui l'action est intentée, comme en fait mention l'exposé de réclamation, sont les seules qui ont droit ou prétendent avoir droit à bénéficier en l'espèce.

(3) La Cour d'Amirauté ou un juge de ce tribunal, s'ils sont d'avis qu'il existe un motif suffisant d'agir ainsi, peuvent dispenser de la production de l'affidavit. [Nous soulignons.]

Le libellé de la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* laisse quelque peu à désirer. Bien que l'art. 646 n'exclue pas expressément la compétence des cours supérieures provinciales, il se présente bien comme une disposition attributive de compétence et il ne mentionne que la Cour d'Amirauté. De plus, le pouvoir d'accorder une dispense énoncé à l'art. 650 de la Loi n'est conféré qu'à «[l]a Cour d'Amirauté ou un juge de ce tribunal». Bien qu'à première vue, le libellé de cette disposition prête une certaine logique à l'argument des défendeurs voulant que la Cour fédérale soit seule habilitée à entendre les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formées par des personnes à charge, l'omission du Parlement de mentionner, aux art. 646 et 650, la compétence des cours supérieures provinciales quant aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel exercées par des personnes à charge n'établit pas qu'il avait l'intention de créer une nouvelle cause d'action ressortissant à la compétence exclusive de la Cour fédérale ou d'écarter complètement, en faveur de la Cour fédérale, la compétence des cours supérieures relativement à une cause d'action existante. 59

Comme la Cour d'appel l'a mentionné, lorsque le Parlement a voulu que la Cour fédérale soit seule compétente pour statuer sur des objets déterminés régis par la *Loi sur la marine marchande du Canada*, il a exprimé son intention en termes explicites dans la Loi. Citons, par exemple, le par. 209(2), l'art. 453 ainsi que le tout nouveau par. 580(1) (édicté par L.C. 1998, ch. 6, art. 2): 60

209. . . .

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, aucun autre tribunal au Canada n'a juridiction pour entendre ou juger une action, poursuite ou procé-

tuted by or on behalf of any seaman or apprentice for the recovery of wages in any amount.

. . .

453. Disputes respecting salvage, whether of life or property, shall be heard and determined by and before the receiver of wrecks or the Admiralty Court, as provided for respectively by this Part, and not otherwise.

. . .

580. (1) The Admiralty Court has exclusive jurisdiction with respect to any matter in relation to the constitution and distribution of a limitation fund pursuant to Articles 11 to 13 of the Convention.

dure intentée par un marin ou un apprenti, ou en leur nom, en recouvrement des gages d'un montant quelconque.

. . .

453. Les contestations relatives à l'indemnité de sauvetage, soit de vie humaine, soit de biens, sont entendues et décidées par et devant le receveur d'épaves ou la Cour d'Amirauté, ainsi que le prévoit respectivement la présente partie, et non autrement.

. . .

580. (1) La Cour d'Amirauté a compétence exclusive pour entendre toute question relative à la constitution et à la répartition du fonds de limitation régies par les articles 11 à 13 de la Convention.

By contrast, s. 646 makes no express reference to exclusivity of jurisdiction in the Admiralty Court. Rather, the focus of s. 646 appears to be, and this is borne out by the above examination of the history of the provision, remedial — its purpose was to extend an already existing remedy to allow for claims *in rem*, and not to restrict that remedy by confining jurisdiction to a specific court. In our opinion, if it was intended that s. 646 should grant exclusive jurisdiction to the Admiralty Court in maritime fatal accident claims, language similar to that in ss. 209(2), 453 and 580(1) would have been used.

Or l'article 646 ne renferme aucune mention expresse quant à l'exclusivité de la compétence de la Cour d'Amirauté; son objet semble plutôt de nature remédiatrice, comme le démontre notre précédent examen de l'historique de la disposition. Il visait à élargir un recours déjà existant en permettant les actions *in rem*, et non à le restreindre en habilitant un seul tribunal à en connaître. À notre avis, si le législateur avait voulu par l'art. 646 attribuer à la Cour d'Amirauté la compétence exclusive quant aux demandes de réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel, il aurait employé un libellé analogue à celui qu'il a utilisé aux par. 209(2) et 580(1) et à l'art. 453.

61 The lack of any express language in s. 646 of the *Canada Shipping Act* excluding superior court jurisdiction, or vesting sole jurisdiction in the Admiralty Court, is sufficient by itself to justify interpreting s. 646 as conferring on the Admiralty Court only concurrent jurisdiction over fatal accident claims by dependants. This finding accords with the basic principle of statutory construction that a statute should not be interpreted as abrogating the inherent jurisdiction of the superior courts unless it employs clear language to this effect: *Peacock v. Bell*, *supra*; *Board v. Board*, *supra*; *Re Minister of Social Welfare and Rehabilitation and Dube*, *supra*; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, *supra*.

L'absence, à l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, de termes explicites écartant la compétence des cours supérieures ou attribuant compétence exclusive à la Cour d'Amirauté suffit en soi pour justifier qu'on interprète l'art. 646 comme ne conférant à la Cour d'Amirauté qu'une compétence concurrente sur les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentées par les personnes à charge. Cette conclusion est conforme au principe fondamental d'interprétation des lois voulant qu'une loi n'est pas censée abolir la compétence inhérente des cours supérieures si elle ne l'énonce pas clairement: *Peacock c. Bell*; *Board c. Board*; *Re Minister of Social Welfare and Rehabilitation and Dube*; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, précités.

Some support for this approach to the interpretation of jurisdictional provisions relating to the Federal Court is provided by recent amendments to the *Federal Court Act* with respect to proceedings against the Crown. Prior to 1992, s. 17(1) of the *Federal Court Act* assigned exclusive jurisdiction to the Federal Court, Trial Division in all cases in which relief was claimed against the federal Crown. The exclusion of provincial superior court jurisdiction had the undesirable result that civil claims against both the federal government and another party (private persons, corporations, or other governments) could not be dealt with by a single court. Instead, costly and burdensome parallel proceedings had to be launched in both the Federal Court, Trial Division and the relevant provincial court. With the passage of the *Act to amend the Federal Court Act, the Crown Liability Act, the Supreme Court Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 8, which came into force on February 1, 1992, s. 17(1) of the *Federal Court Act* was amended so that it now assigns the Federal Court, Trial Division only concurrent jurisdiction over civil claims against the federal Crown. We are of the view that it accords with Parliament's general objective of avoiding unnecessary parallel proceedings to apply an interpretive principle which has the same beneficial effect. Parliament must be assumed not to have intended to impair or defeat the remedies it has made available to maritime fatal accident claimants by imposing costly and useless procedural hurdles to the bringing of an action. We can think of no reason as a matter of policy or principle to confine jurisdiction over maritime fatal accident claims to the Federal Court alone. This ground of appeal therefore fails.

62 Des modifications apportées récemment aux dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* relatives aux demandes contre la Couronne appuient d'une certaine façon cette conception de l'interprétation des dispositions attributives de compétence à la Cour fédérale. Avant 1992, le par. 17(1) de cette loi conférait à la Cour fédérale, Section de première instance, le pouvoir exclusif d'entendre les demandes en réparation intentées contre la Couronne fédérale. L'exclusion de la compétence des cours supérieures provinciales entraînait la conséquence indésirable que les demandes civiles formées contre le gouvernement fédéral et une autre partie (une personne physique, une personne morale ou un autre gouvernement) ne pouvaient être portées devant un tribunal unique. Il fallait plutôt entamer de coûteuses et lourdes poursuites parallèles devant la Cour fédérale, Section de première instance, et devant le tribunal provincial compétent. La *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1990, ch. 8, entrée en vigueur le 1er février 1992, a transformé en compétence concurrente la compétence prévue par le par. 17(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* en matière de poursuites civiles contre la Couronne fédérale. Nous estimons qu'il est conforme à l'objectif général du Parlement visant à éviter les actions parallèles inutiles d'appliquer un principe d'interprétation qui produit les mêmes effets bénéfiques. Il y a lieu de présumer que le Parlement n'a pas eu l'intention de restreindre ni de neutraliser les recours qu'il a ouverts à ceux qui demandent réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel en dressant des obstacles procéduraux coûteux et inutiles à l'institution d'une action. Il n'existe pas de considération ni de raison de principe qui justifie, selon nous, de conférer à la seule Cour fédérale la compétence relative aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel. Par conséquent, ce moyen d'appel échoue.

Before moving on to consider the remaining grounds of appeal, three issues should be briefly addressed. First, the appellant Grail relies upon the decision of this Court in *Stein*, *supra*, in support of his submission that s. 646 of the *Canada Shipping*

63 Avant de passer aux autres moyens d'appel, il faut examiner brièvement trois questions. Premièrement, l'appelant Grail invoque l'arrêt de notre Cour *Stein*, précité, à l'appui de son argument voulant que l'art. 646 de la *Loi sur la marine mar-*

Act should be interpreted as assigning exclusive jurisdiction to the Federal Court. In particular, he relies upon the following passage from the judgment of Ritchie J., writing for the Court (at pp. 820-21):

> As I said at the outset, the present action is brought pursuant to s. 719 [now s. 646] of the *Canada Shipping Act*, which confines the appellants to the maintaining of an action for damages in the Admiralty Court, the jurisdiction of which is now vested in the Federal Court of Canada and, as I have indicated, includes jurisdiction with respect to "any claim for damage or for loss of life or personal injury caused by a ship either in collision or otherwise". (See *Federal Court Act*, *supra*, s. 22(2)).

The issue of whether the provincial superior courts have jurisdiction to entertain a maritime fatal accident claim was not before the Court in the *Stein* case, as the action was brought in the Federal Court, Trial Division. We do not interpret the comments of Ritchie J., read in context, as asserting the exclusive jurisdiction of the Federal Court over such matters. In any event, we do not agree that s. 646 assigns exclusive jurisdiction to the Federal Court.

64 Second, we consider it appropriate to address briefly the appellant Grail's submission that fatal accident claims by dependants are subject to different statutory regimes within the *Canada Shipping Act* depending upon whether or not the accident involved a collision between ships. The *Canada Shipping Act* contains numerous provisions dealing with fatal accident claims. Most of these provisions are contained in Part XIV of the Act. Several others are contained in Part IX of the Act, dealing with collisions, whose focus is primarily upon apportionment of liability, limitation periods, and the reporting of collisions. Where a fatal accident claim does not stem from a collision between vessels, of course, the collisions provisions of the Act will not come into play. Where a claim does relate to a collision, the relevant provisions of Part IX must be read in conjunction with Part XIV and, as

chande du Canada doive être interprété comme attribuant compétence exclusive à la Cour fédérale. Il cite, en particulier, le passage suivant des motifs du juge Ritchie, rendant jugement pour la Cour (aux pp. 820 et 821):

> Comme je l'ai précisé au début, la présente poursuite est intentée en vertu de l'art. 719 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [maintenant l'art. 646], qui ne permet aux appelants d'intenter une poursuite en dommages-intérêts que devant la Cour d'Amirauté, dont la juridiction a récemment été transmise à la Cour fédérale du Canada. Comme je l'ai déjà souligné, cette dernière Cour a juridiction relativement à «toute demande pour avaries ou pour perte de vie ou pour blessures corporelles causées directement ou indirectement par un navire soit par collision soit autrement». (Voir le par. (2) de l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, précité.)

Dans l'affaire *Stein*, la Cour n'avait pas à déterminer si les cours supérieures provinciales pouvaient connaître des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel, puisque la poursuite avait été intentée devant la Cour fédérale, Section de première instance. Dans un tel contexte, nous ne voyons pas dans les propos du juge Ritchie la reconnaissance d'une compétence exclusive de la Cour fédérale sur ces objets. De toute façon, nous ne sommes pas d'avis que l'art. 646 confère une compétence exclusive à la Cour fédérale.

Deuxièmement, il convient d'examiner brièvement l'argument de l'appelant Grail voulant que la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoie des régimes différents pour les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel intentées par les personnes à charge, selon qu'il y a eu ou non collision entre deux navires. Cette loi comporte un grand nombre de dispositions concernant les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel. La plupart d'entre elles se trouvent à la partie XIV de la Loi, mais plusieurs autres sont regroupées à la partie IX, laquelle traite des collisions et porte principalement sur la répartition de la responsabilité, la prescription et la déclaration des collisions. Lorsque ce n'est pas une collision qui a donné lieu à la demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, il va sans dire que les dispositions

is discussed below, with other sources of Canadian maritime law, as interrelated components of a single larger regime dealing with maritime fatal accidents. We will return to a discussion of the interplay between Parts IX and XIV of the *Canada Shipping Act* later on in these reasons, when discussing the relevant limitation period with respect to the three Lake Joseph actions.

Third, several of the parties have asked this Court, in the event that s. 646 of the *Canada Shipping Act* is found to confer exclusive jurisdiction upon the Federal Court, to decide whether the Ontario Court (General Division) nonetheless has jurisdiction to grant them relief under any of the following three potential sources of maritime law: (1) the *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels*; (2) the English *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908*; or (3) non-statutory principles of Canadian maritime law. In light of our finding that s. 646 does not establish an exception to the concurrent jurisdiction of the Ontario Court (General Division) over maritime law claims under the *Canada Shipping Act*, it is not necessary to answer this jurisdictional question.

B. *Applicability of Provincial Statutes to a Maritime Law Claim*

(1) Nature of the Constitutional Issue

The constitutional issue raised by the present appeals is whether a validly enacted provincial statute of general application may be applied to deal with incidental aspects of a maritime negligence claim that is otherwise governed entirely by federal maritime law. The issue has never been directly addressed by this Court in constitutional form.

relatives aux collisions ne s'appliquent pas. Lorsque la demande se rapporte à une collision, il faut considérer les dispositions pertinentes de la partie IX, celles de la partie XIV et, comme il en sera question plus loin, les autres sources du droit maritime canadien comme des éléments interreliés d'un régime unique plus général régissant les accidents de navigation mortels. Nous reviendrons à l'analyse de l'interaction des parties IX et XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* lorsque nous examinerons la question de la prescription applicable aux trois actions du lac Joseph.

65 Troisièmement, plusieurs parties ont demandé à notre Cour, pour le cas où elle conclurait que l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* attribue une compétence exclusive à la Cour fédérale, de déterminer si la Cour de l'Ontario (Division générale) n'a pas néanmoins compétence pour statuer sur leur recours en vertu de l'une ou l'autre des trois sources potentielles suivantes du droit maritime: (1) l'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel*; (2) les *Fatal Accidents Acts, 1846 to1908* d'Angleterre; (3) les principes non législatifs du droit maritime canadien. Il n'y a pas lieu, toutefois, de répondre à cette question puisque nous avons conclu que l'art. 646 n'a pas pour effet de créer une exception à la compétence concurrente de la Cour de l'Ontario (Division générale) à l'égard des actions relevant du droit maritime intentées en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada.*

B. *L'applicabilité des lois provinciales à une action relevant du droit maritime*

(1) La nature de la question constitutionnelle

66 Les présents pourvois posent la question constitutionnelle suivante: une loi provinciale de portée générale, valablement édictée, peut-elle être invoquée pour statuer sur des aspects accessoires d'une action pour négligence en matière maritime qui relève par ailleurs intégralement du droit maritime fédéral. Notre Cour ne s'est jamais penchée directement sur la question posée dans un cadre constitutionnel.

67 The issue arises because the plaintiffs in these actions wish to have the advantage of certain causes of action created by the Ontario *Family Law Act* and *Trustee Act*, and of the contributory negligence provisions of the Ontario *Negligence Act*. The *Canada Shipping Act* does not expressly provide for dependants' fatal accident claims by siblings of the deceased, for damage claims by the deceased's executor in the name of the deceased, for claims for loss of guidance, care and companionship, or for a general regime of apportionment according to fault. The provincial statutes do. The plaintiffs submit that the application of these provincial statutes to permit such claims is merely incidental to the maritime law character of the actions themselves, which are otherwise governed by the common law of negligence as embodied in federal maritime law.

La question se pose parce que les demandeurs souhaitent se prévaloir de causes d'action prévues par la *Loi sur le droit de la famille* et par la *Loi sur les fiduciaires* de l'Ontario ainsi que des dispositions relatives à la négligence contributive de la *Loi sur le partage de la responsabilité* de l'Ontario. La *Loi sur la marine marchande du Canada* ne prévoit pas expressément les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel intentées par les frères et sœurs de la victime, à titre de personnes à charge, les demandes en réparation par l'exécuteur de la succession de la victime au nom de cette dernière, les demandes en réparation au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie ni l'application d'un régime général de partage de la responsabilité selon la faute. Or les lois provinciales ouvrent de tels recours. Les demandeurs plaident que l'application des lois provinciales permettant ces poursuites est purement accessoire en raison du caractère maritime des actions elles-mêmes qui obéissent par ailleurs aux règles relatives à la négligence de la common law telles qu'elles ont été incorporées en droit maritime fédéral.

68 This Court's recent maritime law jurisprudence makes clear that Canadian maritime law is a body of federal law, uniform across the country, within which there is no room for the application of provincial statutes. What the case law does not explicitly address, however, is whether and when it is contrary to the division of powers as set out in the *Constitution Act, 1867* for provincial statutes of general application to apply on their own terms as provincial law within a factual context which is otherwise governed by federal maritime law. The plaintiffs in these appeals submit that, although provincial statutes are not usually applicable to resolve maritime matters, they should nevertheless be applied as incidentally necessary to fill gaps which may exist in federal maritime negligence law. The defendants, for their part, submit that provincial statutes can have no incidental application to any matter within the scope of Parliament's exclusive jurisdiction over maritime law (i.e., navi-

La jurisprudence récente de notre Cour, en matière maritime, établit clairement que le droit maritime canadien est un ensemble de règles de droit fédérales, uniformes dans tout le pays, qui ne laisse place à l'application d'aucune loi provinciale. La jurisprudence, toutefois, ne traite pas expressément de la question de savoir si le recours aux lois provinciales de portée générale, appliquées conformément à leurs propres termes à titre de lois provinciales et dans un contexte factuel par ailleurs régi par le droit maritime fédéral, est contraire au partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, et dans quels cas. Les demandeurs font valoir que même si les lois provinciales ne sont pas applicables d'ordinaire en matière maritime, il y a néanmoins lieu d'y faire appel lorsqu'elles sont accessoirement nécessaires pour remplir les «vides» qui peuvent exister dans les règles relatives à la négligence du droit maritime fédéral. Les défendeurs, quant à eux, soutiennent qu'il ne saurait y avoir application accessoire de lois provinciales dans un domaine ressortissant à la compétence exclusive du Parlement en droit

gation and shipping) under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867.*

Counsel for the plaintiffs rely in particular upon two cases in which provincial statutes of general application have been applied by this Court in a maritime negligence law context. In *Canadian National Steamships Co. v. Watson*, [1939] S.C.R. 11, a crew member of a ship owned by the appellant company successfully brought an action in negligence against the company following an accident at sea in which he suffered personal injury. At issue in the appeal to this Court was, *inter alia*, whether the trial judge had applied the wrong law of negligence in awarding damages to the seaman. The majority judgment of the Court on this point was delivered by Duff C.J., whose reasons read in relevant part, at pp. 15-16:

> In this Court the appellants contended that the field of jurisprudence concerned with the responsibility of ship owners for the negligent acts of the ship's officers in the management of the ship is within the exclusive jurisdiction of the Dominion Parliament in respect of Navigation and Shipping and, there being no Dominion legislation dealing with the matter, the common law applies and British Columbia legislation is irrelevant. I am unable to agree with this view. It is inconsistent with the judgment in *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.* [[1920] A.C. 184].
>
> In the absence of Dominion or Imperial legislation on the subject or of some special rule of law relating to navigation and shipping prevailing at the date of Confederation, the general rules of the law of British Columbia applicable to the responsibility of masters for the acts of their servants govern the liability of shipowners to whom such rules apply.

Similarly, in *Stein*, *supra*, an action was brought by the widow and executors (on behalf of dependants) of Charles Stein, a crew member on a small sailboat who died when the boat collided with a barge near Vancouver. The trial judge found that the crew of the sailboat was contributorily

maritime (c'est-à-dire la navigation et les expéditions par eau) en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867.*

69 Les avocats des demandeurs invoquent, en particulier, deux arrêts où notre Cour a appliqué des lois provinciales de portée générale dans un contexte faisant intervenir les règles relatives à la négligence du droit maritime. Dans l'arrêt *Canadian National Steamships Co. c. Watson*, [1939] R.C.S. 11, notre Cour a accueilli l'action pour négligence qu'un membre de l'équipage d'un navire appartenant à la société appelante avait intentée contre cette dernière par suite des blessures qu'il avait subies au cours d'un accident en mer. Notre Cour devait déterminer, notamment, si le juge de première instance avait appliqué les mauvaises règles de droit en matière de négligence en accordant des dommages-intérêts au marin. Rendant jugement au nom de la majorité de la Cour, le juge en chef Duff a notamment écrit ce qui suit, aux pp. 15 et 16:

> [TRADUCTION] Les appelants ont soutenu que le domaine du droit ayant pour objet la responsabilité des propriétaires de navires pour la négligence des officiers d'un bâtiment dans la manœuvre de celui-ci relève de la compétence exclusive du Parlement du Dominion relative à la navigation et aux expéditions par eau; en l'absence de disposition législative du Dominion sur la question, elle est régie par la common law, et les lois de la Colombie-Britannique sont inapplicables. Je ne saurais me rendre à cet argument, qui est contraire à l'arrêt rendu dans *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.* [[1920] A.C. 184].
>
> Les règles générales du droit de la Colombie-Britannique concernant la responsabilité des maîtres pour les actes de leurs commettants s'appliquent à la responsabilité des propriétaires de navires visés par ces règles, en l'absence d'une loi du Dominion ou loi impériale pour régir la question ou d'une règle de droit particulière relative à la navigation et aux expéditions par eau en vigueur à la date de la Confédération.

70 De la même façon, l'arrêt *Stein*, précité, portait sur une action intentée par la veuve de Charles Stein et par les exécuteurs de sa succession (au nom des personnes à charge), à la suite du décès de ce dernier dans une collision entre une péniche et le petit voilier à bord duquel il travaillait, près de

negligent, and apportioned liability on the basis of 75 percent to the barge and 25 percent to the sailboat. The Federal Court of Appeal overturned the trial judgment. On appeal to this Court, the trial judgment was restored. Ritchie J., speaking for the Court, gave the following reasons at p. 823 in addressing the issue of contributory negligence:

> The old common law defence of contributory negligence has never been recognized in collision cases in admiralty law, and the rule as to equal division adopted in the Admiralty Court appears to have applied only to damage to a vessel or its cargo. Furthermore, the collision occurred . . . at a point within the inland waters of that Province and I can see no reason why a claim under s. 22(*d*) of the *Federal Court Act* should not be governed in that Court by the substantive law of the Province concerning division of fault. I am accordingly of opinion that the provisions of the *Contributory Negligence Act* of British Columbia, R.S.B.C. 1960, c. 74, s. 2, apply to this collision and that the liability to make good the damage sustained by reason of the death of Charles Stein should be in proportion to the degree in which each vessel was at fault.

It thus appears that, at least until 1976, it was assumed by this Court that provincial statutes could be invoked to determine important issues arising incidentally as part of a maritime negligence claim.

71 Subsequent to the decision in *Stein*, a reorientation has occurred in this Court's maritime law jurisprudence, beginning most notably with the decision in *ITO*, *supra*, followed by *Chartwell*, *supra*, *Whitbread*, *supra*, *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779, *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, and *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v. Belcan S.A.*, [1997] 3 S.C.R. 1278. These cases establish a number of basic principles and themes regarding the sources and content of Canadian maritime law, the role of provincial law in relation thereto, and the scope for gradual change and development in maritime law. These general principles and

Vancouver. Le juge de première instance a conclu qu'une part de négligence était imputable à l'équipage du voilier, soit 25 pour 100, et que la part de responsabilité de la péniche s'établissait à 75 pour 100. La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement. Notre Cour a rétabli le jugement de première instance. Le juge Ritchie, rendant jugement au nom de la Cour, s'est exprimé ainsi sur la question de la négligence contributive (à la p. 823):

> L'ancienne défense de négligence contributive fondée sur la *common law* n'a jamais été reconnue en droit maritime dans les cas d'abordage, et le principe de répartition égale adoptée par la Cour d'Amirauté paraît n'avoir été appliqué qu'aux cas d'avaries à un navire ou à sa cargaison. De plus, l'abordage s'est produit [. . .] dans les eaux intérieures de cette province, et je ne vois pas pourquoi une demande déposée en vertu de l'al. *d*) de l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne devrait pas être régie par le droit provincial sur la répartition de la faute. Je suis donc d'avis que les dispositions du *Contributory Negligence Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1960, c. 74, art. 2, s'appliquent à cet abordage et que la responsabilité de réparer les dommages résultant du décès de Charles Stein doit être proportionnelle à la faute de chaque navire.

Il appert ainsi que, jusqu'en 1976 à tout le moins, notre Cour considérait qu'il était possible d'invoquer les lois provinciales pour trancher des questions accessoires importantes soulevées dans le cadre des actions pour négligence en matière maritime.

À la suite de l'arrêt *Stein*, la jurisprudence de notre Cour portant sur le droit maritime a pris une nouvelle orientation et ce, à partir plus particulièrement de l'arrêt *ITO*, précité, suivi par les arrêts *Chartwell*, *Whitbread*, précités, *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779, *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, et *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278. Ces arrêts énoncent un certain nombre de principes et de thèmes fondamentaux relativement aux sources et au contenu du droit maritime canadien, au rôle du droit provincial par rapport à celui-ci, et à la possibilité d'une évolution graduelle du droit maritime. Dans la mesure

themes, insofar as they are relevant to the instant appeals, may be summarized as follows:

1. "Canadian maritime law" as defined in s. 2 of the *Federal Court Act* is a comprehensive body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. The scope of Canadian maritime law is not limited by the scope of English admiralty law at the time of its adoption into Canadian law in 1934. Rather, the word "maritime" is to be interpreted within the modern context of commerce and shipping, and the ambit of Canadian maritime law should be considered limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. The test for determining whether a subject matter under consideration is within maritime law requires a finding that the subject matter is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence: *ITO*, *supra*, at p. 774; *Monk Corp.*, *supra*, at p. 795.

2. Canadian maritime law is uniform throughout Canada, and it is not the law of any province of Canada. All of its principles constitute federal law and not an incidental application of provincial law: *ITO*, *supra*, at pp. 779, 782; *Chartwell*, *supra*, at p. 696.

3. The substantive content of Canadian maritime law is to be determined by reference to its heritage. It includes, but is not limited to, the body of law administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934, as that body of law has been amended by the Canadian Parliament and as it has developed by judicial precedent to date: *ITO*, *supra*, at pp. 771, 776; *Chartwell*, *supra*, at pp. 695-96.

4. English admiralty law as incorporated into Canadian law in 1934 was an amalgam of principles deriving in large part from both the common law and the civilian tradition. It was com-

où ils sont pertinents quant aux pourvois interjetés en l'espèce, ces principes et thèmes généraux peuvent se résumer comme suit:

1. L'expression «droit maritime canadien» définie à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* désigne un vaste ensemble de règles de droit fédérales régissant toutes les demandes concernant des questions maritimes et d'amirauté. Le droit maritime canadien ne se restreint pas au droit anglais applicable en matière d'amirauté au moment où celui-ci a été adopté en droit canadien en 1934. Au contraire, le terme «maritime» doit être interprété dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau; on doit considérer que l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le critère permettant d'établir si la question examinée relève du droit maritime exige de conclure que cette question est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale: *ITO*, précité, à la p. 774; *Monk Corp.*, précité, à la p. 795.

2. Le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, et ce n'est pas le droit de quelque province canadienne. Tous les principes qu'il comprend constituent du droit fédéral et non une application accessoire du droit provincial: *ITO*, précité, aux pp. 779 et 782; *Chartwell*, précité, à la p. 696.

3. Le contenu du droit maritime canadien sur le fond doit être déterminé en fonction de son héritage. Il comprend, mais sans s'y restreindre, l'ensemble des règles de droit appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour en sa compétence d'amirauté, qui ont été modifiées par le Parlement canadien et se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires: *ITO*, précité, aux pp. 771 et 776; *Chartwell*, précité, aux pp. 695 et 696.

4. Le droit maritime anglais qui a été incorporé au droit maritime canadien en 1934 était un amalgame de principes dérivant en grande partie à la fois de la common law et de la tradition

posed of both the specialized rules and principles of admiralty, and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases. Although most of Canadian maritime law with respect to issues of tort, contract, agency and bailment is founded upon the English common law, there are issues specific to maritime law where reference may fruitfully be made to the experience of other countries and specifically, because of the genesis of admiralty jurisdiction, to civilian experience: *ITO*, *supra*, at p. 776; *Chartwell*, *supra*, at pp. 695-97.

5. The nature of navigation and shipping activities as they are practised in Canada makes a uniform maritime law a practical necessity. Much of maritime law is the product of international conventions, and the legal rights and obligations of those engaged in navigation and shipping should not arbitrarily change according to jurisdiction. The need for legal uniformity is particularly pressing in the area of tortious liability for collisions and other accidents that occur in the course of navigation: *Whitbread*, *supra*, at pp. 1294-95; *Bow Valley Husky*, *supra*, at pp. 1259-60.

6. In those instances where Parliament has not passed legislation dealing with a maritime matter, the inherited non-statutory principles embodied in Canadian maritime law as developed by Canadian courts remain applicable, and resort should be had to these principles before considering whether to apply provincial law to resolve an issue in a maritime action: *ITO*, *supra*, at pp. 781-82; *Bow Valley Husky*, *supra*, at p. 1260.

7. Canadian maritime law is not static or frozen. The general principles established by this Court with respect to judicial reform of the law apply to the reform of Canadian maritime law, allowing development in the law where the

civiliste. Il englobait à la fois les règles et principes spéciaux applicables en matière d'amirauté ainsi que les règles et principes puisés dans la common law et appliqués aux affaires d'amirauté. Bien que la plupart des règles de droit maritime canadien concernant la responsabilité délictuelle, les contrats, le mandat et le dépôt trouvent leur source dans la common law anglaise, il peut être avantageux, dans le cas de certaines questions relevant proprement du droit maritime, de prendre en considération les expériences d'autres pays et notamment, compte tenu des origines de la compétence en matière d'amirauté, celle des civilistes: *ITO*, précité, à la p. 776; *Chartwell*, précité, aux pp. 695 à 697.

5. L'existence de règles de droit maritime uniformes est nécessaire en pratique à cause de la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, telles qu'elles sont exercées au Canada. Bon nombre des règles de droit maritime sont le produit de conventions internationales et les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau ne devraient pas changer de façon arbitraire suivant l'endroit où ils se trouvent. La nécessité de règles juridiques uniformes est particulièrement pressante dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour abordages et autres accidents de navigation: *Whitbread*, précité, aux pp. 1294 et 1295; *Bow Valley Husky*, précité, aux pp. 1259 et 1260.

6. Dans les cas où le Parlement n'a pas adopté de dispositions législatives pour régir une question de droit maritime, les principes non législatifs qui ont été incorporés au droit maritime canadien et formulés par les tribunaux canadiens restent applicables, et il faudrait recourir à ces principes avant d'examiner s'il y a lieu d'appliquer le droit provincial à la solution d'un point litigieux dans une action en matière maritime: *ITO*, précité, aux pp. 781 et 782; *Bow Valley Husky*, précité, à la p. 1260.

7. Le droit maritime canadien n'est ni statique ni figé. Les principes généraux formulés par notre Cour relativement à la réforme du droit par les tribunaux s'appliquent à la réforme du droit maritime canadien, permettant ainsi l'évolution

appropriate criteria are met: *ITO*, *supra*, at p. 774; *Bow Valley Husky*, *supra*, at pp. 1261-68; *Porto Seguro*, *supra*, at pp. 1292-1300.

These appeals provide an appropriate occasion on which to resolve the issue of whether and when it is constitutionally permissible for provincial statutes to be applied in the context of a maritime law negligence claim. All of the relevant principles for this resolution have been stated in one form or another in the Court's recent maritime law jurisprudence. We believe that it will prove useful for future cases if these principles are assembled and synthesized into a test that may be applied in any instance where a provincial statute is sought to be invoked as part of a maritime law negligence claim. The test has four steps.

(a) *Step One: Identifying the Matter at Issue*

The first step involves a determination of whether the specific subject matter at issue in a claim is within the exclusive federal legislative competence over navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. Is the matter truly a matter of Canadian maritime negligence law? As stated by McIntyre J. in *ITO*, *supra*, at p. 774, and as restated by Iacobucci J. in *Monk Corp.*, *supra*, at p. 795, it must be determined whether the facts of a particular case raise a maritime or admiralty matter, or rather a matter which is in pith and substance one of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The test for making this determination is to ask whether the subject matter under consideration in the particular case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence. As is clear from this Court's recent jurisprudence on the issue, the answer to this question

du droit lorsque les critères applicables sont respectés: *ITO*, précité, à la p. 774; *Bow Valley Husky*, précité, aux pp. 1261 à 1268; *Porto Seguro*, précité, aux pp. 1292 à 1300.

72 Les présents pourvois constituent une bonne occasion de trancher la question de savoir s'il est constitutionnellement acceptable que des lois provinciales s'appliquent dans le cadre d'une action pour négligence fondée sur le droit maritime, et dans quels cas. Dans sa jurisprudence récente en matière de droit maritime, notre Cour a formulé, sous une forme ou une autre, tous les principes pertinents pour répondre à cette question. Nous croyons utile de rassembler et de synthétiser ces principes pour en tirer un critère qui pourra être appliqué chaque fois qu'une partie cherchera à se prévaloir d'une loi provinciale dans le cadre d'une action pour négligence fondée sur le droit maritime. Ce critère comporte quatre volets.

a) *Premier volet: détermination de la question en litige*

73 Le premier volet vise à déterminer si la question précise en litige dans une action relève de la compétence législative fédérale exclusive sur la navigation et les expéditions par eau en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. S'agit-il véritablement d'une question relevant des règles relatives à la négligence du droit maritime canadien? Comme le juge McIntyre l'a dit dans l'arrêt *ITO*, précité, à la p. 774, et comme le juge Iacobucci l'a répété dans l'arrêt *Monk Corp.*, précité, à la p. 795, il faut déterminer si les faits d'une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, ou plutôt une question qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À cette fin, le critère applicable est de se demander si la question examinée dans une instance donnée est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. Ainsi qu'il ressort clairement de la jurisprudence récente de notre

tion is to be arrived at through an examination of the factual context of the claim.

(b) *Step Two: Reviewing Maritime Law Sources*

74 Once the court determines that the subject matter at issue is legitimately one of Canadian maritime negligence law, the second step involves a determination of whether it is necessary for the party who seeks to rely upon the provincial statute within the context of a maritime negligence claim to do so. That is, before engaging in what may well be an unnecessary constitutional analysis of the applicability of a provincial law, a court should consider whether a counterpart to the statutory provision upon which the party seeks to rely is present within Canadian maritime law itself. Such a counterpart could be a duplication of the provincial law within federal maritime law (e.g., a cause of action for dependants of a person killed), or it could be a provision or rule which deals with the same issue as the provincial provision but in a different manner (e.g., common law agency principles as contained in Canadian maritime law deal with agency issues in a manner different from the agency principles contained in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64). Of course, where Canadian maritime law deals differently with an issue addressed in the provincial statute sought to be relied upon, it may still be necessary to engage in a constitutional analysis if the party seeking to rely upon the provincial statute argues that the federal and provincial laws should operate simultaneously.

75 Whatever the case, it is important to canvass all of the relevant sources of Canadian maritime law when seeking to determine whether an issue has already been addressed. Canadian maritime law has sources which are both statutory and non-statutory, national and international, common law and civilian: *Chartwell*, *supra*, at pp. 695-97. As stated by McIntyre J. in *ITO*, *supra*, at p. 774, the scope and content of Canadian maritime law is defined in s. 2 of the *Federal Court Act* in a comprehensive manner, encompassing all claims in respect of

Cour sur ce point, la réponse à cette question passe par l'examen du contexte factuel de la demande.

b) *Deuxième volet: examen des sources du droit maritime*

Une fois que le tribunal a conclu que la question en litige relève légitimement des règles relatives à la négligence du droit maritime canadien, le deuxième volet du critère vise à déterminer s'il est nécessaire pour la partie qui cherche à invoquer la loi provinciale dans le cadre d'une action pour négligence en matière maritime de le faire. Cela signifie qu'avant de se lancer dans une analyse constitutionnelle de l'applicabilité d'une loi provinciale qui pourrait fort bien se révéler inutile, le tribunal doit examiner s'il existe en droit maritime canadien une règle analogue à la disposition législative dont la partie cherche à se prévaloir. Il pourrait s'agir d'une règle du droit maritime fédéral identique à la disposition provinciale (par exemple, une cause d'action pour les personnes à charge d'une personne qui a été tuée), ou encore d'une disposition ou d'une règle qui envisage la même question que la disposition provinciale, mais de façon différente (par exemple, les principes de common law qui sont applicables au mandat et qui ont été incorporés au droit maritime canadien traitent du mandat d'une autre manière que les principes énoncés dans le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64). Évidemment, lorsque le droit maritime canadien traite différemment d'une question visée par la loi provinciale dont on demande l'application, il pourrait être malgré tout nécessaire d'effectuer une analyse constitutionnelle si la partie se prévalant de la loi provinciale plaide l'application simultanée des lois fédérale et provinciale.

Quoi qu'il en soit, il est important de passer en revue toutes les sources pertinentes de droit maritime canadien pour déterminer si une question a déjà été abordée. Ces sources sont à la fois législatives et non législatives, nationales et internationales, de common law et civilistes: *Chartwell*, précité, aux pp. 695 à 697. Comme l'a dit le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, précité, à la p. 774, le contenu du droit maritime canadien est défini en termes généraux à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, englobant toute demande en matière

maritime and admiralty matters. The sources of Canadian maritime law include, but are not limited to, the specialized rules and principles of admiralty, and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases, as administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 and as amended by the Canadian Parliament and developed by judicial precedent to date. The sources of Canadian maritime law have recently been interpreted by this Court on several occasions: see *ITO*, *supra*, *Chartwell*, *supra*, *Whitbread*, *supra*, *Monk Corp.*, *supra*, *Bow Valley Husky*, *supra*, and *Porto Seguro*, *supra*. Litigants should investigate all sources of Canadian maritime law before seeking to rely upon a provincial statute in their place, and courts should be equally reluctant to move on to a determination of constitutional applicability without having resolved this preliminary issue.

maritime et d'amirauté. Les sources du droit maritime canadien comprennent, mais sans s'y restreindre, à la fois les règles et principes spéciaux applicables en matière d'amirauté ainsi que les règles et principes puisés dans la common law et appliqués aux affaires d'amirauté, tels qu'ils étaient appliqués en 1934 en Angleterre par la Haute Cour en sa compétence d'amirauté, et qui ont été modifiés par le Parlement canadien et se sont développés jusqu'à ce jour au gré de la jurisprudence. Les sources du droit maritime canadien ont à plusieurs reprises récemment fait l'objet d'interprétation par notre Cour: voir *ITO*, *Chartwell*, *Whitbread*, *Monk Corp.*, *Bow Valley Husky*, et *Porto Seguro*, précités. Les parties doivent examiner toutes les sources du droit maritime canadien avant de chercher à se prévaloir plutôt d'une loi provinciale, et les tribunaux devraient hésiter à se lancer dans une analyse de l'applicabilité constitutionnelle sans avoir tout d'abord tranché cette question préliminaire.

(c) *Step Three: Considering the Possibility of Reform*

c) *Troisième volet: examen de la possibilité de réforme*

The third step, if existing sources of Canadian maritime law do not contain a counterpart to the provision sought to be relied upon, also takes place prior to engaging in constitutional analysis. A court must determine whether or not it is appropriate for Canadian non-statutory maritime law to be altered in accordance with the principles for judicial reform of the law as developed by this Court in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, as well as in *Bow Valley Husky*, *supra*, and in the present case. The court should engage in this step of the analysis regardless of whether or not the possibility of judicial reform of existing maritime law is raised by the parties.

76 Le troisième volet, qui s'applique si les sources existantes du droit maritime canadien ne contiennent pas de règle analogue à la disposition qu'on cherche à invoquer, est lui aussi préalable à l'analyse constitutionnelle. Le tribunal doit déterminer s'il convient de modifier une règle non législative du droit maritime canadien en respectant les principes de réforme du droit par les tribunaux qui ont été élaborés par notre Cour dans les arrêts *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, de même que dans l'arrêt *Bow Valley Husky*, précité, et dans le présent pourvoi. Le tribunal doit procéder à cette étape de l'analyse que les parties soulèvent ou non la question de la possibilité pour le tribunal de modifier le droit maritime existant.

This form of pre-constitutional analysis was adopted and applied by McLachlin J., speaking for the Court on this issue, in *Bow Valley Husky*, *supra*. In that case, the plaintiffs sought to rely upon the Newfoundland *Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, c. C-33, in the context of a maritime negligence action. They relied in support of

77 Cette forme d'analyse préalable à l'analyse constitutionnelle a été adoptée et suivie par le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour sur cette question, dans l'arrêt *Bow Valley Husky*, précité. Dans cette affaire, les demanderesses voulaient se prévaloir de la *Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, ch. C-33, de Terre-Neuve dans le

their argument upon the decision of this Court in *Stein*, *supra*, in which as we have seen Ritchie J. for the Court permitted the plaintiffs in a maritime negligence action to rely upon the British Columbia *Contributory Negligence Act*. In denying the plaintiffs the right to rely upon the provincial statute in *Bow Valley Husky*, McLachlin J. gave the following reasons, at p. 1260:

> The plaintiffs argue that this Court's decision in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, provides that provincial laws can apply to maritime matters in the absence of federal law. Assuming this is so, it does not advance the plaintiffs' case. On the view I take, there is no "gap" that would allow for the application of provincial law. While the federal government has not passed contributory negligence legislation for maritime torts, the common law principles embodied in Canadian maritime law remain applicable in the absence of federal legislation. The question is not whether there is federal maritime law on the issue, but what that law decrees.

McLachlin J. went on to conclude that Canadian maritime law incorporated the contributory negligence bar to recovery that was inherited as part of British maritime law. She then considered whether it was appropriate, in light of the test for judicial reform of the law as developed by this Court, to remove the bar and substitute a regime of apportionment according to fault, answering this question in the affirmative.

78 We note, with respect to the test for judicial reform of the law that was applied by McLachlin J. in *Bow Valley Husky*, *supra*, and again in *Porto Seguro*, *supra*, that the test as it has been thus far developed is a common law test with a national focus. In our view, this common law test must be adapted in accordance with the nature and sources of maritime law as an international body of law whenever courts consider whether to reform Canadian maritime law. The basic elements of the test for judicial reform of the common law were set out

cadre d'une action pour négligence en matière maritime. Elles ont invoqué au soutien de leur argument l'arrêt de notre Cour *Stein*, précité, où, comme nous l'avons vu, le juge Ritchie a autorisé les demanderesses dans une action pour négligence en matière maritime à se prévaloir de la *Contributory Negligence Act* de la Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *Bow Valley Husky*, le juge McLachlin a motivé de la manière suivante, à la p. 1260, son refus de reconnaître aux demanderesses le droit d'invoquer la loi provinciale:

> Les demanderesses prétendent qu'il ressort de l'arrêt de notre Cour *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, que des lois provinciales peuvent s'appliquer à des affaires maritimes en l'absence de règles de droit fédéral. À supposer que ce soit le cas, cela n'aide pas la cause des demanderesses. Suivant le point de vue que j'adopte, il n'existe pas de «vide» qui justifierait l'application du droit provincial. Bien que le gouvernement fédéral n'ait pas adopté de loi concernant la négligence contributive en matière de délits maritimes, les principes de common law incorporés dans le droit maritime canadien restent applicables en l'absence de législation fédérale. La question n'est pas de savoir s'il existe des règles de droit maritime fédérales sur la question en litige, mais plutôt de savoir ce que dicte ce droit.

Le juge McLachlin a ensuite conclu que le droit maritime canadien comprenait la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive qui empêche l'indemnisation des demandeurs et qui a été héritée du droit maritime anglais. Elle a ensuite examiné s'il convenait, compte tenu du critère élaboré par notre Cour relativement à la réforme du droit par les tribunaux, d'éliminer la fin de non-recevoir pour y substituer un régime de partage de la responsabilité selon la faute, et elle a répondu par l'affirmative à cette question.

Nous signalons que, tel qu'il a été élaboré, le critère permettant la réforme du droit par les tribunaux qui a été appliqué par le juge McLachlin dans l'arrêt *Bow Valley Husky*, précité, ainsi que dans l'arrêt *Porto Seguro*, précité, est un critère de common law ayant un objectif national. À notre avis, ce critère de common law doit être adapté conformément à la nature et aux sources du droit maritime en tant qu'ensemble de règles de droit internationales chaque fois que les tribunaux examinent s'il y a lieu de modifier le droit maritime canadien.

by Iacobucci J. for the Court in *Salituro*, *supra*, at p. 670:

> Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins*, *supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

When applying the above framework in the maritime law context, a court should be careful to ensure that it considers not only the social, moral and economic fabric of Canadian society, but also the fabric of the broader international community of maritime states, including the desirability of achieving uniformity between jurisdictions in maritime law matters. Similarly, in evaluating whether a change in Canadian maritime law would have complex ramifications, a court must consider not only the ramifications within Canada, but also the effects of the change upon Canada's treaty obligations and international relations, as well as upon the state of international maritime law. It is essential that the test for judicial reform of Canadian maritime law accord with the *sui generis* nature of that body of law.

(d) *Step Four: Constitutional Analysis*

The fourth step, if it is required, consists of a constitutional analysis of whether a particular provincial statutory provision is applicable within the context of a maritime law claim. The applicability of provincial law should be evaluated only where

Les éléments essentiels du critère permettant la réforme de la common law par les tribunaux ont été exposés par le juge Iacobucci au nom de notre Cour dans l'arrêt *Salituro*, précité, à la p. 670:

> Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empresser de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.

79 Lorsqu'il applique le cadre d'analyse exposé ci-dessus dans un contexte de droit maritime, le tribunal doit s'assurer de tenir compte non seulement du tissu social, moral et économique de la société canadienne, mais aussi du tissu de la collectivité internationale plus large que constituent les États maritimes et notamment de l'opportunité d'uniformiser les règles appliquées par les différentes autorités législatives aux affaires relevant du droit maritime. De même, en appréciant si une modification du droit maritime canadien aurait des retombées complexes, le tribunal doit examiner non seulement les retombées au Canada, mais aussi les effets de ce changement sur les obligations qui incombent au Canada en vertu de traités, sur ses relations internationales de même que sur l'état du droit maritime international. Il est essentiel que le critère permettant la réforme du droit maritime canadien par les tribunaux respecte le caractère *sui generis* de cet ensemble de règles de droit.

d) *Quatrième volet: analyse constitutionnelle*

80 Le quatrième volet, le cas échéant, est une analyse constitutionnelle visant à déterminer si une disposition législative provinciale donnée s'applique dans le cadre d'une action fondée sur le droit maritime. L'applicabilité du droit provincial

the issue cannot be resolved on non-constitutional grounds as set out above.

81 As a general matter within the Canadian federal system, it is constitutionally permissible for a validly enacted provincial statute of general application to affect matters coming within the exclusive jurisdiction of Parliament. The principal question in any case involving exclusive federal jurisdiction is whether the provincial statute trenches, either in its entirety or in its application to specific factual contexts, upon a head of exclusive federal power. Where a provincial statute trenches upon exclusive federal power in its application to specific factual contexts, the statute must be read down so as not to apply to those situations. This principle of statutory interpretation is known perhaps most commonly as the doctrine of "interjurisdictional immunity": see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 15-25 *et seq.* It is this doctrine which is relevant for present purposes. The doctrine has been discussed and applied in numerous decisions of the Judicial Committee of the Privy Council and of this Court: see, e.g., *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] S.C.R. 811; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paras. 177-81.

82 In *Bell Canada v. Quebec* this Court had occasion to consider the constitutional applicability of a valid provincial statute of general application to a federal undertaking (Bell Canada). The case involved a pregnant employee of Bell Canada who

ne devrait être analysée que lorsqu'il est impossible de trancher la question sur le fondement de motifs non constitutionnels, comme on l'a vu plus haut.

En règle générale dans le cadre du régime fédéral canadien, la Constitution permet qu'une loi provinciale de portée générale, valablement édictée, touche des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement. La principale question soulevée dans toute affaire portant sur une compétence fédérale exclusive est de savoir si la loi provinciale, envisagée dans son ensemble ou appliquée à des contextes factuels particuliers, empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive. Lorsque la loi provinciale empiète sur une compétence fédérale exclusive dans des contextes factuels particuliers, elle doit faire l'objet d'une interprétation atténuée afin que ces situations lui échappent. Ce principe d'interprétation des lois est peut-être le plus souvent appelé la théorie de «l'exclusivité des compétences»: voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. à feuilles mobiles), vol. 1, aux pp. 15 à 25 et suiv. C'est cette théorie qui est pertinente aux fins de l'espèce. Elle a été examinée et appliquée dans de nombreuses décisions du Comité judiciaire du Conseil privé et de notre Cour: voir, par exemple, *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Attorney-General for Manitoba c. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] R.C.S. 811; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, aux par. 177 à 181.

Dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec*, notre Cour a eu l'occasion d'examiner l'applicabilité constitutionnelle d'une loi provinciale de portée générale à une entreprise fédérale (Bell Canada). Il s'agissait dans cette affaire du cas d'une employée enceinte

expressed reservations about working on a computer terminal while pregnant. She applied for protective re-assignment under the relevant provisions of the *Act respecting occupational health and safety*, S.Q. 1979, c. 63. Bell Canada challenged the protective re-assignment application on the basis that the Quebec occupational health and safety statute did not apply to a federal undertaking.

Beetz J. delivered judgment for the Court in favour of Bell Canada's claim. Beetz J. explained that each head of federal legislative power under the *Constitution Act, 1867*, possesses a basic, minimum, and unassailable content, which the provinces are not permitted to regulate indirectly through valid laws of general application. He found that, although the provincial legislatures generally have exclusive jurisdiction over labour relations and working conditions, Parliament is vested with exclusive jurisdiction over labour relations and working conditions when that jurisdiction is an integral part of its primary and exclusive jurisdiction over another class of subjects — in this case, federal undertakings. This exclusive federal jurisdiction precludes the application to those undertakings of provincial statutes which have the effect of regulating an essential part of the management and operation of the undertakings. Beetz J. then went on to note at p. 762 that this ruling with respect to federal undertakings

> appear[s] to constitute only one facet of a more general rule: works, such as federal railways, things, such as land reserved for Indians, and persons, such as Indians, who are within the special and exclusive jurisdiction of Parliament, are still subject to provincial statutes that are general in their application . . . provided however that the application of these provincial laws does not bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction. . . .

The principle that each head of federal power possesses an essential core which the provinces are not permitted to regulate indirectly was recently restated by Lamer C.J. in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 181, in the context of the federal power over Indians and lands reserved for Indians. Speaking for the majority of the Court, Lamer C.J. stated

de Bell Canada qui avait manifesté des réticences à utiliser un ordinateur pendant sa grossesse. Elle a présenté une demande de retrait préventif en vertu des dispositions pertinentes de la *Loi sur la santé et sur la sécurité du travail*, L.Q. 1979, ch. 63. Bell Canada a contesté la demande de retrait préventif en soutenant que la loi québécoise sur la santé et la sécurité ne s'appliquait pas à une entreprise fédérale.

Le juge Beetz a rendu un jugement favorable à 83
Bell Canada. Il a expliqué que chaque chef de compétence législative fédérale prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867* a un contenu minimum élémentaire et irréductible que les provinces ne sont pas autorisées à réglementer indirectement par le truchement de lois de portée générale valides. Il a conclu que, même si les relations de travail et les conditions de travail ou d'emploi relèvent en principe de la compétence exclusive des provinces, le Parlement est investi d'une compétence législative exclusive sur les relations de travail et les conditions de travail ou d'emploi lorsque cette compétence fait partie intégrante de sa compétence principale et exclusive sur une autre catégorie de sujets, dans ce cas, les entreprises fédérales. Cette compétence fédérale exclusive empêche l'application à ces entreprises des lois provinciales qui ont pour effet de réglementer une partie essentielle de leur gestion et de leur exploitation. Le juge Beetz a ensuite fait remarquer, à la p. 762, que cette décision relativement aux entreprises fédérales

> ne constitu[e] qu'une facette d'un principe plus général: des ouvrages, tels les chemins de fer fédéraux, des choses, telles les terres réservées aux Indiens, des personnes, telles les Indiens, qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale [. . .] pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale. . .

Le principe voulant que chaque chef de compétence fédérale possède un contenu essentiel que les provinces ne sont pas autorisées à réglementer indirectement a été réaffirmé récemment par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw*, précité, au par. 181, dans le contexte de la compétence fédérale sur les Indiens et les terres réservées aux

that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, protects a "core of federal jurisdiction" over Indians and lands reserved for Indians even from provincial laws of general application, through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity.

Indiens. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a dit que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège «l'essentiel de la compétence du fédéral» sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens, même contre les lois provinciales de portée générale, par l'application du principe de l'exclusivité des compétences.

84 This more general rule of constitutional inapplicability of provincial statutes is central to the determination of the constitutional questions at issue in these appeals. Maritime negligence law is a core element of Parliament's jurisdiction over maritime law. The determination of the standard, elements, and terms of liability for negligence between vessels or those responsible for vessels has long been an essential aspect of maritime law, and the assignment of exclusive federal jurisdiction over navigation and shipping was undoubtedly intended to preclude provincial jurisdiction over maritime negligence law, among other maritime matters. As discussed below, there are strong reasons to desire uniformity in Canadian maritime negligence law. Moreover, the specialized rules and principles of admiralty law deal with negligence on the waters in a unique manner, focussing on concerns of "good seamanship" and other peculiarly maritime issues. Maritime negligence law may be understood, in the words of Beetz J. in *Bell Canada v. Quebec*, *supra*, at p. 762, as part of that which makes maritime law "specifically of federal jurisdiction".

Cette règle plus générale de l'inapplicabilité constitutionnelle des lois provinciales est essentielle pour répondre aux questions constitutionnelles en cause dans les présents pourvois. Les règles relatives à la négligence du droit maritime sont un élément du contenu essentiel de la compétence du Parlement sur le droit maritime. L'établissement de la norme applicable, des éléments et des conditions en matière de responsabilité pour négligence des navires ou des personnes qui en répondent est depuis longtemps un aspect essentiel du droit maritime, et l'attribution au fédéral de la compétence exclusive sur la navigation et les expéditions par eau visait sans aucun doute à exclure la compétence provinciale sur les règles relatives à la négligence, entre autres matières maritimes. Comme nous le verrons plus loin, de solides raisons militent en faveur de l'uniformité des règles relatives à la négligence en droit maritime canadien. De plus, les règles et principes spéciaux applicables en matière d'amirauté régissent la question de la négligence sur les eaux d'une façon particulière, s'attachant à la «bonne navigation» et à d'autres questions proprement maritimes. Les règles relatives à la négligence du droit maritime peuvent être considérées comme une partie intégrante de ce qui constitue la «spécificité fédérale» du droit maritime, pour reprendre l'expression employée par le juge Beetz dans *Bell Canada*, précité, à la p. 762.

85 In our opinion, where the application of a provincial statute of general application would have the effect of regulating indirectly an issue of maritime negligence law, this is an intrusion upon the unassailable core of federal maritime law and as such is constitutionally impermissible. In particular, with respect to the instant appeals, it is constitutionally impermissible for the application of a

À notre avis, lorsque l'application d'une loi provinciale de portée générale a pour effet de réglementer indirectement une question touchant les règles relatives à la négligence du droit maritime, il y a intrusion dans le contenu essentiel irréductible du droit maritime fédéral, ce qui est inacceptable sur le plan constitutionnel. En particulier, en ce qui concerne les présents pourvois, il est inaccep-

provincial statute to have the effect of supplementing existing rules of federal maritime negligence law in such a manner that the provincial law effectively alters rules within the exclusive competence of Parliament or the courts to alter. In the context of an action arising from a collision between boats or some other accident, maritime negligence law encompasses the following issues, among others: the range of possible claimants, the scope of available damages, and the availability of a regime of apportionment of liability according to fault. A provincial statute of general application dealing with such matters within the scope of the province's legitimate powers cannot apply to a maritime law negligence action, and must be read down to achieve this end.

table sur le plan constitutionnel que l'application d'une loi provinciale ait pour effet d'ajouter aux règles relatives à la négligence existantes du droit maritime fédéral de telle sorte qu'elle change effectivement des règles dont la modification relève de la compétence exclusive du Parlement ou qu'il appartient aux tribunaux de modifier. Dans le cadre d'une action intentée à la suite d'une collision entre embarcations ou d'un autre accident, les règles relatives à la négligence du droit maritime comprennent notamment les points suivants: l'éventail des demandeurs éventuels, la portée des dommages-intérêts qui peuvent être obtenus et l'existence d'un régime de partage de la responsabilité selon la faute. La loi provinciale de portée générale qui régit de telles questions dans le cadre des compétences légitimes de la province ne saurait être invoquée dans une action pour négligence fondée sur le droit maritime et doit faire l'objet d'une interprétation atténuée.

The constitutional analysis in the present case is necessarily specifically focussed upon the issue of maritime negligence law. Similar principles are very likely applicable in relation to the applicability of provincial statutes in other maritime law contexts, although we do not consider it appropriate at this time, in the absence of a factual backdrop plainly raising the issue, to rule on the broader applicability of the test articulated here beyond the maritime negligence law context. At the same time, we do not wish to be understood as stating that no provincial law of general application will ever be applicable in any maritime context, whether involving maritime negligence law or not. Provincial statutes setting out rules of court, for example, would generally be applicable where a maritime negligence action is brought in the provincial superior court. Also, by way of example only, we make no comments regarding the applicability of provincial taxation statutes in maritime contexts. However, it will be relatively rare that a provincial statute upon which a party seeks to rely in a maritime law negligence action will not have

86 L'analyse constitutionnelle en l'espèce est nécessairement axée sur les règles relatives à la négligence du droit maritime. Des principes similaires peuvent très vraisemblablement être invoqués relativement à l'applicabilité des lois provinciales à d'autres contextes relevant du droit maritime, bien que selon nous, il ne convienne pas, en l'absence de circonstances factuelles soulevant carrément la question, de statuer maintenant sur l'applicabilité générale du critère énoncé ici dans un contexte ne faisant pas intervenir les règles relatives à la négligence du droit maritime. Mais nous ne voulons pas donner à entendre qu'aucune loi provinciale ne pourra jamais s'appliquer dans un contexte maritime, faisant intervenir ou non les règles relatives à la négligence du droit maritime. Les lois provinciales réglant la procédure suivie par les tribunaux, par exemple, s'appliqueraient en règle générale dans une action pour négligence en matière maritime portée devant la cour supérieure provinciale. Nous ne faisons pas de commentaires non plus, par exemple, sur l'applicabilité des lois fiscales provinciales dans des contextes maritimes. Toutefois, il est relativement rare que la loi provinciale dont une partie demande à se prévaloir dans une action pour négligence fondée sur le droit

the effect of regulating a core issue of maritime law.

87 A court that is called upon to evaluate the constitutional applicability of a provincial statute to a maritime negligence law action should apply the above framework to determine the issue. The question to be asked is: "Does the provincial statutory provision at issue have the effect of regulating indirectly an issue of maritime negligence law?". If the provincial law has this effect, it should be read down so as not to apply outside of the scope of legitimate provincial power. If the law does not have this effect, it will likely be applicable as valid provincial law.

88 Before concluding on the articulation of this four-step test and moving on to apply the test to the provincial statutes at issue in this case, we feel that it is appropriate to comment briefly upon one of the reasons, peculiar to maritime law, why provincial statutes which would have the effect of altering, in this case, federal maritime negligence law cannot be interpreted as being applicable in the maritime context. The attribution to Parliament of exclusive legislative jurisdiction over navigation and shipping stems in large part, in our view, from the national and international dimensions of maritime law, and the corresponding requirement for uniformity in maritime law principles. If matters of maritime law were regulated by the various provincial legislatures, this would drastically confuse the day-to-day reality of navigation and shipping in Canadian waters, and would make it impossible for Canada as a country to abide by its international treaty obligations relating to maritime matters.

89 The importance of uniformity in maritime law, and the importance of exclusive federal jurisdiction to the preservation of that uniformity, was aptly explained by La Forest J., writing for the full Court in *Whitbread*, *supra*. The case involved an issue as to whether Parliament's jurisdiction over

maritime n'ait pas pour effet de réglementer une question essentielle du droit maritime.

Le tribunal appelé à évaluer l'applicabilité constitutionnelle d'une loi provinciale dans une action pour négligence fondée sur le droit maritime devrait appliquer le cadre d'analyse exposé ci-dessus pour trancher. La question qu'il faut poser est la suivante: «la disposition législative provinciale en cause a-t-elle pour effet de réglementer indirectement une question touchant les règles relatives à la négligence du droit maritime?». Dans l'affirmative, elle doit faire l'objet d'une interprétation atténuée de manière à ne pas s'appliquer hors du champ des compétences provinciales légitimes. Si la loi n'a pas un tel effet, elle sera vraisemblablement applicable en tant que loi provinciale valide.

Avant de conclure sur l'élaboration de ce critère à quatre volets et de passer à son application aux lois provinciales en cause en l'espèce, nous estimons qu'il convient de faire quelques brèves observations sur l'une des raisons, propre au droit maritime, pour lesquelles les lois provinciales ayant pour effet de modifier, en l'occurrence, les règles relatives à la négligence du droit maritime fédéral ne sauraient être jugées applicables en matière maritime. L'attribution au Parlement de la compétence législative exclusive en matière de navigation et d'expéditions par eau est liée en grande partie, selon nous, aux dimensions nationales et internationales du droit maritime ainsi qu'à l'exigence corrélative d'uniformité dans les principes de droit maritime. Si les questions de droit maritime étaient réglementées par les diverses législatures provinciales, cela provoquerait la confusion la plus totale dans le fonctionnement quotidien des expéditions par eau et de la navigation dans les eaux canadiennes, et il deviendrait impossible pour le Canada, en tant que pays, de se conformer aux obligations que lui imposent les traités internationaux en matière maritime.

Le juge La Forest, rédigeant les motifs de jugement de la Cour dans l'arrêt *Whitbread*, précité, a expliqué fort bien l'importance de l'uniformité en droit maritime ainsi que l'importance de la compétence fédérale exclusive pour préserver cette uniformité. Il s'agissait notamment de déterminer

maritime law included jurisdiction over accidents involving pleasure boats on inland waterways. In answering in the affirmative, La Forest J. stated, at pp. 1294-96:

Quite apart from judicial authority, the very nature of the activities of navigation and shipping, at least as they are practised in this country, makes a uniform maritime law which encompasses navigable inland waterways a practical necessity. Much of the navigational and shipping activity that takes place on Canada's inland waterways is closely connected with that which takes place within the traditional geographic sphere of maritime law. This is most obviously the case when one looks to the Great Lakes and the St. Lawrence Seaway, which are to a very large degree an extension, or alternatively the beginning, of the shipping lanes by which this country does business with the world. But it is also apparent when one looks to the many smaller rivers and waterways that serve as ports of call for ocean going vessels and as the points of departure for some of Canada's most important exports. This is undoubtedly one of the considerations that led the courts of British North America to rule that the public right of navigation, in contradistinction to the English position, extended to all navigable rivers regardless of whether or not they were within the ebb and flow of the tide .... It probably also explains why the Fathers of Confederation thought it necessary to assign the broad and general power over navigation and shipping to the central rather than the provincial governments, and why the courts quickly accepted that this power extended to the regulation of navigation on inland waterways, provided they were in fact navigable.... For it would be quite incredible, especially when one considers that much of maritime law is the product of international conventions, if the legal rights and obligations of those engaged in navigation and shipping arbitrarily changed as their vessels crossed the point at which the water ceased or, as the case may be, commenced to ebb and flow. Such a geographic divide is, from a division of powers perspective, completely meaningless, for it does not indicate any fundamental change in the use to which a waterway is put. In this country, inland navigable waterways and the seas that were traditionally recognized as the province of maritime law are part of the same navigational net-

dans cet arrêt si la compétence du Parlement en matière de droit maritime comprenait la compétence sur les accidents de bateaux de plaisance sur les voies de navigation intérieures. Répondant par l'affirmative à cette question, le juge La Forest a dit, aux pp. 1294 à 1296:

Mise à part la jurisprudence, la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, du moins telles qu'elles sont exercées ici, fait que des règles de droit maritime uniformes s'appliquant aux voies navigables intérieures sont nécessaires en pratique. La plupart des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau ayant lieu sur les voies navigables intérieures du Canada sont étroitement liées avec celles qui sont exercées dans la sphère géographique traditionnelle du droit maritime. Cela est particulièrement évident lorsque l'on considère les Grands Lacs et la Voie maritime du Saint-Laurent, qui sont dans une très large mesure une extension, sinon le commencement, des voies de transport maritime grâce auxquelles le pays fait du commerce avec le monde. Mais cela est également manifeste lorsque l'on examine les nombreux fleuves, rivières et voies d'eau moins importants qui servent de port d'escale aux océaniques et de point de départ pour quelques-unes des plus importantes exportations du Canada. C'est à n'en pas douter l'une des considérations qui ont amené les tribunaux de l'Amérique du Nord britannique à décider que le droit public de navigation, contrairement à ce que prétendaient les Anglais, s'étend à tous les fleuves et rivières navigables, peu importe qu'ils soient ou non à l'intérieur de l'aire de flux et de reflux [. . .] Cela explique probablement aussi pourquoi les Pères de la Confédération ont estimé nécessaire d'attribuer le pouvoir général sur la navigation et les expéditions par eau au gouvernement central plutôt qu'à celui des provinces, et pourquoi les tribunaux ont rapidement accepté que ce pouvoir s'étendait à la réglementation de la navigation sur les voies d'eau intérieures, à la condition qu'elles soient navigables dans les faits [. . .] Car il serait assez incroyable, surtout lorsque l'on pense que bon nombre des règles de droit maritime sont le produit de conventions internationales, que les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau changent de façon arbitraire au moment où leurs navires arrivent à l'endroit où l'eau cesse ou commence, selon le cas, à être soumise à la marée. Une telle division géographique est, sur le plan de la répartition des compétences, complètement dénuée de sens, car elle ne traduit aucun changement fondamental dans l'utilisation d'une voie d'eau. Au Canada, les voies navigables intérieures et les mers traditionnellement reconnues comme relevant du droit

work, one which should, in my view, be subject to a uniform legal regime.

I think it obvious that this need for legal uniformity is particularly pressing in the area of tortious liability for collisions and other accidents that occur in the course of navigation. As is apparent from even a cursory glance at any standard text in shipping or maritime law, the existence and extent of such liability falls to be determined according to a standard of "good seamanship" which is in turn assessed by reference to navigational "rules of the road" that have long been codified as "collision regulations". . . . It seems to me to be self-evident that the level of government that is empowered to enact and amend these navigational "rules of the road" must also have jurisdiction in respect of the tortious liability to which those rules are so closely related. [Emphasis added.]

maritime font partie du même réseau de navigation, lequel devrait, selon moi, être assujetti à un régime juridique uniforme.

J'estime qu'il est évident que cette nécessité d'une uniformité juridique est particulièrement pressante dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour abordages et autres accidents de navigation. Comme il ressort clairement même d'un examen rapide des textes de base sur les expéditions par eau ou le droit maritime, l'existence et l'étendue d'une telle responsabilité doivent être déterminées selon «les règles d'une bonne navigation» lesquelles, à leur tour, sont jugées par renvoi aux «règles de barre et de route» pour la navigation qui sont codifiées depuis longtemps dans le règlement sur les abordages [. . .] Il me semble évident que le palier de gouvernement habilité à édicter et à modifier ces «règles de barre et de route» pour la navigation doit aussi être compétent à l'égard de la responsabilité délictuelle à laquelle ces règles sont si intimement liées. [Nous soulignons.]

90 A similar view regarding the importance of uniformity to Canadian maritime law was expressed by McLachlin J., writing for a unanimous Court on this point in *Bow Valley Husky*, *supra*, at pp. 1259-60:

Policy considerations support the conclusion that marine law governs the plaintiffs' tort claim. Application of provincial laws to maritime torts would undercut the uniformity of maritime law. The plaintiff BVHB argues that uniformity is only necessary with respect to matters of navigation and shipping, such as navigational rules or items that are the subject of international conventions. I do not agree. There is nothing in the jurisprudence of this Court to suggest that the concept of uniformity should be so limited. This Court has stated that "Canadian maritime law", not merely "Canadian maritime law related to navigation and shipping", must be uniform. BVHB argues that uniformity can be achieved through the application of provincial contributory negligence legislation as all provinces have apportionment provisions in the statutes. However, there are important differences between the various provincial statutes. These differences might lead over time to non-uniform-

Le juge McLachlin, qui a rédigé l'avis unanime de la Cour sur ce point dans l'arrêt *Bow Valley Husky*, précité, a exprimé aux pp. 1259 et 1260 un point de vue analogue sur l'importance de l'uniformité du droit maritime canadien:

Des considérations de principe viennent étayer la conclusion selon laquelle le droit maritime régit la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle exercée par les demanderesses. L'application des lois provinciales aux délits maritimes nuirait à l'uniformité du droit maritime. La demanderesse BVHB soutient que l'uniformité est nécessaire seulement en ce qui concerne les affaires de navigation et d'expéditions par eau, comme les règles de la navigation ou les questions qui font l'objet de conventions internationales. Je ne suis pas d'accord. Rien dans la jurisprudence de notre Cour ne donne à penser que la notion d'uniformité devrait être ainsi limitée. Notre Cour a déclaré que «le droit maritime canadien», et non pas seulement «le droit maritime canadien relatif à la navigation et aux expéditions par eau», doit être uniforme. BVHB plaide que cette uniformité peut être réalisée par l'application des lois provinciales en matière de négligence contributive, puisque toutes les provinces ont édicté, dans ces lois, des dispositions concernant la répartition de la responsabilité. Cependant, il existe des différences importantes entre les diverses lois provinciales. Ces différences pourraient, avec le temps, créer de l'incertitude et entraîner une absence d'uniformité. Des difficultés pourraient également surgir lors-

ity and uncertainty. Difficulty might also arise as to what province's law applies in some situations.

The Court of Appeal for Ontario in the judgment below reviewed some of the comments made by La Forest J. in *Whitbread*, *supra*, regarding the importance of uniformity in Canadian maritime law. The Court of Appeal found (at p. 663) that "La Forest J.'s rationale for a uniform body of federal maritime law is based on the need for consistency in resolving commercial navigation disputes", and that La Forest J. "did not deal directly with those bodies of water that are for all practical purposes unconnected to commercial navigation". With respect, we do not view the reasons in *Whitbread* regarding the fundamental value placed upon uniformity in Canadian maritime law as being contingent upon the coastal location of the accident which gave rise to that case. It would cause confusion and inject an arbitrariness into Canadian maritime law if courts could apply different principles of law depending upon whether a boat involved in an accident was engaged in commercial activities or was navigating a waterway with access to the sea. The importance of uniformity in maritime law is universal, and does not vary according to the coastal location of an individual case.

Moreover, unlike most other areas of exclusive federal jurisdiction, maritime law has historically been a specialized area of law, adjudicated within separate courts through the application of principles and rules of law which do not derive solely from traditional common law and statutory sources. The multiplicity of legal sources, including international sources, which nourish Canadian maritime law render it a body of law in which uniformity is especially appropriate. The interference of provincial statutes with core areas of Canadian maritime law, such as the law of maritime negligence, would interfere with its historical roots and with its appropriately unique character.

qu'il s'agira de déterminer le droit de quelle province s'applique dans certaines situations.

91 La Cour d'appel de l'Ontario a examiné certains des commentaires faits par le juge La Forest dans l'arrêt *Whitbread*, précité, relativement à l'importance de l'uniformité du droit maritime canadien. Elle a conclu (à la p. 663) que [TRADUCTION] «les raisons qui ont amené le juge La Forest à préconiser un ensemble uniforme de règles de droit maritime fédérales reposent sur la nécessité d'assurer la cohésion dans le règlement des litiges en matière de navigation commerciale», et que le juge La Forest [TRADUCTION] «n'a pas traité directement de la question des voies d'eau qui, à toutes fins pratiques, ne servent pas à la navigation commerciale». Avec égards, nous ne considérons pas que les motifs formulés dans l'arrêt *Whitbread* relativement à la valeur fondamentale accordée à l'uniformité du droit maritime canadien dépendent du fait que l'accident ayant donné lieu à l'affaire soit survenu le long des côtes. La possibilité pour les tribunaux d'utiliser des principes de droit différents quant à l'applicabilité constitutionnelle d'une loi provinciale selon qu'un bateau impliqué dans un accident servait à des activités commerciales ou naviguait sur un cours d'eau menant à la mer entraînerait la confusion et introduirait l'arbitraire dans le droit maritime canadien. L'importance de l'uniformité du droit maritime est universelle et ne change pas selon que l'événement se produit ou non le long des côtes.

92 De plus, à la différence de la plupart des autres champs de compétence fédérale exclusive, le droit maritime est historiquement un domaine de droit spécialisé, ressortissant de tribunaux distincts qui appliquent des principes et des règles de droit ne découlant pas uniquement des sources législatives et de common law traditionnelles. La multiplicité des sources juridiques, dont les sources internationales, qui constituent le fondement du droit maritime canadien, en font un ensemble de règles de droit dont il convient tout spécialement d'assurer l'uniformité. Permettre que les lois provinciales empiètent sur des aspects essentiels du droit maritime canadien, telles les règles relatives à la négligence, serait nier ses racines historiques et son caractère tenu, à juste titre, pour particulier.

93 The conclusion which we draw from the above comments is that much of the *raison d'être* of the assignment to Parliament of exclusive jurisdiction over maritime matters is to ensure that Canadian maritime law in relation to core issues of fundamental international and interprovincial concern is uniform. This *raison d'être*, although not unique to the federal power over navigation and shipping (in the sense that other heads of power were assigned to the federal legislature out of concern for uniformity), is uniquely important under s. 91(10) because of the intrinsically multi-jurisdictional nature of maritime matters, particularly claims against vessels or those responsible for their operation. This concern for uniformity is one reason, among others, why the application of provincial statutes of general application to a maritime negligence claim cannot be permitted.

Les observations qui précèdent nous amènent à conclure que l'une des principales raisons qui ont motivé l'attribution au Parlement de la compétence exclusive en matière maritime est le souci d'assurer l'uniformité du droit maritime canadien en ce qui a trait à des questions essentielles présentant un intérêt fondamental sur les plans international et interprovincial. Bien que cette raison ne soit pas particulière à la compétence fédérale en matière de navigation et d'expéditions par eau (en ce sens que d'autres chefs de compétence ont été attribués au Parlement pour assurer l'uniformité), elle revêt une importance particulière en vertu du par. 91(10) étant donné que les questions maritimes, de par leur nature, font intervenir une multiplicité d'autorités législatives, en particulier dans le cadre des actions dirigées contre des navires ou leurs exploitants. Ce souci d'uniformité est l'un des motifs pour lesquels l'application des lois provinciales de portée générale dans le cadre d'une action pour négligence en matière maritime ne saurait être permise.

94 It follows from the foregoing discussion that this Court's decision in *Canadian National Steamships Co. v. Watson*, *supra*, is no longer good law insofar as the decision deviates from the four-step test outlined herein and directs a court to apply provincial law in maritime matters without first evaluating the applicability of the provincial law from a constitutional standpoint. Similarly, the ruling in *Stein*, *supra*, with respect to the applicability of the British Columbia *Contributory Negligence Act* must be considered to have lost its precedential value.

Il ressort de l'analyse qui précède que l'arrêt de notre Cour *Canadian National Steamships Co. c. Watson*, précité, ne fait désormais plus autorité dans la mesure où il s'écarte du critère en quatre volets exposé dans les présents motifs et où il enjoint aux tribunaux d'appliquer le droit provincial aux affaires maritimes sans évaluer tout d'abord l'applicabilité constitutionnelle du droit provincial. De la même façon, il faut considérer que la décision rendue dans *Stein*, précité, relativement à l'applicabilité de la *Contributory Negligence Act* de la Colombie-Britannique a perdu sa valeur de précédent.

95 It remains now to apply this four-step test to the constitutional questions which have been stated for this Court's consideration in these appeals. We note that none of the parties disputes that all of the statutes which are the subject of the various constitutional questions are *intra vires* the legislature of Ontario insofar as they are laws of general application in the province. The sole issue with respect to each question is whether a statute is constitutionally inapplicable insofar as it purports to govern losses or damages arising out of a boating acci-

Il reste maintenant à appliquer ce critère en quatre volets aux questions constitutionnelles qui ont été soumises à l'examen de notre Cour dans les présents pourvois. Signalons qu'aucune des parties ne conteste que toutes les lois visées par les diverses questions constitutionnelles relèvent de la compétence de la législature de l'Ontario dans la mesure où il s'agit de lois de portée générale dans la province. Le seul problème qui se pose relativement à chacune des questions est celui de savoir si une loi est constitutionnellement inapplicable dans

dent. Nor do any of the parties dispute that the subject matter at issue in these appeals — maritime negligence law — falls within exclusive federal jurisdiction under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. Accordingly, only the latter three steps of the four-step test will be addressed directly in the analysis which follows.

(2) Are the provisions of Part V of the Ontario *Family Law Act* constitutionally inapplicable and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern damages for personal injury arising out of a boating accident?

Part V of the *Family Law Act* reads in relevant part as follows:

61. — (1) If a person is injured or killed by the fault or neglect of another under circumstances where the person is entitled to recover damages, or would have been entitled if not killed, the spouse, as defined in Part III (Support Obligations), children, grandchildren, parents, grandparents, brothers and sisters of the person are entitled to recover their pecuniary loss resulting from the injury or death from the person from whom the person injured or killed is entitled to recover or would have been entitled if not killed, and to maintain an action for the purpose in a court of competent jurisdiction.

(2) The damages recoverable in a claim under subsection (1) may include,

. . .

(e) an amount to compensate for the loss of guidance, care and companionship that the claimant might reasonably have expected to receive from the person if the injury or death had not occurred.

The plaintiffs seek to rely upon Part V of the *Family Law Act* because it provides for three types of negligence claims which are not expressly provided for in the *Canada Shipping Act*, namely:

la mesure où elle vise à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de navigation. Les parties ne contestent pas non plus que la question en litige dans les présents pourvois — les règles relatives à la négligence du droit maritime — relève de la compétence fédérale exclusive en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, seuls les trois derniers volets du critère en quatre volets seront abordés directement dans l'analyse qui suit.

(2) Les dispositions de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario sont-elles constitutionnellement inapplicables ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les dommages-intérêts dus pour les préjudices corporels résultant d'un accident de navigation?

Les dispositions pertinentes de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* sont les suivantes: 96

61 (1) Si une personne subit des lésions ou décède à cause de la faute ou de la négligence d'autrui dans des circonstances qui donnent à la victime le droit d'obtenir des dommages-intérêts, ou lui auraient donné ce droit si elle n'était pas décédée, le conjoint, au sens de la partie III (Obligations alimentaires), les enfants, les petits-enfants, les parents, les grands-parents, les frères et les sœurs de la victime ont le droit de recouvrer du tiers la perte pécuniaire qui résulte de la lésion ou du décès de la victime. Ils ont également le droit d'ester en justice à cette fin devant un tribunal compétent.

(2) Les dommages-intérêts recouvrables dans le cadre de la demande présentée en vertu du paragraphe (1) peuvent comprendre en outre:

. . .

e) un montant compensatoire au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie auxquels l'auteur de la demande aurait été raisonnablement en droit de s'attendre si la lésion ou le décès n'avait pas eu lieu.

Les demandeurs cherchent à se prévaloir de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* parce qu'elle permet trois types d'actions pour négligence qui ne sont pas expressément prévues par la *Loi sur la marine marchande du Canada*: 97

— a claim by a dependant for damages for loss of guidance, care and companionship arising out of a fatal accident;

— a claim by a dependant for damages (including damages for loss of guidance, care and companionship) arising out of an accident causing personal injury; and

— a dependant's claim for damages by a sibling of the person killed or injured.

Although the constitutional question as stated refers only to the constitutional applicability of Part V of the *Family Law Act* in relation to damages for personal injury, the parties have raised the issue of its applicability in relation to fatal accident claims, and accordingly these reasons deal with both types of claims.

(a) *Claims for Loss of Guidance, Care and Companionship*

98 We must first consider whether there already exists within Canadian maritime law a cause of action which permits dependants of a person killed or injured in a boating accident to recover damages for the resulting loss of guidance, care and companionship. Beginning with fatal accident claims, s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*, which provides for the awarding of damages in relation to a dependant's fatal accident claim, is silent as to the nature of the compensable loss. Historically, it appears that damages in relation to fatal accidents under the original *Lord Campbell's Act* were restricted to compensation for pecuniary loss only, with damages for lost guidance, care and companionship considered to be non-pecuniary in nature and therefore not recoverable: *Blake v. Midland Railway Co.* (1852), 18 Q.B. 93, 118 E.R. 35; *Mason v. Peters* (1982), 39 O.R. (2d) 27 (C.A.). The plaintiffs in these actions have not referred us to any sources which indicate that damages for loss of guidance, care and companionship have ever been recoverable under Canadian maritime

— l'action en dommages-intérêts intentée par une personne à charge pour la perte de conseils, de soins et de compagnie résultant d'un accident mortel;

— l'action en dommages-intérêts exercée par une personne à charge (notamment au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie) à la suite d'un accident ayant entraîné un préjudice corporel;

— l'action en dommages-intérêts formée par le frère ou la sœur d'une personne tuée ou blessée, à titre de personne à charge.

Bien que la question constitutionnelle formulée porte uniquement sur l'applicabilité constitutionnelle de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* relativement aux dommages-intérêts pour préjudice corporel, les parties ont soulevé la question de son applicabilité aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel et, par conséquent, les présents motifs traitent de ces deux types de demandes.

a) *Les actions pour perte de conseils, de soins et de compagnie*

Nous devons tout d'abord examiner s'il existe déjà, en droit maritime canadien, une cause d'action permettant aux personnes à charge d'une personne tuée ou blessée dans un accident de navigation d'obtenir des dommages-intérêts pour la perte de conseils, de soins et de compagnie en résultant. S'agissant des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, le par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui prévoit l'octroi de dommages-intérêts à une personne à charge, est muet quant à la nature de la perte indemnisable. Historiquement, il appert que les dommages-intérêts accordés à la suite d'accidents mortels en vertu de la *Lord Campbell's Act*, dans sa version initiale, ne visaient que les pertes pécuniaires, le préjudice résultant de la perte de conseils, de soins et de compagnie étant considéré comme non pécuniaire et donc non réparable: *Blake c. Midland Railway Co.* (1852), 18 Q.B. 93, 118 E.R. 35; *Mason c. Peters* (1982), 39 O.R. (2d) 27 (C.A.). En l'espèce, les demandeurs ne nous ont mentionné aucune source indiquant qu'il ait jamais

law. The general common law rule barring recovery of damages in relation to the death of a third party therefore continues to bar the plaintiffs' fatal accident claims insofar as they seek damages for loss of guidance, care and companionship: *Baker v. Bolton* (1808), 1 Camp. 493, 170 E.R. 1033 (K.B.); *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika*, [1917] A.C. 38.

Just as the *Canada Shipping Act* is silent with respect to the nature of damages recoverable in the fatal accident context, it is altogether silent as to whether damages may be awarded to a dependant of a person injured but not killed in a boating accident. It appears that, at common law, a person injured in a boating accident can sue for damages for his or her own injuries, but the dependants of the injured person are generally permitted to recover only in limited circumstances, notably: (1) the *actio per quod servitium amisit* allows a spouse or parent to claim for the loss of the value of the injured person's services; and (2) the *actio per quod consortium amisit* allows a husband (and also a wife in some jurisdictions) to claim for the loss of love, affection and sexual consortium: see B. Feldthusen, *Economic Negligence* (3rd ed. 1994), at pp. 246-50, 265; K. Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* (2nd ed. 1996), at pp. 189-95 and 489-90.

That said, the next question, in accordance with the framework established in *Bow Valley Husky*, *supra*, and in this case, is whether the common law rules barring recovery in both instances should be judicially reformed to allow claims for damages for loss of guidance, care and companionship (and, in the case of dependants of a person injured but not killed in a boating accident, to allow such

été possible en vertu du droit maritime canadien d'obtenir des dommages-intérêts au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie. La règle générale de common law empêchant l'obtention de dommages-intérêts pour le décès d'un tiers continue donc à faire obstacle aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel dans la mesure où les demandeurs sollicitent des dommages-intérêts pour la perte de conseils, de soins et de compagnie: *Baker c. Bolton* (1808), 1 Camp. 493, 170 E.R. 1033 (B.R.); *Admiralty Commissioners c. S.S. Amerika*, [1917] A.C. 38.

99 De même qu'elle ne précise pas la nature du préjudice pour lequel des dommages-intérêts peuvent être obtenus dans le cas d'un accident mortel, la *Loi sur la marine marchande du Canada* ne précise pas non plus si des dommages-intérêts peuvent être accordés à la personne à charge d'une personne qui a été blessée dans un accident de navigation, mais n'est pas morte. Suivant la common law, une personne blessée dans un accident de navigation peut intenter une poursuite en dommages-intérêts pour les blessures qu'elle a subies, mais les personnes à sa charge ne peuvent en règle générale obtenir réparation que dans des circonstances limitées dont celles-ci: (1) l'action *per quod servitium amisit* permet au conjoint ou à un parent de demander réparation pour la perte des services de la personne blessée; et (2) l'action *per quod consortium amisit* permet au mari (et dans certains endroits, à l'épouse) de présenter une demande d'indemnisation pour la perte de l'amour, de l'affection et de la compagnie du conjoint: voir B. Feldthusen, *Economic Negligence* (3e éd. 1994), aux pp. 246 à 250, 265; K. Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* (2e éd. 1996), aux pp. 189 à 195, 489 et 490.

100 Cela étant dit, la question qui se pose ensuite, conformément au cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Bow Valley Husky*, précité, et en l'espèce, est celle de savoir s'il convient que les tribunaux modifient les règles de common law qui excluent l'indemnisation dans les deux cas afin de permettre les actions en dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie (et, dans le cas

claims to be brought by a broader class of plaintiffs than is currently permitted under the *actio per quod servitium amisit* and *actio per quod consortium amisit*). We agree with the Court of Appeal for Ontario that they should.

101 The Court of Appeal acknowledged, correctly in our view, that contemporary conceptions of loss include the idea that it is truly a harm for a dependant to lose the guidance, care and companionship of a spouse, parent, child, etc. As noted by the Perry Estate respondents in their factum and in their oral argument, the majority of provinces in Canada have enacted within their fatal accident statutes provisions allowing for recovery of damages for loss of guidance, care and companionship caused by the death of the deceased: *Fatal Accidents Act*, R.S.A. 1980, c. F-5, s. 8(2), as am. by S.A. 1994, c. 16, s. 5; *Fatal Accidents Act*, R.S.M. 1987, c. F50, s. 3(4); *Fatal Accidents Act*, R.S.N.B. 1973, c. F-7, s. 3(4), added by S.N.B. 1986, c. 36, s. 1; *Fatal Injuries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 163, s. 5(2)(d); *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 61(2)(e); *Fatal Accidents Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-5, s. 6(3)(c), added by S.P.E.I. 1992, c. 24, s. 1. Even where such damages are not expressly provided for, there is a strong tendency to include such damages within the rubric of pecuniary loss: *St. Lawrence & Ottawa Railway Co. v. Lett* (1885), 11 S.C.R. 422; *Vana v. Tosta*, [1968] S.C.R. 71; Cooper-Stephenson, *supra*, at pp. 697-98; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (loose-leaf ed.), at pp. 6-17-6-20.

102 It is unfair to deny compensation to the plaintiff dependants in these actions based solely upon an anachronistic and historically contingent understanding of the harm they may have suffered. This is true both for the fatal accident claimants and for

des personnes à charge d'une personne qui a été blessée dans un accident de navigation mais a survécu, afin d'élargir la catégorie des personnes actuellement admises à demander réparation dans le cadre d'actions *per quod servitium amisit* et d'actions *per quod consortium amisit*). Comme la Cour d'appel de l'Ontario, nous estimons qu'il convient de le faire.

La Cour d'appel a reconnu, à juste titre à notre avis, que les conceptions modernes du dommage comportent l'idée que pour une personne à charge le fait de perdre les conseils, les soins et la compagnie d'un conjoint, d'un père ou d'une mère, d'un enfant, etc. constitue un véritable préjudice. Comme l'ont fait remarquer les intimés, la succession Perry, dans leur mémoire et dans leur argumentation orale, la majorité des provinces canadiennes ont adopté, dans leurs lois portant sur les accidents mortels, des dispositions permettant l'obtention de dommages-intérêts pour la perte de conseils, de soins et de compagnie résultant de la mort du défunt: *Fatal Accidents Act*, R.S.A. 1980, ch. F-5, par. 8(2), mod. par S.A. 1994, ch. 16, art. 5; *Loi sur les accidents mortels*, L.R.M. 1987, ch. F50, par. 3(4); *Loi sur les accidents mortels*, L.R.N.-B. 1973, ch. F-7, par. 3(4), ajouté par L.N.-B. 1986, ch. 36, art. 1; *Fatal Injuries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 163, al. 5(2)d); *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, al. 61(2)e); *Fatal Accidents Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-5, al. 6(3)c), ajouté par S.P.E.I. 1992, ch. 24, art.1. Même lorsque la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour la perte de conseils, de soins et de compagnie n'est pas expressément prévue, il y a une forte tendance à les inclure sous la rubrique des pertes pécuniaires: *St. Lawrence & Ottawa Railway Co. c. Lett* (1885), 11 R.C.S. 422; *Vana c. Tosta*, [1968] R.C.S. 71; Cooper-Stephenson, *op. cit.*, aux pp. 697 et 698; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (éd. à feuilles mobiles), aux pp. 6-17 à 6-20.

Il est injuste de refuser une indemnité aux personnes à charge demanderesses en l'espèce en raison simplement d'une interprétation historique anachronique du préjudice qu'elles peuvent avoir subi. Cela est vrai tant pour ceux qui demandent

the personal injury claimants. In this light, we are of the view that changing the definition of "damages" within the context of maritime accident claims is required to keep non-statutory maritime law in step with modern understandings of fairness and justice, as well as with the "dynamic and evolving fabric of our society": *Salituro*, *supra*, at p. 670. Moreover, the evidence presented by the Perry Estate respondents with respect to the prevalence of this enhanced understanding of recoverable damages supports a finding that the new definition has been "tried and tested" without unforeseeable or complex ramifications: *Bow Valley Husky*, *supra*, at p. 1265. None of the parties has provided this Court with evidence or commentary to support the opposite inference. There is also no reason to believe that allowing claims for damages for loss of guidance, care and companionship would interfere with Canada's international treaty obligations, with its relations with other maritime nations, or with international maritime law. In short, the test for judicial reform of Canadian non-statutory maritime law is met. In so concluding, we note that a claim for damages for loss of guidance, care, and companionship as a result of another's personal injury will succeed only where the claimant is able to establish, among the other elements of the claim, that the injury suffered was sufficiently serious that it is capable of producing a loss of guidance, care, and companionship.

Given our finding that dependants' claims for loss of guidance, care and companionship may be brought under Canadian maritime law without resort to provincial statutes, it is unnecessary to address the constitutional applicability of Part V of

réparation du préjudice résultant d'un accident mortel que pour ceux qui demandent réparation du préjudice corporel. C'est pourquoi nous sommes d'avis qu'il est nécessaire de modifier la définition des «dommages-intérêts» dans le contexte des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation pour que les règles non législatives du droit maritime concordent avec les conceptions modernes d'équité et de justice et suivent en outre «l'évolution et le dynamisme de la société»: *Salituro*, précité, à la p. 670. De plus, la preuve présentée par les intimés, la succession Perry, relativement au caractère généralisé de cette interprétation élargie des dommages-intérêts qu'il est possible d'obtenir permet de conclure que la nouvelle définition a été «mis[e] à l'épreuve» et n'entraîne pas de conséquences imprévisibles ou complexes: *Bow Valley Husky*, précité, à la p. 1265. Aucune des parties n'a soumis à notre Cour d'éléments de preuve ou de commentaires étayant la conclusion contraire. Il n'y a en outre aucune raison de croire qu'autoriser les actions en dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie empêcherait le Canada de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de traités internationaux, nuirait à ses relations avec d'autres pays maritimes ou porterait atteinte au droit maritime international. En résumé, le critère permettant la réforme par les tribunaux des règles non législatives du droit maritime canadien est respecté. En arrivant à cette conclusion, nous notons que l'action en dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie résultant du préjudice corporel subi par un tiers ne pourra réussir que si le demandeur est en mesure d'établir, en plus des autres éléments de la demande, que le préjudice corporel infligé était suffisamment grave pour entraîner la privation des conseils, des soins et de la compagnie de la victime.

Comme nous avons conclu qu'il est possible pour des personnes à charge d'intenter, en vertu du droit maritime canadien, des demandes en réparation au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie sans avoir à invoquer les lois provinciales, il est inutile d'examiner l'applicabilité constitutionnelle de la partie V de la *Loi sur le droit de* 103

the *Family Law Act* to a maritime law claim for loss of guidance, care and companionship.

(b) *Eligible Dependants*

104 There are three issues with respect to the eligibility of dependants to claim damages, namely (1) whether siblings qualify as "dependants" with respect to a fatal accident claim; (2) whether siblings qualify as "dependants" with respect to a personal injury claim; and (3) whether, in the case of a dependant's claim arising from a personal injury, the class of dependants is limited to that allowed under the common law *actio per quod servitium amisit* and *actio per quod consortium amisit.*

105 Dependants' fatal accident claims are a creature of statute, beginning with *Lord Campbell's Act* and continuing in the maritime law context with the *Canada Shipping Act.* In the absence of a statutory enactment permitting the claims, the old common law bar to actions founded upon the death of a third party would apply: *Baker v. Bolton, supra.* As such, the class of eligible plaintiffs is to be found in the relevant statute and nowhere else. In the maritime context, s. 645 of the *Canada Shipping Act* sets out the list of eligible plaintiffs in clear terms:

645. In this Part,

"child" includes a son, daughter, grandson, granddaughter, stepson, stepdaughter, adopted child and a person to whom a deceased person stood *in loco parentis*;

"dependants" means the wife, husband, parents and children of a deceased person;

la famille à une demande en réparation de la perte de conseils, de soins et de compagnie relevant de droit maritime.

b) *Les personnes à charge admises à demander réparation*

Trois questions se posent quant aux personnes à charge admises à demander des dommages-intérêts: (1) Les frères et sœurs sont-ils des «personnes à charge» aux fins d'une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel? (2) Les frères et sœurs sont-ils des «personnes à charge» aux fins d'une demande en réparation du préjudice corporel? (3) Dans le cas d'une demande en réparation du préjudice corporel, la catégorie des personnes à charge est-elle limitée aux personnes autorisées à intenter les recours de common law que sont l'action *per quod servitium amisit* et l'action *per quod consortium amisit*?

La demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulée par une personne à charge est une création de la loi, qui trouve sa source dans la *Lord Campbell's Act* et qui continue à exister en droit maritime en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada.* En l'absence d'un texte législatif autorisant cette demande, l'ancienne fin de non-recevoir prévue par la common law et empêchant les actions fondées sur le décès d'autrui s'appliquerait: *Baker c. Bolton*, précité. C'est donc dans la loi pertinente et nulle part ailleurs qu'il faut chercher qui sont les personnes admises à demander réparation. En matière maritime, l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* indique clairement qui elles sont:

645. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«enfant» Fils, fille, petit-fils, petite-fille, beau-fils par remariage, belle-fille par remariage, enfant adopté et personne à qui le défunt tenait lieu de parent.

«parent» Le père, la mère, le grand-père, la grand-mère, le beau-père par remariage, la belle-mère par remariage, une personne qui a adopté un enfant, et une personne qui a tenu lieu de parent au défunt.

"parent" includes a father, mother, grandfather, grandmother, stepfather, stepmother, a person who adopted a child, and a person who stood *in loco parentis* to a deceased person.

«personnes à charge» L'épouse, le mari, les parents et les enfants du défunt.

The list does not include siblings. The question is therefore whether it would be appropriate for the courts to reform non-statutory maritime law to allow for the bringing of a dependant's fatal accident claim by a sibling.

La liste ne comprend pas les frères et sœurs. La question est donc de savoir s'il conviendrait que les tribunaux modifient les règles non législatives du droit maritime pour permettre aux frères et sœurs d'une victime d'accident mortel d'intenter une demande en réparation à titre de personnes à charge.

We agree with the Court of Appeal for Ontario that, although it may be desirable for Parliament to expand the list of eligible dependants under s. 645 of the *Canada Shipping Act*, it would be inappropriate for the courts to undertake this task unilaterally by reforming non-statutory maritime law in order to supplement the statutory provision. Through the *Canada Shipping Act*, Parliament has spoken as to the class of eligible plaintiffs in the case of a fatal accident. For this Court to reform the law to expand the class would be to effect a legislative and not a judicial change in the law.

Tout comme la Cour d'appel de l'Ontario, nous croyons que, même s'il est peut-être souhaitable que le Parlement ajoute à la liste des personnes à charge admises à agir en réparation en vertu de l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, il ne conviendrait pas pour les tribunaux de se lancer unilatéralement dans cette tâche en modifiant les règles non législatives du droit maritime afin de compléter la disposition législative. Le Parlement a prévu dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui peut demander réparation dans le cas d'un accident mortel. En modifiant la loi pour élargir la catégorie des personnes admises à agir, notre Cour effectuerait une modification législative et non une modification judiciaire. 106

The class of eligible plaintiffs with respect to dependants' personal injury claims is not prescribed by statute, but rather derives from the common law. However, it would be arbitrary for this Court to expand the class of eligible plaintiffs in personal injury cases to include siblings while keeping the class of eligible plaintiffs in fatal accident cases circumscribed by the limits established by Parliament in s. 645 of the *Canada Shipping Act*. None of the parties has suggested any reason to apply a different definition of "dependant" from that selected by Parliament, based solely upon the nature of the harm suffered by the victim. Accordingly, we do not consider it appropriate to reform non-statutory maritime law to permit dependants' personal injury claims by siblings.

La catégorie des personnes admises à demander réparation du préjudice corporel à titre de personnes à charge n'est pas prescrite par la loi, mais découle plutôt de la common law. Toutefois, notre Cour agirait arbitrairement en élargissant cette catégorie de personnes afin d'y inclure les frères et les sœurs tout en conservant les limites fixées par le Parlement à l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* quant aux personnes admises à agir en réparation dans le cas d'un accident mortel. Aucune des parties n'a fourni de motifs pour justifier l'application d'une définition de «personnes à charge» différente de celle choisie par le Parlement, en fonction seulement de la nature du préjudice subi par la victime. En conséquence, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de modifier les règles non législatives du droit maritime pour permettre aux frères et sœurs de formuler des demandes en réparation du préjudice corporel à titre de personnes à charge. 107

108 Alternatively, to the extent that there may be any question as to limits having been placed upon the class of eligible dependants in personal injury cases by the old common law *actio per quod servitium amisit* and *actio per quod consortium amisit*, we consider it appropriate at this time to define the class of dependants in personal injury cases in the same manner as the class of dependants in fatal accident cases is defined in s. 645 of the *Canada Shipping Act*. A "dependant" in the context of a personal injury dependant's claim is a wife, husband, parent or child, as those terms are defined in s. 645 (including a person to whom the deceased person stood *in loco parentis*, as well as a person who stood *in loco parentis* to the deceased). Such dependants may make the same claims for damages as can dependants bringing fatal accident claims. We make this change in the law, if indeed it is a change, for the same reasons provided above in expanding the definition of "damages" to include damages for loss of guidance, care and companionship.

Subsidiairement, dans la mesure où l'on peut s'interroger sur les limites que peuvent avoir imposées les anciennes actions de common law *per quod servitium amisit* et *per quod consortium amisit* à la catégorie des personnes à charge admises à demander réparation en cas de préjudice corporel, nous estimons qu'il convient à ce stade-ci de définir cette catégorie de personnes de la manière qui est prévue à l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* pour les cas d'accidents mortels. Dans le cadre d'une demande en réparation du préjudice corporel, l'expression «personnes à charge» s'entend de l'épouse, du mari, des parents ou des enfants suivant la définition de ces termes à l'art. 645 (y compris la personne à qui le défunt tenait lieu de parent de même que la personne qui a tenu lieu de parent au défunt). Ces personnes à charge peuvent intenter les mêmes actions en dommages-intérêts que les personnes à charge qui demandent réparation du préjudice résultant d'un accident mortel. Nous apportons cette modification au droit, si modification réelle il y a, pour les mêmes motifs que ceux qui nous ont conduit précédemment à élargir la définition du mot «dommages-intérêts» pour y inclure les dommages-intérêts pour la perte de conseils, de soins et de compagnie.

109 The final issue with respect to the *Family Law Act*, given that Canadian maritime law itself does not allow for dependants' claims by siblings, is the constitutional applicability of Part V of the *Family Law Act* to allow for the bringing of such a claim, whether involving a fatal accident or personal injury. We find that in the circumstances as discussed above the provisions of the *Family Law Act* cannot apply. The determination of the eligible class of plaintiffs with respect to maritime negligence actions is clearly an issue of maritime negligence law falling within the core of Parliament's exclusive competence over navigation and shipping. The application of the *Family Law Act* in this context would have the effect of altering existing rules of federal maritime negligence law, and as such would constitute an unjustified intrusion upon a matter outside the jurisdiction of the provincial legislature. This is not a situation in which a provincial statute regulates a matter which is entirely

Le dernier point qui se pose relativement à la *Loi sur le droit de la famille*, étant donné que le droit maritime canadien lui-même ne permet pas aux frères et sœurs de demander réparation à titre de personnes à charge, est l'applicabilité constitutionnelle de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* en vue d'autoriser l'exercice d'un tel recours, qu'il s'agisse d'un accident mortel ou d'un préjudice corporel. Nous estimons que, dans les circonstances examinées précédemment, les dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* ne peuvent pas s'appliquer. La détermination de la catégorie des demandeurs admis à intenter des actions pour négligence en matière maritime est clairement une question qui intéresse les règles relatives à la négligence du droit maritime et participe du contenu essentiel de la compétence exclusive du Parlement en matière de navigation et d'expéditions par eau. L'application de la *Loi sur le droit de la famille* dans ce contexte aurait pour

unregulated by federal law and which, it might be argued, does not fall within the core of the federal power. As such, s. 61(1) and (2)(e) of the Ontario *Family Law Act* must be read down so as not to apply to maritime negligence claims.

(3) Is the *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels* constitutionally inapplicable and/or *ultra vires* insofar as it purports to govern losses or damages arising out of a boating accident?

It is unnecessary to answer this constitutional question, for the following reasons. First, most if not all of the plaintiffs' submissions with respect to the applicability of the *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels* were designed to address the possibility that this Court might find that the Federal Court, Trial Division has exclusive jurisdiction to try a dependant's fatal accident claim under s. 646 of the *Canada Shipping Act*. Given our finding that the Ontario Court (General Division) shares concurrent jurisdiction over such claims, the relevance of any potential cause of action under the older statute decreases significantly, if not entirely.

Second, this Canadian version of *Lord Campbell's Act* was repealed by the legislature of Ontario in 1911 and replaced by what ultimately became the *Family Law Act*: *Fatal Accidents Act*, S.O. 1911, c. 33, s. 11. Insofar as the constitutional applicability of the statute is relevant, therefore, it is only in its capacity as a federal statute. The parties have made detailed submissions regarding the possible federal status of the statute, with the

effet de modifier les règles relatives à la négligence existantes du droit maritime fédéral, ce qui constituerait une intrusion injustifiée dans une matière soustraite à la compétence de la législature provinciale. Il ne s'agit pas ici d'un cas où la loi provinciale régit une question qui n'est pas réglementée du tout par le droit fédéral et qui, on pourrait le soutenir, ne fait pas partie du contenu essentiel de la compétence fédérale. En tant que tels, le par. 61(1) et l'al. 61(2)e) de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario doivent faire l'objet d'une interprétation atténuée afin que les actions pour négligence en matière maritime leur échappent.

(3) L'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel* est-il constitutionnellement inapplicable ou est-il *ultra vires* dans la mesure où il vise à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de navigation?

Il est inutile de répondre à cette question constitutionnelle pour les motifs suivants. Premièrement, la plupart sinon tous les arguments des demandeurs eu égard à l'applicabilité de l'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel* étaient liés à la possibilité que notre Cour conclue à la compétence exclusive de la Cour fédérale, Section de première instance, pour connaître de la demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge en vertu de l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Comme nous avons conclu que la Cour de l'Ontario (Division générale) a compétence concurrente sur de telles demandes, la pertinence d'une cause d'action éventuelle en vertu de l'ancienne loi diminue considérablement, voire disparaît complètement. 110

Deuxièmement, cette version canadienne de la *Lord Campbell's Act* a été abrogée par la législature de l'Ontario en 1911 et remplacée par ce qui est finalement devenu la *Loi sur le droit de la famille*: *Fatal Accidents Act*, S.O. 1911, ch. 33, art. 11. Dans la mesure où l'applicabilité constitutionnelle de la loi est pertinente, ce n'est donc qu'en sa qualité de loi fédérale. Les parties ont fait valoir des arguments détaillés quant à la possibilité 111

plaintiffs arguing that the colonial statute became a federal statute, pursuant to s. 129 of the *Constitution Act, 1867*, insofar as it applied to matters within federal jurisdiction (such as navigation and shipping). We do not find it necessary to rule on the issue of whether it is federal law. We agree with the Court of Appeal for Ontario that, if it is federal law, the former colonial statute has been effectively replaced, even it has not been formally or impliedly repealed. The statute is currently irrelevant, in the sense that there is no provision contained in the *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels* of which the plaintiffs do not already have the advantage pursuant to the provisions of the *Canada Shipping Act*.

que la loi ait un caractère fédéral, les demandeurs soutenant que la loi coloniale était devenue une loi fédérale en vertu de l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans la mesure où elle s'appliquait à des questions relevant de la compétence fédérale (telles la navigation et les expéditions par eau). Nous estimons qu'il est inutile de statuer sur la question de savoir s'il s'agit de droit fédéral. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario pour dire que s'il s'agit de droit fédéral, l'ancienne loi coloniale a effectivement été remplacée, même si elle n'a pas été formellement ni implicitement abrogée. La loi n'est pas pertinente à l'heure actuelle parce que l'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel* ne renferme aucune disposition dont les demandeurs ne peuvent déjà se prévaloir en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

112 Although it was not stated as a constitutional question, the parties have also made submissions before this Court regarding the status of the English *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908* insofar as those Acts may have been incorporated as part of Canadian maritime law in 1934. As it is not necessary to do so, we will not discuss the issue of whether the English Acts are part of Canadian maritime law. The comments just made with respect to the *Canada Shipping Act* having replaced the relevant provisions of the Canadian Act apply with equal force to the provisions of the English Acts.

Bien qu'elles n'aient pas formulé de question constitutionnelle à cet égard, les parties ont aussi présenté des arguments devant notre Cour relativement à la place des *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908* d'Angleterre, dans la mesure où ces lois peuvent avoir été incorporées au droit maritime canadien en 1934. Comme cela n'est pas nécessaire, nous n'examinerons pas la question de savoir si ces lois anglaises font partie du droit maritime canadien. Les commentaires qui précèdent sur le remplacement des dispositions pertinentes de la loi canadienne par la *Loi sur la marine marchande du Canada* s'appliquent de la même manière aux dispositions des lois anglaises.

(4) Is s. 38(1) of the Ontario *Trustee Act* constitutionally inapplicable and/or *ultra vires* insofar as it purports to govern losses or damages arising out of a boating accident?

(4) Le paragraphe 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires* est-il constitutionnellement inapplicable ou est-il *ultra vires* dans la mesure où il vise à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de navigation?

113 Subsection 38(1) of the *Trustee Act* provides for the bringing of a negligence claim by the executor of a deceased in the deceased's name, in the following terms:

Le paragraphe 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires* prévoit que l'exécuteur testamentaire peut intenter au nom du défunt une action pour négligence:

38. — (1) Except in cases of libel and slander, the executor or administrator of any deceased person may maintain an action for all torts or injuries to the person or to the property of the deceased in the same manner

38 (1) Sauf dans les cas de libelle diffamatoire et de diffamation verbale, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur successoral d'un défunt peut ester en justice pour tous les délits et préjudices touchant la

and with the same rights and remedies as the deceased would, if living, have been entitled to do, and the damages when recovered shall form part of the personal estate of the deceased but if death results from such injuries no damages shall be allowed for the death or for the loss of the expectation of life, but this proviso is not in derogation of any rights conferred by Part V of the *Family Law Act*. [Emphasis added.]

personne ou les biens du défunt de la même manière que le défunt aurait pu le faire de son vivant et avec les mêmes droits et recours que ceux auxquels celui-ci aurait alors eu droit. Les dommages-intérêts, lorsqu'ils sont recouvrés, font partie des biens meubles du défunt. Toutefois, si le décès résulte de tels préjudices, aucuns dommages-intérêts ne doivent être accordés pour le décès ni pour la perte de l'espérance de vie; la présente réserve n'est toutefois pas dérogatoire aux droits conférés par la partie V de la *Loi sur le droit de la famille*. [Nous soulignons.]

There is no counterpart to s. 38(1) in Canadian maritime law. In particular, s. 645 of the *Canada Shipping Act*, which describes the class of eligible plaintiffs for the purpose of a dependant's fatal accident claim, is concerned only with dependants of the deceased and does not address itself to actions by the deceased's estate itself. The common law rule that an action for damages does not survive the death of the plaintiff (*actio personalis moritur cum persona*) applies to bar claims brought by an executor in the name of the deceased: *Walpole v. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113 (P.C.), at p. 118. In view of this common law bar, which it described as a "gap" in Canadian maritime law, the Court of Appeal for Ontario concluded that s. 38(1) of the *Trustee Act* could be applied to permit claims by executors in maritime negligence actions, without "compromis[ing] the fundamental principles of Canadian maritime law or the uniformity of that law" (p. 670). With respect, we find that it was unnecessary for the Court of Appeal to decide upon the applicability of the *Trustee Act* in order to resolve the issue of whether the executors in the instant appeals are permitted to bring claims in the name of the deceased victims. The issue can be resolved by judicial reform of the common law bar against the survival of actions in the maritime context.

114 Il n'existe en droit maritime canadien aucune disposition analogue au par. 38(1). En particulier, l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui définit la catégorie des personnes à charge admises à demander réparation du préjudice résultant d'un accident mortel, ne concerne que les personnes à charge de la victime décédée et ne vise pas les actions intentées par la succession du défunt elle-même. La règle de common law suivant laquelle l'action en dommages-intérêts s'éteint avec le demandeur (*actio personalis moritur cum persona*) constitue une fin de non-recevoir aux demandes intentées par l'exécuteur testamentaire au nom du défunt: *Walpole c. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113 (C.P.), à la p. 118. En raison de cette fin de non-recevoir prévue par la common law, qu'elle a décrite comme un «vide» du droit maritime canadien, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires* pouvait s'appliquer pour permettre aux exécuteurs testamentaires de présenter des demandes dans le cadre d'actions pour négligence en matière maritime, sans [TRADUCTION] «remettre en question les principes fondamentaux du droit maritime canadien ni l'uniformité de ce droit» (à la p. 670). Avec égards, nous estimons qu'il était inutile pour la Cour d'appel de statuer sur l'applicabilité de la *Loi sur les fiduciaires* pour trancher la question de savoir si les exécuteurs testamentaires, dans les présents pourvois, sont autorisés à former des demandes au nom des victimes décédées. Cette question peut être tranchée par la réforme judiciaire de la fin de non-recevoir prévue par la common law qui empêche la survie des actions en justice dans le domaine maritime.

115 The anachronism and unfairness of applying the *actio personalis moritur cum persona* rule in maritime negligence actions is well illustrated by the fact that all common law jurisdictions in Canada have enacted legislation abolishing the rule, and now permit recovery by estates of deceased persons: Waddams, *supra*, at p. 12-1. The *Civil Code of Québec* (art. 625) and before it the *Civil Code of Lower Canada* (arts. 596, 607) have long permitted actions to be brought by (what is now known as) the liquidator of the deceased's estate: see J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, eds., *Quebec Civil Law* (1993), at pp. 331 *et seq.* The common law rule was similarly abolished in the United Kingdom more than 60 years ago: *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934* (U.K.), 24 & 25 Geo. 5, c. 41, s. 1(1). In the context of such widespread and longstanding legislative opposition to the rule, it is clear that reform of the rule in Canadian maritime law is necessary in order to achieve justice and to bring the law into harmony with changes in society: *Salituro*, *supra*.

Le fait que toutes les provinces de common law du Canada aient adopté des dispositions législatives abolissant la règle *actio personalis moritur cum persona* et autorisent dorénavant les successions à agir en réparation illustre bien l'anachronisme et l'iniquité que constitue l'application de cette règle dans les actions pour négligence en matière maritime: Waddams, *op. cit.*, à la p. 12-1. Le *Code civil du Québec* (art. 625) et, auparavant, le *Code civil du Bas Canada* (art. 596 et 607) permettent depuis longtemps que des actions soient intentées par (celui qu'on appelle aujourd'hui) le liquidateur des biens du défunt: voir J. E. C. Brierly et R. A. Macdonald, éd., *Quebec Civil Law* (1993), aux pp. 331 et suiv. La règle de common law a également été abolie au Royaume-Uni il y a plus de 60 ans: *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934* (U.K.), 24 & 25 Geo. 5, ch. 41, par. 1(1). L'opposition législative à cette règle existe depuis si longtemps et est si répandue qu'il est évident que la modification de cette règle en droit maritime canadien est essentielle pour en arriver à assurer la justice et pour harmoniser le droit et les changements de la société: *Salituro*, précité.

116 Like the rejection of the principle in *Baker v. Bolton*, *supra*, with respect to damages for loss of guidance, care and companionship, the rejection of the *actio personalis moritur cum persona* rule has been tried and tested in other jurisdictions. Changing the rule to allow for executors' claims under non-statutory maritime law will not have complex or unforeseeable consequences. Moreover, introducing survival of actions into Canadian maritime law will not disturb the uniformity of Canadian maritime law. To the contrary, on an international level, the reform will bring Canadian maritime law into harmony with what is already the dominant practice in both civilian and common law jurisdictions around the world. On a national level, the reform will bring maritime law into conformity with the general practice in all other jurisdictions within the country.

Tout comme le rejet du principe énoncé dans l'arrêt *Baker c. Bolton*, précité, relativement aux dommages-intérêts pour perte de conseils, de soins et de compagnie, le rejet de la règle *actio personalis moritur cum persona* a été mis à l'épreuve dans d'autres provinces. Modifier la règle pour permettre aux exécuteurs testamentaires d'agir en vertu du droit maritime non législatif n'aura pas de conséquences imprévisibles ou complexes. De plus, permettre la survie des actions en justice en droit maritime canadien ne portera pas atteinte à son uniformité. Au contraire, sur le plan international, cette réforme harmonisera le droit maritime canadien et ce qui constitue déjà la pratique courante dans les pays de common law et de tradition civiliste un peu partout dans le monde. Sur le plan national, la réforme fera concorder le droit maritime et les pratiques générales suivies dans toutes les autres provinces du pays.

117 To conclude on this point, we would permit an executor or administrator to bring a claim in the

Pour terminer sur ce point, nous sommes d'avis de permettre aux exécuteurs testamentaires ou aux

deceased's name for negligence to the person of the deceased in the same manner and with the same rights as the deceased would have been entitled to do, had he or she lived. We would not permit damages to be claimed for the death or the loss of expectation of life. In so permitting an executor or administrator to bring such a claim, we would also include within this change in the common law the related principles and procedures that are necessarily implied by or connected with executors' or administrators' claims for the proper enforcement of such claims.

(5) Are the contributory negligence provisions of the Ontario *Negligence Act* constitutionally inapplicable and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident?

The Court of Appeal for Ontario, applying the principles articulated in *Stein*, *supra*, permitted the application of the *Negligence Act* in order to determine issues of contributory negligence in these actions. However, the Court of Appeal did not have the benefit of the judgment of this Court in *Bow Valley Husky*, *supra*, at the time it decided this issue. *Bow Valley Husky* makes it unnecessary to answer the constitutional question of whether the *Negligence Act* may apply. Prior to *Bow Valley Husky*, contributory negligence was a full defence to a maritime negligence claim, in accordance with the prevailing common law rule: *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] S.C.R. 315; *Fraser River Harbour Commission v. The "Hiro Maru"*, [1974] F.C. 490 (T.D.). *Bow Valley Husky* reformed maritime common law to allow for the apportionment of liability between defendants according to fault, as well as for joint and several liability and a right of contribution between defendants.

The principles established in *Bow Valley Husky* apply to the present actions. Any liability found

administrateurs successoraux d'intenter au nom du défunt des actions pour négligence de la même manière que le défunt aurait pu le faire de son vivant et en exerçant les droits dont il aurait alors joui. Nous estimons qu'il n'y a pas lieu de les autoriser à réclamer des dommages-intérêts pour le décès ni pour la perte de l'espérance de vie. Ce changement que nous apportons à la common law en autorisant les exécuteurs testamentaires ou les administrateurs successoraux à intenter ce genre d'action vise également les principes et la procédure implicites ou connexes essentiels à l'exercice de ces demandes.

(5) Les dispositions de la *Loi sur le partage de la responsabilité* de l'Ontario sont-elles constitutionnellement inapplicables ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de navigation?

118 Suivant les principes formulés dans l'arrêt *Stein*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a permis l'application de la *Loi sur le partage de la responsabilité* pour trancher la question de la négligence contributive en l'espèce. Toutefois, au moment où elle a statué sur cette question, la Cour d'appel ne pouvait avoir pris connaissance de l'arrêt de notre Cour *Bow Valley Husky*, précité. Par suite de cet arrêt en effet, il devient inutile de répondre à la question constitutionnelle concernant l'application de la *Loi sur le partage de la responsabilité*. Avant l'arrêt *Bow Valley Husky*, la négligence contributive constituait une défense pleine et entière à une action pour négligence en matière maritime, conformément à la règle de common law alors applicable: *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510; *Gartland Steamship Co. c. The Queen*, [1960] R.C.S. 315; *Commission de port du Fraser c. Le «Hiro Maru»*, [1974] C.F. 490 (1re inst.). L'arrêt *Bow Valley Husky* a modifié la common law applicable en matière maritime pour permettre le partage de la responsabilité entre les défendeurs selon la faute et prévoir leur responsabilité solidaire ainsi que le droit pour chacun de réclamer aux autres leur part de l'indemnité.

119 Les principes établis dans l'arrêt *Bow Valley Husky* s'appliquent en l'espèce. La responsabilité

should be apportioned in proportion to fault. In the absence of any indication that Parliament intended that liability should be other than joint and several, this should be the principle of liability. There shall be contribution between tortfeasors.

C. *Limitation Period*

120 In the three Lake Joseph actions, a final issue to be resolved is whether the fatal accident claims are statute-barred.

121 The defendants submit that the Court of Appeal for Ontario was correct in concluding that the applicable limitation period for bringing a dependant's fatal accident claim under s. 646 of the *Canada Shipping Act* is the one-year period specified in s. 649 of the Act. However, they submit that the Court of Appeal erred in concluding that it possessed the inherent jurisdiction to extend a limitation period where special circumstances warrant it, and in concluding that special circumstances exist in the Lake Joseph actions which justified the extension of the one-year limitation period. The Lake Joseph plaintiffs, for their part, submit that there is another limitation period, contained in s. 572(1) of the *Canada Shipping Act*, which is equally applicable to these actions and which sets the limitation period at two years. They submit that the Court of Appeal was not required to address whether it had the inherent jurisdiction to extend the one-year limitation period because the claims are governed by the two-year period in s. 572(1). The dispute over which limitation period should apply is relevant because all three of the Lake Joseph actions were instituted more than one year but less than two years after the date of the accident.

122 Again, as for the issue of jurisdiction discussed at the start of these reasons, it is important to be clear from the outset regarding the specific claims which it is alleged are statute-barred. The Court of Appeal found, and we agree with their conclusion, that the claims by Peter Hall's dependants in relation to his personal injury are subject to the two-

doit être partagée proportionnellement à la faute. En l'absence de toute indication que le Parlement voulait que la responsabilité soit autre que solidaire, c'est le principe de responsabilité qui doit s'appliquer. Il y a contribution entre les auteurs de délits.

C. *Le délai de prescription*

Le dernier point à trancher dans le cas des trois actions du lac Joseph est celui de savoir si les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel sont prescrites.

Les défendeurs soutiennent que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à juste titre que le délai dans lequel une personne à charge doit intenter une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel en vertu de l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* est le délai d'un an prévu à l'art. 649 de la Loi. Ils soutiennent toutefois que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant d'une part qu'elle possédait la compétence inhérente pour proroger un délai de prescription lorsque des circonstances particulières le justifient et, d'autre part, qu'il existe dans le cas des actions du lac Joseph des circonstances particulières justifiant la prorogation du délai d'un an. Les demandeurs aux actions du lac Joseph soutiennent de leur côté que le par. 572(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoit un délai de deux ans qui s'applique lui aussi à ces actions. Ils affirment que la Cour d'appel n'était pas tenue d'examiner si elle possédait la compétence inhérente lui permettant de proroger le délai d'un an parce que les demandes sont assujetties au délai de deux ans prévu au par. 572(1). Cette divergence d'opinions quant au délai de prescription applicable est pertinente parce que les trois actions du lac Joseph ont été intentées plus d'un an mais moins de deux ans après l'accident.

Encore une fois, comme ce fut le cas pour la question de la compétence qui a été examinée au début des présents motifs, il est important d'indiquer clairement dès le départ quelles sont les demandes qui seraient prescrites. La Cour d'appel a conclu, et nous sommes d'accord avec elle, que les demandes formées par les personnes à charge

year limitation period contained in s. 572(1) of the *Canada Shipping Act* and not the one-year period in s. 649. The defendants concede that this is the case, and contest only the issue of whether fatal accident claims brought pursuant to Part XIV of the *Canada Shipping Act* are subject to the two-year limitation period. The defendants also concede that Peter Hall's and Josephine Perry's claims for damages resulting from their own injuries (although not their claims for damages as dependants in relation to the death of their respective spouses) are subject to the two-year period in s. 572(1).

de Peter Hall en réparation du préjudice corporel que celui-ci a subi sont assujetties au délai de prescription de deux ans prévu au par. 572(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et non au délai d'un an prévu à l'art. 649. Les défendeurs le reconnaissent et contestent uniquement la question de savoir si les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel fondées sur la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* sont assujetties au délai de prescription de deux ans. Ils reconnaissent aussi que les actions en dommages-intérêts intentées par Peter Hall et Josephine Perry pour le préjudice corporel qu'ils ont eux-mêmes subi (mais non leurs actions en dommages-intérêts à titre de personnes à charge relativement au décès de leur conjoint respectif) sont assujetties au délai de deux ans prévu au par. 572(1).

The primary source of the difficulty with respect to the applicable limitation period is the *Canada Shipping Act* itself, which provides two different limitation periods, each of which could apply to a dependant's fatal accident claim arising out of a boating collision. In Part XIV of the *Canada Shipping Act*, which deals with dependants' fatal accident claims, s. 649 provides as follows:

123 L'origine du problème en ce qui concerne le délai de prescription applicable est la *Loi sur la marine marchande du Canada* elle-même qui prévoit deux délais de prescription différents, chacun de ceux-ci pouvant s'appliquer à une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel intentée par une personne à charge à la suite d'une collision maritime. Dans la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui traite des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentées par des personnes à charge, l'art. 649 est libellé de la manière suivante:

649. Not more than one action lies for and in respect of the same subject-matter of complaint, and every action shall be commenced not later than twelve months after the death of a deceased. [Emphasis added.]

649. Une seule action est recevable à l'égard de la même plainte, et toute action de ce genre doit être intentée dans les douze mois qui suivent le décès du défunt. [Nous soulignons.]

By contrast, Part IX of the *Canada Shipping Act*, which deals with collisions between vessels (including collisions resulting in death), also contains a provision establishing a limitation period. Section 572 reads in relevant part as follows:

Par ailleurs, la partie IX de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui traite des abordages entre bâtiments (dont les collisions entraînant un décès) contient aussi une disposition prévoyant un délai de prescription. Les dispositions pertinentes de l'art. 572 sont les suivantes:

572. (1) No action is maintainable to enforce any claim or lien against a vessel or its owners in respect of any damage or loss to another vessel, its cargo or freight, or any property on board that vessel, or for damages for loss of life or personal injuries suffered by any person on board that vessel, caused by the fault of the

572. (1) Nulle action n'est soutenable aux fins d'exercer une réclamation ou un privilège contre un bâtiment ou contre ses propriétaires relativement à toute avarie ou perte causée à un autre bâtiment, sa cargaison ou son fret, ou à des biens à bord de ce bâtiment, ou relativement à des dommages-intérêts pour mort ou blessures

former vessel, whether that vessel is wholly or partly at fault, unless proceedings therein are commenced within two years from the date when the damage or loss or injury was caused. [Emphasis added.]

. . .

(3) Any court having jurisdiction to deal with an action to which this section relates may, in accordance with the rules of court, extend any period described in subsection (1) or (2) to such extent and on such conditions as it thinks fit, and shall, if satisfied that there has not during such period been any reasonable opportunity of arresting the defendant vessel within the jurisdiction of the court, or within the territorial waters of the country to which the plaintiff's ship belongs or in which the plaintiff resides or has his principal place of business, extend any period to an extent sufficient to give that reasonable opportunity.

124 In holding that the applicable limitation period for dependants' fatal accident claims is the one-year period dictated by s. 649, the Court of Appeal relied upon the proposition that the fatal accidents provisions of Part XIV of the *Canada Shipping Act* constitute a cohesive whole or a complete code, to which s. 572(1) can have no application. The court also relied upon what it perceived as the illogic of having a different limitation period apply depending upon whether or not a cause of action arises from a collision or from some other form of boating accident. With respect, we disagree with the Court of Appeal's reasoning and conclusion on this point. We find that fatal accident claimants under s. 646 are able to benefit from the two-year limitation period prescribed by s. 572(1), in situations where death was caused as a result of a boating collision.

(1) Part XIV Is Not a Complete Code

125 As we have already discussed above in our reasons with respect to the jurisdiction of the Ontario Court (General Division), as well as regarding the

d'une personne à bord du bâtiment, occasionnées par la faute du premier bâtiment, que ce bâtiment soit entièrement ou partiellement en faute, à moins que les procédures ne soient intentées dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle l'avarie ou la perte ou la mort ou les blessures ont été causées. [Nous soulignons.]

. . .

(3) Tout tribunal compétent pour connaître d'une action à laquelle se rapporte le présent article peut, conformément aux règles du tribunal, proroger les délais prévus aux paragraphes (1) ou (2) dans la mesure et aux conditions qu'il juge convenables, et s'il est convaincu qu'il ne s'est présenté, au cours de ce délai, aucune occasion raisonnable de saisir le navire du défendeur dans les limites de la juridiction qui lui est attribuée ou dans les limites des eaux territoriales du pays auquel appartient le navire du demandeur ou dans lequel le demandeur réside ou a son principal lieu d'affaires, il doit proroger les délais d'une période suffisante pour procurer cette occasion raisonnable.

Pour statuer que le délai de prescription applicable aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées par des personnes à charge est le délai d'un an prescrit par l'art. 649, la Cour d'appel s'est appuyée sur le principe que les dispositions de la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* concernant les accidents mortels constituent un tout cohérent ou un code complet, ce qui exclut l'application du par. 572(1). La cour a aussi estimé qu'il était illogique qu'un délai de prescription différent s'applique selon que la cause d'action découle d'une collision ou d'une autre forme d'accident de navigation. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord avec le raisonnement et la conclusion de la Cour d'appel sur ce point. Nous estimons que les personnes qui demandent réparation du préjudice résultant d'un accident mortel en vertu de l'art. 646 peuvent se prévaloir du délai de prescription de deux ans prévu au par. 572(1) dans les cas où le décès a été causé par une collision maritime.

(1) La partie XIV n'est pas un code complet

Comme nous l'avons déjà indiqué dans nos motifs relatifs à la compétence de la Cour de l'Ontario (Division générale) de même qu'en ce qui

many sources of Canadian maritime law, Part XIV of the *Canada Shipping Act* does not constitute a cohesive whole or a complete code with respect to dependants' fatal accident claims. Rather, Part XIV must be read in conjunction with other provisions of the *Canada Shipping Act*, and with other sources of Canadian maritime law including international treaties to which Canada is a signatory which deal with fatal accident issues. Indeed, the argument that Part XIV is a complete code ignores the provisions in the *Canada Shipping Act* outside of Part XIV which refer to the bringing of an action for loss of life, and renders them meaningless. Parliament, in enacting what is now Part XIV without removing other references to loss of life claims elsewhere in the statute, must be assumed to have intended that the various provisions should co-exist and be interpreted in light of one another.

concerne les nombreuses sources du droit maritime canadien, la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* n'est pas un tout cohérent ni un code complet applicable aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulées par des personnes à charge. Il faut plutôt interpréter la partie XIV à la lumière des autres dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et des autres sources du droit maritime canadien, notamment les traités internationaux dont le Canada est signataire et qui portent sur la question des accidents mortels. En fait, l'argument selon lequel la partie XIV est en soi un code complet ne tient nullement compte des autres dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui renvoient à l'exercice d'une action en cas de décès, et il leur fait perdre tout leur sens. Il faut présumer qu'en adoptant ce qui constitue aujourd'hui la partie XIV sans supprimer ailleurs dans la Loi les renvois aux demandes en réparation du préjudice consécutif à un décès, le Parlement voulait que ces diverses dispositions coexistent et soient interprétées en fonction les unes des autres.

(2) The Logic and Policy of the Two-Year Limitation Period

Although it is difficult to discover a logic behind Parliament's decision to prescribe two different limitation periods for the same type of claim without providing any further guidance, there does appear to be a logic and a policy underlying Parliament's decision to extend the limitation period to two years for claims resulting from a collision.

(2) La logique et le fondement du délai de prescription de deux ans

126 Bien qu'il soit difficile de trouver une explication logique à la décision du Parlement de prévoir deux délais de prescription différents pour le même type de demande en réparation sans fournir d'autres précisions, il semble bel et bien y avoir une logique et un fondement à sa décision de porter à deux ans le délai de prescription dans le cas des demandes formées à la suite d'une collision.

In a collision situation, the plaintiff must identify the vessel at fault and those responsible for the navigation of that vessel. The vessel and its owners and operators may have left the jurisdiction and may be difficult to identify. If the claim is *in rem*, an opportunity must arise for the vessel to be arrested. All of these tasks necessarily require more time on the part of the plaintiff than is required in a non-collision case, where the defendants are far more likely to be present in the jurisdiction or at least identifiable. It is true that none of these factors may be relevant in practice with

127 Dans le cas d'une collision, le demandeur doit identifier le bâtiment en faute ainsi que les personnes responsables de la navigation du bâtiment. Il se peut que le bâtiment et ses propriétaires et exploitants aient quitté le pays et soient difficiles à identifier. S'il s'agit d'une action *in rem*, le bâtiment ne peut être saisi que lorsque l'occasion se présente. Le demandeur a obligatoirement besoin de plus de temps que dans les cas où il n'y a pas collision et où les défendeurs se trouvent vraisemblablement au pays ou, du moins, sont plus faciles à identifier. Certes, il se peut, en pratique,

respect to inland boating collisions such as that which has given rise to the Lake Joseph actions. However, the relevance of these factors to Parliament's decision to provide for a two-year limitation period in collision cases is clearly manifested in s. 572(3) of the *Canada Shipping Act*, which empowers a judge to extend the two-year period even further where he or she is satisfied that the plaintiff has not had a reasonable opportunity to arrest the defendant vessel. See also, regarding the purpose of extending the limitation period to two years, *The Alnwick*, [1965] 2 All E.R. 569 (C.A.), at pp. 572-73.

128 Beyond the logical argument for a longer limitation period in collision cases is a clear policy rationale for the enactment of what is now s. 572 of the *Canada Shipping Act*, namely, that Parliament in enacting and preserving the existence of s. 572 has sought to honour its international treaty obligations with respect to maritime collisions. A brief history of the section serves to illustrate Parliament's intention in this regard.

129 Prior to 1910, aside from the common law of the sea, no rules existed in international law to deal with the consequences of collisions between vessels. On September 23, 1910, representatives of several maritime states of the world convened at Brussels and signed the *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collisions between Vessels*, B.T.S. 1913 No. 4. Article 7 of the Convention reads in relevant part as follows:

ARTICLE 7.

Actions for the recovery of damages [resulting from a collision] are barred after an interval of two years from the date of the casualty.

. . .

The High Contracting Parties reserve to themselves the right to provide, by legislation in their respective countries, that the said periods shall be extended in cases where it has not been possible to arrest the defen-

qu'aucun de ces facteurs ne soit pertinent quant aux collisions maritimes survenant dans les eaux intérieures, comme ce fut le cas pour les actions du lac Joseph. Toutefois, la pertinence de ces facteurs dans la décision du Parlement de prévoir un délai de deux ans dans les cas de collision ressort clairement du par. 572(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui habilite un juge à proroger le délai de deux ans lorsqu'il est convaincu que le demandeur n'a pas eu une occasion raisonnable de saisir le bâtiment du défendeur. Voir aussi, en ce qui concerne le but de la fixation du délai de prescription à deux ans, l'arrêt *The Alnwick*, [1965] 2 All E.R. 569 (C.A.), aux pp. 572 et 573.

Par delà l'argument logique justifiant l'allongement du délai de prescription dans les cas de collisions, des raisons de principe claires sous-tendaient l'adoption de ce qui est aujourd'hui l'art. 572 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, savoir qu'en adoptant et en conservant l'art. 572, le Parlement voulait respecter les obligations qui lui incombent en vertu de traités internationaux dans les cas d'abordages. Un bref historique de l'article permet d'illustrer l'intention du Parlement à cet égard.

Avant 1910, en dehors des règles de common law applicables au domaine maritime, il n'existait aucune règle de droit international traitant des conséquences des abordages. Le 23 septembre 1910, les représentants de plusieurs États maritimes se sont réunis à Bruxelles pour signer la *Convention internationale pour l'Unification de certaines Règles en Matière d'Abordage*, B.T.S. 1913 nº 4. L'article 7 de la Convention porte notamment:

ARTICLE 7.

Les actions en réparation de dommages [subis par suite d'un abordage] se prescrivent par deux ans à partir de l'événement.

. . .

Les hautes parties contractantes se réservent le droit d'admettre dans leurs législations, comme prorogeant les délais ci-dessus fixés, le fait que le navire défendeur n'a pu être saisi dans les eaux territoriales de l'État dans

dant vessel in the territorial waters of the State in which the plaintiff has his domicile or principal place of business.

Great Britain was one of the signatories to the Brussels Convention and subsequently enacted the *Maritime Conventions Act, 1911* to give it effect. Section 8 of that Act adopts the two-year limitation period for damages for loss of life or personal injuries that was specified in Article 7 of the Convention. Canada was not an original signatory, but adhered to the Convention effective October 28, 1914. The same year, the *Maritime Conventions Act, 1914* was enacted for the express purpose (according to the preamble of the Act) of giving effect to the Brussels Convention in Canada. Section 9 of the Act provided for the same two-year limitation period as was specified in the English legislation, using identical language.

In 1934, Parliament enacted the *Canada Shipping Act, 1934*, S.C. 1934, c. 44. Part XII of that Act related to navigation, collisions and limitation of liability, and contained s. 647, which was identical in wording to s. 9 of the *Maritime Conventions Act, 1914*. Aside from some insignificant changes in the language of the section, this provision has remained in force and currently appears in Part IX of the *Canada Shipping Act* as s. 572(1). The two-year limitation period first specified in the Brussels Convention thus remains in effect, in accordance with Canada's international obligations.

(3) The Clear Wording of s. 572(1)

In our opinion, the plaintiffs' fatal accident claims fall within the clear wording of s. 572(1). They are actions against those who are responsible for a boating collision, claiming damages for loss of life suffered by persons on board the vessel that was collided with. There is nothing in the language of s. 572(1) to suggest that the plaintiffs' claims are not covered by its words. The confusion stems

lequel le demandeur a son domicile ou son principal établissement.

130 La Grande-Bretagne était l'un des pays signataires de la Convention de Bruxelles et elle a par la suite adopté la *Maritime Conventions Act, 1911* pour la mettre en vigueur. L'article 8 de cette loi reprenait le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 7 de la Convention relativement aux demandes de dommages-intérêts pour décès ou préjudice corporel. Le Canada n'était pas au nombre des signataires initiaux de la Convention, mais il y a adhéré le 28 octobre 1914. Cette même année, la *Loi des conventions maritimes, 1914* a été adoptée dans le but exprès (suivant le préambule de la Loi) de mettre en vigueur au Canada la Convention de Bruxelles. L'article 9 de la Loi prévoyait le même délai de prescription de deux ans que celui qui est prévu dans la loi anglaise, et il était libellé de la même manière.

131 En 1934, le Parlement a adopté la *Loi de la marine marchande du Canada, 1934*, S.C. 1934, ch. 44. La partie XII de cette loi traitait de la navigation, des abordages et de la limitation de la responsabilité; on y trouvait en outre l'art. 647 dont le libellé était identique à celui de l'art. 9 de la *Loi des conventions maritimes, 1914*. À part quelques modifications mineures de son libellé, cette disposition est restée en vigueur et constitue aujourd'hui le par. 572(1) de la partie IX de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Le délai de prescription de deux ans prévu à l'origine dans la Convention de Bruxelles reste donc en vigueur conformément aux obligations internationales du Canada.

(3) Le libellé clair du par. 572(1)

132 À notre avis, les actions en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel intentées par les demandeurs sont visées par le libellé clair du par. 572(1). Il s'agit d'actions dirigées contre les personnes responsables d'une collision maritime afin d'obtenir des dommages-intérêts pour le décès des personnes se trouvant à bord de l'embarcation heurtée. Rien dans le texte du par. 572(1) ne permet de croire que les demandes en réparation formulées en l'espèce ne sont pas visées par celui-ci.

only from the fact that their claims also fall within the clear wording of s. 649.

133 Some of the defendants suggested in oral argument that, although the wording of s. 572(1) may capture the fatal accident claims against some of the defendants, it does not capture the claims against all of them. In particular, counsel for Josephine Perry (in her capacity as defendant) and for John Haller submitted that s. 572(1) does not prescribe the applicable limitation period for the claims against these defendants, because they were not physically present in the vessel which was at fault in causing the collision, and s. 572(1) imposes its two-year limitation period only with respect to claims against persons who were actually in the vessel at fault.

134 We do not agree that this is what s. 572(1) says. Although s. 572(1) refers to an action being brought against "a vessel or its owners", any ambiguity as to whether this includes an action against a contributory tortfeasor in another vessel is resolved by reference to s. 573 of the *Canada Shipping Act*. Section 573 states:

> **573.** Sections 565 to 572 apply in respect of a vessel to any persons other than the owners responsible for the fault of the vessel as though the expression "owners" included those persons, and in any case where, by virtue of any charter or demise, or for any other reason, the owners are not responsible for the navigation and management of the vessel, those sections shall be read as though for references to the owners there were substituted references to the charterers or other persons for the time being so responsible. [Emphasis added.]

The limitation period prescribed in s. 572(1) thus applies to actions brought against any person responsible for the fault of the vessel. In our opinion, it is clear from the broad language used to describe the class of defendants who are subject to s. 572(1) that Parliament intended that the two-

La confusion découle simplement du fait que ces demandes sont aussi visées par le libellé clair de l'art. 649.

Certains des défendeurs font valoir dans leur argumentation orale que, même si le texte du par. 572(1) peut s'appliquer aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulées contre certains d'entre eux, il ne vise pas les demandes en réparation formées contre tous les défendeurs. En particulier, les avocats de Josephine Perry (en sa qualité de défenderesse) et de John Haller soutiennent que le par. 572(1) ne prévoit pas le délai de prescription applicable aux demandes en réparation formulées contre ces défendeurs parce que ceux-ci n'étaient pas à bord de l'embarcation qui a causé la collision, et que le par. 572(1) n'impose son délai de prescription de deux ans qu'aux demandes en réparation dirigées contre des personnes qui se trouvaient à bord de l'embarcation en faute.

Nous ne croyons pas que c'est ce que dit le par. 572(1). Même s'il est question au par. 572(1) d'une action exercée contre «un bâtiment ou contre ses propriétaires», l'art. 573 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* fait disparaître toute ambiguïté quant à savoir si cela englobe le cas d'une action intentée contre une personne ayant contribué au délit alors qu'elle se trouvait à bord d'un autre bâtiment. L'article 573 porte:

> **573** Les articles 565 à 572 s'appliquent à toutes personnes autres que les propriétaires responsables de la faute du bâtiment tout comme si ces personnes étaient assimilées aux propriétaires, et dans tout cas où, en vertu d'une charte-partie ou d'une charte coque-nue, ou pour toute autre raison, les propriétaires ne sont pas responsables de la navigation et de la gestion du bâtiment, ces articles doivent s'appliquer comme si, aux mentions des propriétaires, étaient substituées des mentions des affréteurs ou autres personnes ainsi responsables. [Nous soulignons.]

Le délai de prescription prévu au par. 572(1) s'applique donc aux actions dirigées contre toute personne responsable de la faute du bâtiment. À notre avis, il ressort clairement des termes généraux utilisés pour décrire la catégorie des défendeurs visés par le par. 572(1) que le Parlement voulait que la

year limitation period apply to claims against all parties at fault in a collision, regardless of how they may have contributed to the ultimate accident. This intention accords with the apparent purpose and scope of the Brussels Convention. Further, it makes sense as a matter of policy and practice for all persons who are at fault in causing a collision to be subject to the same limitation period. The alternative approach would see portions of a plaintiff's claim statute-barred based solely on the physical location of particular defendants at the time of the accident, rather than based on factors which are relevant to the plaintiff's ability to bring the action within a particular period of time.

(4) Strict Construction of Limitations Statutes

The existence of two different limitation periods, each of which is applicable to dependants' fatal accident claims, creates a contradiction or ambiguity in the *Canada Shipping Act* as to which limitation period should apply. Although, as has been discussed, there is an historical explanation for the enactment of each limitation period, there is no clear explanation for the presence of both limitation periods in the statute at the same time. Both apply to fatal accident claims by dependants. The only substantive distinction between the two limitation periods is that s. 572(1) applies only in the context of boating collisions, whereas s. 649 applies to any fatal accident claim brought by a dependant.

This Court has recognized that statutory provisions creating a limitation period must be strictly construed in favour of the plaintiff. The following statement by Estey J., writing for the majority of the Court in *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, at p. 280, is instructive:

[A limitations provision] being a restrictive provision wherein the rights of action of the citizen are necessarily

prescription de deux ans s'applique aux demandes en réparation formées contre toutes les parties en faute lors d'une collision, peu importe leur part de responsabilité dans l'accident. Cette intention concorde avec le but apparent de la Convention de Bruxelles. De plus, il semble logique, sur le plan des principes comme d'un point de vue pratique, que toutes les personnes en faute dans une collision soient assujetties au même délai de prescription. L'autre approche ferait en sorte que des parties de la demande en réparation pourraient être prescrites en raison simplement de l'endroit où se trouvaient certains défendeurs au moment de l'accident plutôt qu'en raison de facteurs liés à la capacité du demandeur d'agir dans un délai donné.

(4) L'interprétation stricte des dispositions concernant la prescription des actions

135 L'existence de deux délais de prescription différents, applicables chacun aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formulées par des personnes à charge, est source de contradiction ou d'ambiguïté dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* quant à la prescription applicable. Même si, comme nous l'avons dit, des raisons historiques justifient l'adoption de chacun des délais de prescription, il n'y a aucune explication claire pour leur présence en même temps dans la loi. Les deux délais s'appliquent aux demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées par des personnes à charge. La seule différence de fond entre les deux est que le par. 572(1) ne s'applique que dans le cas de collisions tandis que l'art. 649 s'applique à toute demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentée par une personne à charge.

136 Notre Cour a reconnu que les dispositions législatives fixant un délai de prescription doivent être interprétées strictement en faveur du demandeur. L'extrait suivant de la décision du juge Estey, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275, à la p. 280, est révélateur:

[Un délai de prescription], qui restreint les droits d'action des citoyens, dans ses termes mêmes, doit en

circumscribed by its terms, attracts a strict interpretation and any ambiguity found upon the application of the proper principles of statutory interpretation should be resolved in favour of the person whose right of action is being truncated.

Following this principle of statutory construction, the ambiguity created by the existence of two distinct limitation periods in the *Canada Shipping Act* should be resolved by allowing the plaintiffs in the Lake Joseph actions to rely upon the longer period provided for in s. 572(1). Parliament apparently intended that both limitation periods should coexist. In the absence of any valid reason to justify applying a shorter limitation period which would have the effect of barring the plaintiffs' claims, the plaintiffs should have the benefit of the more favourable limitation period.

137 Strongly buttressing the appropriateness of applying this general principle of strict construction of limitations statutes is the fact that applying the one-year limitation period in s. 649 to all fatal accident claims stemming from boating collisions would place Canada in breach of its international treaty obligations. Although international law is not binding upon Parliament or the provincial legislatures, a court must presume that legislation is intended to comply with Canada's obligations under international instruments and as a member of the international community. In choosing among possible interpretations of a statute, the court should avoid interpretations that would put Canada in breach of such obligations: see *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330.

138 In this case, applying the one-year limitation period contained in s. 649 would not place Canada in direct contravention of the Brussels Convention, because the Convention has application only to collisions involving sea-going vessels. However, Parliament has used language in s. 572(1) which

conséquence être interprété strictement. Toute ambiguïté découlant de l'application des règles appropriées d'interprétation des lois doit donc être résolue en faveur de la personne dont les droits sont diminués.

En vertu de ce principe d'interprétation des lois, l'ambiguïté résultant de l'existence de deux délais de prescription différents dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* doit être résolue en autorisant les demandeurs aux actions du lac Joseph à se prévaloir du délai plus long prévu au par. 572(1). Le Parlement voulait apparemment que les deux délais coexistent. En l'absence de tout motif valable justifiant l'application d'une prescription plus courte qui aurait pour effet de rendre irrecevables les demandes en réparation, les demandeurs doivent pouvoir se prévaloir du délai de prescription le plus favorable.

L'application de ce principe général d'interprétation stricte des dispositions législatives concernant la prescription des actions est largement justifiée par le fait que l'application du délai de prescription d'un an prévu à l'art. 649 à toutes les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées à la suite de collisions maritimes entraînerait la violation par le Canada des obligations qui lui incombent en vertu de traités internationaux. Bien que le droit international ne lie pas le Parlement ni les législatures provinciales, le tribunal doit présumer que la législation est conçue de manière qu'elle respecte les obligations qui incombent au Canada en vertu des instruments internationaux et en sa qualité de membre de la communauté internationale. En choisissant parmi les interprétations possibles celle qu'il doit donner à une loi, le tribunal doit éviter les interprétations qui entraîneraient la violation par le Canada de telles obligations: voir *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), à la p. 330.

En l'espèce, l'application du délai de prescription d'un an prévu à l'art. 649 n'entraînerait pas une violation directe par le Canada de la Convention de Bruxelles puisque celle-ci ne s'applique qu'aux collisions de navires au long cours. Toutefois, le Parlement a libellé le par. 572(1) de

makes the two-year limitation period applicable in all cases involving collisions. We see no reason, particularly in light of the discussion above regarding the fundamental importance of uniformity in maritime law, to read into the broad language of s. 572 an exception in cases of collisions on inland waters. The dependants' fatal accident claims in the Lake Joseph actions are therefore subject to a two-year limitation period, and are not statute-barred.

Having found that the limitation period applicable to the Lake Joseph actions is the two-year period established by statute, it is not necessary to address the issue raised in the Court of Appeal judgment of whether the decision of this Court in *Basarsky v. Quinlan*, *supra*, may be applied to justify extending a statutory limitation period at the discretion of the court. It is also unnecessary to address the argument raised by the plaintiffs that the "discoverability principle" would apply on the facts of this case, to the effect that, given recent changes in the law regarding the applicability of provincial law in a maritime claim, the plaintiffs should be permitted to rely upon the one-year limitation period even though their claims were brought more than one year after the accident.

VII. Conclusions

The results of the foregoing analysis may be summarized as follows:

1. The Ontario Court (General Division) shares concurrent jurisdiction with the Federal Court (Trial Division) over maritime fatal accident claims by dependants under s. 646 of the *Canada Shipping Act*.

2. The determination of whether a provincial statute is constitutionally applicable in the con-

manière à ce que le délai de prescription de deux ans soit applicable dans tous les cas de collisions. Nous ne voyons aucune raison, en particulier compte tenu de l'analyse qui a été faite ci-dessus relativement à l'importance fondamentale de l'uniformité du droit maritime, de considérer que le libellé général de l'art. 572 contient une exception dans les cas de collisions se produisant dans les eaux intérieures. S'agissant des actions du lac Joseph, les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentées par des personnes à charge sont donc assujetties au délai de prescription de deux ans et ne sont pas prescrites.

Comme nous avons conclu que le délai de pres- 139
cription applicable aux actions du lac Joseph est celui de deux ans prévu par la loi, il n'est pas nécessaire d'examiner la question soulevée dans le jugement de la Cour d'appel quant à savoir si l'arrêt de notre Cour *Basarsky c. Quinlan*, précité, peut s'appliquer pour justifier que le tribunal proroge à sa discrétion le délai de prescription légal. Il est également inutile d'examiner l'argument avancé par les demandeurs à l'effet que le principe de connaissance du dommage doit s'appliquer aux faits de la présente espèce de manière que, vu les modifications récentes apportées au droit relativement à l'applicabilité des lois provinciales dans une affaire maritime, les demandeurs soient autorisés à se prévaloir du délai de prescription d'un an même s'ils ont présenté leurs demandes plus d'un an après l'accident.

VII. Conclusions

Les résultats de l'analyse qui précède peuvent 140
être résumés de la manière suivante:

1. La Cour de l'Ontario (Division générale) a compétence concurrente avec la Cour fédérale, Section de première instance, sur les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formées par des personnes à charge en vertu de l'art. 646 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

2. C'est en fonction d'un critère en quatre volets qu'il faut déterminer si une loi provinciale est

text of a maritime negligence law action occurs according to a four-part test. First, prior to engaging in constitutional analysis, a court must determine whether the subject matter affected by the statute falls within the exclusive federal competence over navigation and shipping. If it does, the second step is to determine whether a counterpart to the statutory provision upon which the party seeks to rely is present within existing Canadian maritime law. If no such counterpart exists, the third step involves the court in determining whether or not it is appropriate for Canadian non-statutory maritime law to be altered in accordance with the principles for judicial reform of the law developed by this Court, as those principles have been adapted to the maritime law context in these reasons. Fourth, if judicial reform of the law is inappropriate, the court must determine whether the particular provincial statutory provision is constitutionally applicable. A provincial statute of general application will be inapplicable in a maritime negligence law context where this application would have the effect of regulating indirectly federal maritime negligence law, whether by supplementing existing rules of maritime negligence law in such a manner that the provincial law effectively alters rules within the exclusive competence of Parliament to amend, or otherwise.

3. It is appropriate for this Court to reform Canadian maritime law to allow the following negligence claims:

(a) a claim by a dependant for damages for loss of guidance, care and companionship arising out of a fatal accident;

(b) a claim by a dependant for damages (including damages for loss of guidance, care and companionship) arising out of an accident causing personal injury; and

(c) a claim by an executor brought in the name of the deceased with respect to an action which the deceased could have brought had he or she lived.

constitutionnellement applicable à une action fondée sur la négligence relevant du droit maritime. Premièrement, avant de s'engager dans une analyse constitutionnelle, le tribunal doit déterminer si la question visée par la loi relève de la compétence fédérale exclusive sur la navigation et les expéditions par eau. Dans l'affirmative, le deuxième volet vise à déterminer si la disposition législative dont la partie cherche à se prévaloir a un pendant en droit maritime canadien. S'il n'y en a pas, le troisième volet veut que le tribunal détermine s'il convient de modifier le droit maritime canadien non législatif conformément aux principes applicables à la réforme du droit par les tribunaux qui ont été élaborés par notre Cour, adaptés au contexte du droit maritime dans les présents motifs. Quatrièmement, si une réforme du droit par les tribunaux n'est pas justifiée, le tribunal doit déterminer si la disposition législative provinciale est constitutionnellement applicable. La loi provinciale de portée générale sera inapplicable dans un contexte faisant intervenir les règles relatives à la négligence du droit maritime si son application a pour effet de régir indirectement le droit maritime fédéral en matière de négligence, soit en ajoutant aux règles existantes de ce droit de telle sorte que la loi provinciale modifie effectivement des règles que le Parlement est seul compétent à modifier, ou autrement.

3. Il convient que notre Cour modifie le droit maritime canadien pour permettre les actions pour négligence suivantes:

a) l'action en dommages-intérêts d'une personne à charge pour la perte de conseils, de soins et de compagnie résultant d'un accident mortel;

b) l'action en dommages-intérêts d'une personne à charge (notamment au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie) à la suite d'un accident ayant entraîné un préjudice corporel;

c) la demande formée par un exécuteur testamentaire au nom du défunt relativement à toute action que ce dernier aurait pu exercer s'il avait survécu.

Accordingly, the constitutional applicability of the *Family Law Act* and the *Trustee Act* to allow for such claims in the instant appeals need not be determined.

4. It is not appropriate for this Court to reform Canadian maritime law to allow siblings of a person killed or injured in a boating accident to qualify as "dependants" for the purpose of a dependant's claim for damages, nor is the Ontario *Family Law Act* constitutionally applicable to allow such claims to be brought.

5. It is appropriate for this Court to reform Canadian maritime law to define "dependants", for the purpose of a dependant's claim in relation to a person injured but not killed, in the same manner as that term is defined for the purpose of dependants' fatal accident claims under s. 645 of the *Canada Shipping Act*, and to allow such dependants to make the same claims for damages as can dependants bringing fatal accident claims.

6. A general regime of apportionment of liability according to fault, with joint and several liability among tortfeasors and contribution between tortfeasors, applies in Canadian maritime negligence actions. Accordingly, it is not necessary to consider the constitutional applicability of the *Negligence Act* in these appeals.

7. The dependants' fatal accident claims as well as all other claims in the three Lake Joseph actions are subject to the two-year limitation period set out in s. 572(1) of the *Canada Shipping Act*.

8. The constitutional applicability of the *Act respecting compensation to the Families of Per-*

En conséquence, il n'est pas nécessaire de statuer sur l'applicabilité constitutionnelle de la *Loi sur le droit de la famille* et de la *Loi sur les fiduciaires* à des actions de ce genre dans les présents pourvois.

4. Il ne convient pas que notre Cour modifie le droit maritime canadien pour permettre aux frères et sœurs d'une personne tuée ou blessée dans un accident de navigation d'intenter une action en dommages-intérêts à titre de «personnes à charge»; la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario n'est pas non plus constitutionnellement applicable pour rendre recevables de telles actions.

5. Il convient que notre Cour modifie le droit maritime canadien pour définir l'expression «personnes à charge», aux fins d'une action intentée par une personne à charge relativement à une personne blessée mais non tuée, de la même manière que cette expression est définie aux fins des demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel présentées par des personnes à charge en vertu de l'art. 645 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, et pour autoriser ces personnes à charge à intenter les mêmes actions en dommages-intérêts que les personnes à charge qui demandent réparation du préjudice résultant d'un accident mortel.

6. Un régime général de partage de la responsabilité selon la faute, prévoyant la responsabilité solidaire ainsi que la contribution entre coauteurs de délits, s'applique aux actions pour négligence en matière maritime au Canada. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner l'applicabilité constitutionnelle de la *Loi sur le partage des responsabilités* dans le cadre des présents pourvois.

7. Les demandes en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel formées par des personnes à charge de même que toutes les autres demandes formulées dans les trois actions du lac Joseph sont assujetties au délai de prescription de deux ans prévu au par. 572(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

8. Il n'est pas nécessaire de statuer sur l'applicabilité constitutionnelle de l'*Acte concernant l'in-*

sons killed by Accident, and in duels, and of the English *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908*, need not be determined.

VIII. Disposition

141 In the result, the appeals and cross-appeals are dismissed with costs. We would answer the constitutional questions as follows:

1: Whether the provisions of Part V of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, in whole or in part, allowing claims for loss of guidance, companionship and other losses, are constitutionally inapplicable to losses arising from a personal injury suffered by another arising out of the alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

Answer: In light of our finding that claims for loss of guidance, care and companionship may be brought under Canadian maritime law, it is not necessary to answer this question except with respect to the issue of whether a sibling may bring a dependant's claim for damages. With respect to this latter issue, Part V of the *Family Law Act* is constitutionally inapplicable to a maritime negligence claim insofar as it permits the bringing of such a claim.

2: Whether the provisions of the *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels*, C.S.C. 1859, c. 78, are constitutionally inapplicable in whole or in part to an action based on alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario resulting in a fatality, and/or *ultra vires* insofar as

demnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel ni des *Fatal Accidents Acts, 1846 to 1908* d'Angleterre.

VIII. Dispositif

En définitive, les pourvois et les pourvois incidents sont rejetés avec dépens. Nous sommes d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1: Les dispositions de la partie V de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, qui prévoient l'indemnisation notamment de la perte de conseils et de compagnie, sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables aux pertes résultant des lésions corporelles subies par un tiers à la suite de la prétendue négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

Réponse: Étant donné que nous avons conclu qu'il est possible, en vertu du droit maritime canadien, d'intenter des demandes en réparation au titre de la perte de conseils, de soins et de compagnie, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question sauf quant à savoir si les frères et sœurs peuvent intenter une action en dommages-intérêts à titre de personnes à charge. La réponse à cette dernière question est que la partie V de la *Loi sur le droit de la famille* est constitutionnellement inapplicable à une action pour négligence en matière maritime dans la mesure où elle permet un tel recours.

2: Les dispositions de l'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel*, S.R.C. 1859, ch. 78, sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables à l'action exercée à la suite d'un décès qu'aurait causé la négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir

they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

Answer: This constitutional question need not be answered. The *Act respecting compensation to the Families of Persons killed by Accident, and in duels* has been repealed as provincial law. Insofar as it may exist as federal law applicable to maritime matters, it provides no benefit to the plaintiffs that they do not already receive under contemporary sources of Canadian maritime law.

3: Whether the provisions of s. 38(1) of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, are constitutionally inapplicable in whole or in part to an action based on alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario resulting in a fatality, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

Answer: In light of our finding that claims by an executor brought in the name of the deceased may be brought under Canadian maritime law, it is not necessary to answer this question.

4: Whether the provisions of the *Negligence Act* R.S.O. 1990, c. N.1, allowing the apportionment of liability in accordance with fault, are constitutionally inapplicable in whole or in part to an action based on the alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario resulting in personal injury or death, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

Answer: In light of our finding that Canadian maritime law incorporates a contribu-

les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question constitutionnelle. L'*Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui sont tués par accident, ou en duel* a été abrogé à titre de loi provinciale. Dans la mesure où ce texte législatif peut exister à titre de loi fédérale applicable aux questions maritimes, il n'accorde aux demandeurs aucun avantage dont ils ne bénéficient pas déjà en vertu des sources modernes du droit maritime canadien.

3: Les dispositions du par. 38(1) de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables à l'action intentée à la suite d'un décès qu'aurait causé la négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

Réponse: Étant donné que nous avons conclu que les demandes formées par l'exécuteur testamentaire au nom du défunt peuvent être intentées en vertu du droit maritime canadien, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4: Les dispositions de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, ch. N.1, qui prévoient la répartition de la responsabilité selon la faute, sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables à l'action intentée à la suite des lésions corporelles ou d'un décès qu'aurait causés la négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

Réponse: Étant donné que nous avons conclu que le droit maritime canadien comporte un

tory negligence regime, it is not necessary to answer this question.

5: Whether the provisions of the *Occupiers' Liability Act*, R.S.O. 1990, c. O.2, allowing claims for damages are constitutionally inapplicable in whole or in part in an action based on alleged negligent operation or ownership of a vessel on inland waters in Ontario resulting in a fatality, and/or *ultra vires* insofar as they purport to govern losses or damages arising out of a boating accident.

Answer: The question is moot, given that it was raised in the Lac Seul action, which is not before the Court.

Appeals and cross-appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Christopher Hogarth et al.: Beard, Winter, Toronto.

Solicitors for the appellants Josephine Perry et al.: Fernandes Hearn Theall, Toronto.

Solicitors for the respondents John Emmett Hall et al.: Genest Murray Desbrisay Lamek, Toronto.

Solicitors for Ontario Holidays Corporation: Miller Thomson, Toronto.

Solicitors for the respondent Josephine Perry: Aylesworth, Thompson, Phelan, O'Brien, Toronto.

Solicitors for the Perry Estate respondents: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the appellant Larry Grail: Bartlet & Richardes, Windsor.

Solicitors for the respondents Deborah Ordon et al.: Meighen Demers, Toronto.

Solicitor for the intervener: Alain Gingras, Sainte-Foy.

régime de négligence contributive, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5: Les dispositions de la *Loi sur la responsabilité des occupants*, L.R.O. 1990, ch. O.2, qui prévoient la présentation de demandes d'indemnisation sont-elles, en totalité ou en partie, constitutionnellement inapplicables à l'action intentée à la suite d'un décès qu'aurait causé la négligence de l'exploitant ou du propriétaire d'un navire dans les eaux internes de l'Ontario ou sont-elles *ultra vires* dans la mesure où elles visent à régir les pertes ou les dommages résultant d'un accident de la navigation, ou les deux?

Réponse: Cette question est théorique étant donné qu'elle a été soulevée dans le cadre de l'action du lac Seul, dont notre Cour n'a pas été saisie.

Pourvois et pourvois incidents rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants Christopher Hogarth et autres: Beard, Winter, Toronto.

Procureurs des appelants Josephine Perry et autre: Fernandes Hearn Theall, Toronto.

Procureurs des intimés John Emmett Hall et autres: Genest Murray Desbrisay Lamek, Toronto.

Procureurs de Ontario Holidays Corporation: Miller Thomson, Toronto.

Procureurs de l'intimée Josephine Perry: Aylesworth, Thompson, Phelan, O'Brien, Toronto.

Procureurs des intimés de la succession Perry: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'appelant Larry Grail: Bartlet & Richardes, Windsor.

Procureurs des intimés Deborah Ordon et autres: Meighen Demers, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Alain Gingras, Sainte-Foy.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1998 Vol. 3

and Tables

Cited as [1998] 3 S.C.R. { i-xxix, 533-640

4e cahier, 1998 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1998] 3 R.C.S. { i-xxix, 533-640

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director, Law Reports
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Title Page i
List of Judges ii
Motions v
Table of Judgments ix
Table of Cases Cited xiii
Statutes and Regulations Cited xxiii
Authors Cited xxvii
Index 633

R. *v.* Campbell **533**

Criminal law — Murder — Accused and co-accused convicted of second degree murder — Substantial agreement with majority reasons of appeal court upholding accused's conviction.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i
Liste des juges iii
Requêtes v
Table des jugements xi
Table de la jurisprudence xiii
Lois et règlements cités xxv
Doctrine citée xxvii
Index 637

R. *c.* Campbell **533**

Droit criminel — Meurtre — Accusé et coaccusé déclarés coupables de meurtre au deuxième degré — Accord substantiel avec les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Pearson **620**

Criminal law — Appeals — Powers of courts of appeal — Accused convicted of trafficking in narcotics following jury trial — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of entrapment — Whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

R. *v.* Thomas **535**

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of second degree murder following jury trial — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of whether accused guilty of second degree murder or manslaughter — Whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

R. *v.* Warsing **579**

Criminal law — Appeals — Fresh evidence — Accused applying for admission of psychiatric evidence as fresh evidence on appeal — Due diligence requirement of test for admission of fresh evidence not met — Whether Court of Appeal erred in admitting psychiatric evidence.

Criminal law — Appeals — Defences — Defence of not criminally responsible on account of mental disorder raised for first time on appeal by way of fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in allowing defence.

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of first degree murder and attempted murder following jury trial — Defence of not criminally responsible on account of mental disorder raised for first time on appeal by way of fresh evidence — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of accused's mental capacity at time of offences — Whether Court of Appeal had jurisdiction to order new trial — If so, whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(iii), (1)(d), (2)(b), (8).

R. *v.* White **534**

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delay unreasonable — Stay of proceedings upheld.

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* Pearson **620**

Droit criminel — Appel — Pouvoirs des cours d'appel — Accusé reconnu coupable de trafic de stupéfiants à la suite d'un procès devant jury — Cour d'appel ordonnant un nouveau procès limité à la question de la provocation policière — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

R. *c.* Thomas **535**

Droit criminel — Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré à la suite d'un procès devant jury — Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

R. *c.* Warsing **579**

Droit criminel — Appel — Nouvel élément de preuve — Demande d'admission par l'accusé d'une preuve psychiatrique comme nouvel élément de preuve en appel — Non-respect du critère de diligence raisonnable relatif à l'admission d'un nouvel élément de preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en admettant la preuve psychiatrique?

Droit criminel — Appel — Moyens de défense — Moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux invoqué pour la première fois en appel par la présentation d'un nouvel élément de preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en permettant que soit invoqué le moyen de défense?

Droit criminel — Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre à l'issue d'un procès devant jury — Moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux invoqué pour la première fois en appel par la présentation d'un nouvel élément de preuve — Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès? — Dans l'affirmative, la Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(iii), (1)d), (2)b), (8).

R. *c.* White **534**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai déraisonnable — Arrêt des procédures confirmé.

1998 Volume 3

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Director, Law Reports
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Claudine Guenette

Office Manager
Suzanne Giguère

Editorial Assistant
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Directrice, Recueil
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Claudine Guenette

Chef de bureau
Suzanne Giguère

Adjointe à l'édition
Ingrid Loyola-Nazareth

THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1998

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

MOTIONS — REQUÊTES

(November 1 to December 31, 1998 — 1er novembre au 31 décembre 1998)

872935 Ontario Ltd. v. Sherwood Design Services Inc. (Ont.), 26725, notice of discontinuance filed, 2.11.98, avis de désistement produit.

Abraham v. Coopers and Lybrand Ltd. (Ont.), 26694, leave to appeal refused with costs, 5.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Arrance v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26802, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Arsenault-Cameron v. Government of Prince Edward Island (P.E.I.), 26682, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Arthurs v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26800, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

B.M. c. S.L. (Qué.), 26742, leave to appeal refused with costs, 17.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bastion Development Corporation v. Barnes & Kissack Inc. (B.C.), 26796, leave to appeal refused with costs, 17.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Benge c. Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (C.A.F.)(Ont.), 26651, leave to appeal refused, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Bodenstein v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26728, leave to appeal refused, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

CP Containers (Bermuda) Ltd. v. Director of Investigation and Research (Ont.), 26319, notice of discontinuance filed, 4.11.98, avis de désistement produit.

Canada Post Corporation v. Smith (Ont.), 26740, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Pacific Ltd. v. Addy (Ont.), 26318, notice of discontinuance filed, 4.11.98, avis de désistement produit.

Canning v. The Queen (Crim.)(Man.), 26814, leave to appeal refused, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Chu v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.A.)(B.C.), 26741, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

City of Nanaimo v. Rascal Trucking Ltd. (B.C.), 26786, leave to appeal granted, 17.12.98, autorisation de pourvoi accordée.

City of Saskatoon v. Public Service Alliance of Canada (F.C.A.)(Sask.), 26810, leave to appeal refused with costs, 17.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Coffrages Roca Inc. v. The Queen (Que.), 26747, notice of discontinuance filed, 16.12.98, avis de désistement produit.

Debruin v. The Queen (Crim.)(Alta.), 26623, leave to appeal refused, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Domizio v. Porto (Ont.), 26702, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Doody c. Professional Training Committee of the Barreau du Québec (Qué.), 26733, leave to appeal refused with costs, 26.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Downs v. Shore (B.C.), 26780, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Endean v. The Queen in right of the Province of British Columbia (B.C.), 26679, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

F.N. v. The Queen (Crim.)(Nfld.), 26805, leave to appeal granted, 17.12.98, autorisation de pourvoi accordée.

Ferris v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26837, leave to appeal refused, 17.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Fink v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26647, leave to appeal refused, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Fiorelli v. Stephens (Ont.), 26723, leave to appeal refused with costs, 5.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

G.G. c. J.L. (Qué.), 26829, leave to appeal refused, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Gallant v. Province of New Brunswick (N.B.), 26785, leave to appeal refused, 17.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Gatz v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26801, leave to appeal refused, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Great Tempo S.A. v. Jian Sheng Co. (F.C.A.)(B.C.), 26704, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Greif Containers Ltd. v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 26065, notice of discontinuance filed, 3.12.98, avis de désistement produit.

H.A. v. The Queen (Crim.)(Qué.), 26716, leave to appeal refused, 17.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Havelange v. The Queen (Crim.)(Sask.), 26761, leave to appeal refused, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Hawrish v. Law Society of Saskatchewan (Sask.), 26752, leave to appeal refused, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Hess v. 1233375 Ontario Inc. (Ont.), 26304, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Husain v. Canadian Airlines International Ltd. (F.C.A.)(Ont.), 26798, leave to appeal refused, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Ingles v. Corporation of the City of Toronto (Ont.), 26634, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Irving Oil Ltd. v. Moquin (N.B.), 26737, leave to appeal refused, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

James v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 26692, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Jaremko v. Metropolitan Toronto Condominium Corporation No. 875 (Ont.), 26714, leave to appeal refused with costs, 5.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Johnson v. Arbez (Man.), 26784, leave to appeal refused, 26.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Kibale c. La Reine (C.A.F.)(Ont.), 26636, leave to appeal refused with costs, 19.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lalanne v. The Queen (Crim.)(N.S.), 26687, leave to appeal refused, 19.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Laliberté c. La Reine (C.A.F.)(Qué.), 26734, leave to appeal refused with costs, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lamontagne c. Corporation professionnelle des médecins du Québec (Qué.), 26633, leave to appeal refused with costs, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Langenhahn v. Czyz (Alta.), 26710, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lavigne v. Human Resources Development (F.C.A.)(Que.), 26774, leave to appeal refused with costs, 17.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lewis v. The Queen in right of the Province of Prince Edward Island (P.E.I.), 26603, leave to appeal refused with costs, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

M.S. v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26886, leave to appeal refused, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

M.V. v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26527, leave to appeal refused, 3.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Malboeuf v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26746, leave to appeal refused, 26.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Matthiessen v. The Queen (Crim.)(Alta.), 26731, leave to appeal refused, 5.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Minister of National Revenue v. Glaxo Wellcome PLC (F.C.A.)(Ont.), 26834, leave to appeal refused, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Morency (Roy) c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec (Qué.), 26632, leave to appeal refused, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Morency (Roy) c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec (Qué.), 26900, leave to appeal refused with costs, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

N.V. Reykdal & Associates Ltd. v. K. & Fung Canada Ltd. (Alta.), 26764, leave to appeal refused with costs, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Neuman v. The Queen (Crim.)(Alta.), 26778, leave to appeal refused, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

New Investors Committee of Mater's Mortgages (NIC) Inc. v. KPMG Inc. (Ont.), 26826, leave to appeal refused with costs, 17.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Oniel v. Royal Bank of Canada (Ont.), 26504, leave to appeal refused with costs, 5.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Oprea v. Royal Insurance Co. of Canada (Ont.), 26749, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Paul v. The Queen (Crim.)(N.B.), 26718, leave to appeal refused, 5.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Pesic v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26020, leave to appeal refused, 26.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Placements Armand Laflamme Inc. c. Roy (Qué.), 26659, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Public School Boards' Association of Alberta v. Attorney General of Alberta (Alta.), 26701, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Dalton (Crim.)(Nfld.), 26712, leave to appeal refused, 19.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Gillies (Crim.)(B.C.), 26772, leave to appeal refused, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. White (Crim.)(Nfld.), 26705, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Recalma v. The Queen (F.C.A.)(B.C.), 26668, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sansalone v. Wawanesa Mutual Insurance Co. (B.C.), 26708, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Scalera v. Oppenheim (B.C.), 26695, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Shanoha v. Motorways (1980) Ltd. (Man.), 26763, leave to appeal refused, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Sinclair v. Law Society of Manitoba (Man.), 26743, leave to appeal refused with costs, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Singh v. Kovach (B.C.), 25784, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Sous-ministre du Revenu du Québec c. Richter et Associés Inc. (Qué.), 26666, leave to appeal refused with costs, 19.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sykes v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26736, leave to appeal refused, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Terrasse Jewellers Inc. v. The Queen (F.C.A.)(Que.), 26598, leave to appeal refused, 3.12.98, autorisation de pourvoi refusée.

Tyndall v. Local 511, Sheeters, Deckers & Cladders Section of Sheet Metal Workers' International Assoc. (Man.), 26519, notice of discontinuance filed, 9.11.98, avis de désistement produit.

Ultramar Canada Inc. c. Richter et Associés Inc. (Qué.), 26658, leave to appeal refused with costs, 19.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

United Artists Corporation v. Pink Panther Beauty Corporation (F.C.A.)(Ont.), 26689, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

W.C.W. v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26770, leave to appeal refused, 19.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

W.M.A. v. The Queen (Crim.)(Sask.), 26398, leave to appeal refused, 26.11.98, autorisation de pourvoi refusée.

Wallach v. Blue Ridge Lumber (1981) Ltd. (Alta.), 26693, leave to appeal refused with costs, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wells v. The Queen (Crim.)(Alta.), 26642, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

White v. Cugliari (Ont.), 26722, leave to appeal refused with costs, 10.12.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wiemer v. Minister of Human Resources Development (F.C.A.)(Man.), 26748, leave to appeal refused with costs, 12.11.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Workers' Compensation Board of British Columbia v. Kovach (B.C.), 25784, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

Wust v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26732, leave to appeal granted, 19.11.98, autorisation de pourvoi accordée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

A

Arp., R. v. 339
Attorney General see also "Canada" or the name of province

C

Campbell, R. v. 533
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson 157
Commission see also "Canada" or the name of province
Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City) 3
Consumers' Gas Co., Garland v. 112

D

Dancorp Developments Ltd., Degelder Construction Co. v. 90
Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd 90
Degelder Construction Co. v. Metropolitan Trust Co. 90

G

Gallant, R. v. 80
Garland v. Consumers' Gas Co. 112
Grail, Ordon Estate v. 437

PAGE

H

Hall, Hogarth v. 437
Hogarth v. Hall 437
Hogarth v. Perry 437

L

Lawlor v. Lloyd's Non-Marine Underwriters 260
Lawlor v. Oppenhein 260
Lawlor v. Royal 260
Lloyd's Non-Marine Underwriters, Lawlor v. 260

M

M. (M.R.), R. v. 393
M.R.M., R. v. 393
MacAlpine v. Sarnia (City) 3
MacDougall, R. v. 45
Metropolitan Trust Co., Degelder Construction Co. v. 90
Minister see also "Canada" or the name of province

O

Office see also "Canada" or the name of province
Oppenheim, Lawlor v. 260
Ordon Estate v. Grail 437

P

Pearson, R. v. 620

PAGE

Perry, Hogarth v. 437

Q

Queen see also "R."

R

R. v. Arp 339
R. v. Campbell 533
R. v. Gallant 80
R. v. M. (M.R.) 393
R. v. M.R.M. 393
R. v. MacDougall 45
R. v. Pearson 620
R. v. Rose 262
R. v. Thomas 535
R. v. Warsing 579
R. v. White 534
Richardson, Canadian Egg Marketing Agency v. 157
Rose, R. v. 262
Royal, Lawlor v. 260

PAGE

S

Sarnia (City), Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. 3
Sarnia (City), MacAlpine v. 3

T

The Queen see also "R."
Thomas, R. v. 535

U

Union see also under abbreviated name

W

Warsing, R. v. 579
White, R. v. 534

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

A

Arp, R. c. 339

C

Campbell, R. c. 533
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province
Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville) 3
Consumers' Gas Co., Garland c. 112

D

Dancorp Developments Ltd., Degelder Construction Co. c. 90
Degelder Construction Co. c. Dancorp Developments Ltd 90
Degelder Construction Co. c. Metropolitan Trust Co. 90

G

Gallant, R. c. 80
Garland c. Consumers' Gas Co. 112
Grail, Succession Ordon c. 437

PAGE

H

Hall, Hogarth c. 437
Hogarth c. Hall 437
Hogarth c. Perry 437

L

La Reine voir aussi «R.»
Lawlor c. Lloyd's Non-Marine Underwriters 260
Lawlor c. Oppenhein 260
Lawlor c. Royal 260
Lloyd's Non-Marine Underwriters, Lawlor c. 260

M

M. (M.R.), R. c. 393
M.R.M., R. c. 393
MacAlpine c. Sarnia (Ville) 3
MacDougall, R. c. 45
Metropolitan Trust Co., Degelder Construction Co. c. 90
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province

O

Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson 157
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province
Oppenhein, Lawlor c. 260

PAGE

P

Pearson, R. c. 620
Perry, Hogarth c. 437
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province

R

Reine voir aussi «R.»
R. c. Arp 339
R. c. Campbell 533
R. c. Gallant 80
R. c. M. (M.R.) 393
R. c. M.R.M. 393
R. c. MacDougall 45
R. c. Pearson 620
R. c. Rose 262
R. c. Thomas 535
R. c. Warsing 579
R. c. White 534
Richardson, Office canadien de commercialisation des œufs c. 157
Rose, R. c. 262
Royal, Lawlor c. 260

S

Sarnia (Ville), Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. 3
Sarnia (Ville), MacAlpine c. 3
Succession Ordon c. Grail 437
Syndicat voir aussi sous nom abrégé

T

Thomas, R. c. 535

W

Warsing, R. c. 579
White, R. c. 534

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
A		
Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika	[1917] A.C. 38	507
Aectra Refining & Marketing Inc. v. Lincoln Capital Funding Corp.	(1991), 6 O.R. (3d) 146	106, 144
Albon v. Pyke	(1842), 4 Man. & G. 421, 134 E.R. 172	474
Amato v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 418	334
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	238
Archibald v. Canada	[1997] 3 F.C. 335	214, 249
Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada	[1929] A.C. 260	496
Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.	[1963] S.C.R. 570	131
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 218	41
B		
Bailey v. State	440 A.2d 997 (1982)	297
Baker v. Bolton	(1808), 1 Camp. 493, 170 E.R. 1033	507
Basarsky v. Quinlan	[1972] S.C.R. 380	468
Basile v. Attorney-General of Nova Scotia	(1984), 11 D.L.R. (4th) 219	216
Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.	[1976] 2 S.C.R. 475	303
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	588
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 749	496
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722	588
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	496
Berardinelli v. Ontario Housing Corp.	[1979] 1 S.C.R. 275	525
Black v. Law Society of Alberta	[1989] 1 S.C.R. 591	191, 237
Blake v. Midland Railway Co.	(1852), 18 Q.B. 93, 118 E.R. 35	506
Board v. Board	[1919] A.C. 956	474
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 1210	488
British Columbia (Milk Board) v. Grisnich	[1995] 2 S.C.R. 895	35

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3	408

C

Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)	[1997] 3 S.C.R. 440	30
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net	[1998] 1 R.C.S. 626	473
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net	[1998] 1 S.C.R. 626	473
Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)	[1997] 3 R.C.S. 440	30
Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)	(1990), 71 O.R. (2d) 341	222
Canadian Imperial Bank of Commerce v. 64576 Manitoba Ltd.	[1990] 5 W.W.R. 419	588
Canadian National Steamships Co. v. Watson	[1939] S.C.R. 11	487
Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1979] 1 R.C.S. 42	218
Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan	[1979] 1 S.C.R. 42	218
Cloutier v. Langlois	[1990] 1 S.C.R. 158	420
Coffelt v. Arkansas Power & Light Co.	451 S.W.2d 881 (1970)	154
Collymore v. Attorney-General	[1970] A.C. 538	228
Colombie-Britannique (Milk Board) c. Grisnich	[1995] 2 R.C.S. 895	35
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)	[1990] 2 R.C.S. 838	496
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)	[1990] 2 S.C.R. 838	496
Commission du port du Fraser c. Le "Hiro Maru"	[1974] C.F. 490	517
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767	496
Cunningham v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 143	563

D

Degelder Construction Co. v. Dancorp Developments Ltd.	[1998] 3 S.C.R. 90	145
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1993] 1 R.C.S. 1053	317
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 1 S.C.R. 1053	317
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	496
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	496
Delta v. Active Chemicals Ltd.	(1984), 57 B.C.L.R. 213	143
Demaere c. La Reine du chef du Canada	[1983] 2 C.F. 755	207
Demaere v. The Queen in right of Canada	[1983] 2 F.C. 755	207
Dersch c. Canada (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1505	279, 317
Dersch v. Canada (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1505	279, 317
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal	[1978] 1 R.C.S. 152	31
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	31
Dick v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 309	496
Dickey v. Florida	398 U.S. 30 (1970)	64
Director of Public Prosecutions v. Boardman	[1975] A.C. 421	361
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	410

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	31
Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 705	186

E

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	209, 410
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	209, 410
Elliott v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 393	548, 563

F

Fraser River Harbour Commission v. The "Hiro Maru"	[1974] F.C. 490	517

G

G. (an infant) v. Coltart	[1967] 1 All E.R. 271	383
Garland v. Consumers' Gas Co.	[1998] 3 S.C.R. 112	93
Gartland Steamship Co. v. The Queen	[1960] S.C.R. 315	517
Godson v. City of Toronto	(1890), 18 S.C.R. 36	31
Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for Alberta	(1921), 62 S.C.R. 424	199
Gonzales v. State	582 P.2d 630 (1978)	64
Gould v. Yukon Order of Pioneers	[1996] 1 S.C.R. 571	588
Grabowski v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 434	332
Gray v. Alanco Developments Ltd.	[1967] 1 O.R. 597	320
Grdic v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 810	382
Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets	[1985] 1 C.F. 280	210, 249
Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency	[1985] 1 F.C. 280	210, 249
Guillemette v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 356	618

H

Harris v. Director of Public Prosecutions	[1952] A.C. 694	371
Harvey v. Tarala	(1977), 6 Sask. R. 74	475
Heath v. Kane	(1975), 10 O.R. (2d) 716	475
Hoch v. The Queen	(1988), 165 C.L.R. 292	363
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	218
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	193, 359, 414, 433
Hydro Electric Commission of Mississauga v. City of Mississauga	(1975), 13 O.R. (2d) 511	41

I

Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée	[1975] 2 S.C.R. 2	131

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)	[1990] 2 R.C.S. 367	182
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	183
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	183
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752	462
J		
Jamieson v. Attorney-General of British Columbia	(1971), 21 D.L.R. (3d) 313	182
John Deere Plow Co. v. Wharton	[1915] A.C. 330	496
K		
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	548
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	588
Koufis v. The King	[1941] S.C.R. 481	360
Kourtessis c. M.R.N.	[1993] 2 R.C.S. 53	549
Kourtessis v. M.N.R.	[1993] 2 S.C.R. 53	549
L		
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	191, 239
M		
MacKinnon c. Canada (Pêches et Océans)	[1987] 1 C.F. 490	204, 250
MacKinnon v. Canada (Fisheries and Oceans)	[1987] 1 F.C. 490	204, 249
MacPump Developments Ltd. v. Sarnia (City)	(1994), 20 O.R. (3d) 755	14
Mahoney v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 834	595
Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. R.	[1982] C.S. 1146	190
Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec	(1982), 142 D.L.R. (3d) 512	190
Mason v. Peters	(1982), 39 O.R. (2d) 27	506
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	410
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	410
McMartin v. The Queen	[1964] S.C.R. 484	592, 607
Melnychuk v. Heard	(1963), 45 W.W.R. 257	588
Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.	(1986), 69 B.C.L.R. 220	224
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	66
Minister of Justice of Canada v. Borowski	[1981] 2 S.C.R. 575	185
Ministère de la Justice du Canada c. Borowski	[1981] 2 R.C.S. 575	185
Mira Design Co. v. Seascape Holdings Ltd.	(1981), 34 B.C.L.R. 55	143
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418	467
Mitchell c. Bande indienne Peguis	[1990] 2 R.C.S. 85	588
Mitchell v. Peguis Indian Band	[1990] 2 S.C.R. 85	588

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.	[1991] 1 S.C.R. 779	488
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	218
Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.	[1958] S.C.R. 626	199, 237
N		
Nelson v. C.T.C. Mortgage Corp.	(1984), 16 D.L.R. (4th) 139	125, 398
New Jersey v. T.L.O.	469 U.S. 325 (1985)	407
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1976] 2 S.C.R. 265	185
O		
O'Hara c. Colombie-Britannique	[1987] 2 R.C.S. 591	41
O'Hara v. British Columbia	[1987] 2 S.C.R. 591	41
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 206	473
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 R.C.S. 206	473
P		
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	562, 592, 604
Peacock v. Bell	(1677), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84	474
People v. Overton	301 N.Y.S.2d 479 (1969)	414
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	591
Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)	[1995] 2 R.C.S. 97	41, 626
Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)	[1995] 2 S.C.R. 97	41, 626
Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co.	(1967), 59 W.W.R. 622	475
Pisani v. The Queen	[1971] S.C.R. 738	304, 321
Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v. Belcan S.A.	[1997] 3 S.C.R. 1278	488
Prince Edward Island Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.	[1952] 2 S.C.R. 392	198
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 218	41
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)	[1990] 2 S.C.R. 367	182
Q		
Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 683	464
R		
R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24	608
R. v. Allen	(1996), 1 C.R. (5th) 347	67
R. v. Askov	[1990] 2 S.C.R. 1199	61

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. B. (A.J.)	(1994), 90 C.C.C. (3d) 210	552
R. v. B. (C.R.)	[1990] 1 S.C.R. 717	362
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91	300
R. v. Barnes	(1990), 54 C.C.C. (3d) 368	567, 599, 626
R. v. Barnes	[1991] 1 S.C.R. 449	618
R. v. Barnes	[1995] 2 Cr. App. R. 491	368
R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173	317, 429
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	435
R. v. Bernardo	(1997), 121 C.C.C. (3d) 123	562
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	183, 359
R. v. Borden	[1994] 3 S.C.R. 145	359
R. v. Bosley	(1992), 59 O.A.C. 161	52, 84
R. v. Bouvier	(1984), 11 C.C.C. (3d) 257	377
R. v. Brown	[1993] 2 S.C.R. 918	590
R. v. Broyles	[1991] 3 S.C.R. 595	411, 432
R. v. Buxbaum	(1989), 70 C.R. (3d) 20	575, 605
R. v. C. (M.H.)	[1991] 1 S.C.R. 763	366
R. v. C. (R.)	(1989), 47 C.C.C. (3d) 84	609
R. v. Carter	[1982] 1 S.C.R. 938	378
R. v. Charemski	[1998] 1 S.C.R. 679	367
R. v. Charest	(1990), 57 C.C.C. (3d) 312	321
R. v. Chartrand	[1994] 2 S.C.R. 864	588
R. v. Chek TV Ltd.	(1986), 27 C.C.C. (3d) 380	562
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20	413
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	435
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	59
R. v. Cook	(1979), 47 C.C.C. (2d) 186	552, 564
R. v. Coppen	(1920), 33 C.C.C. 264	283
R. v. Cuerrier	[1998] 2 S.C.R. 371	559
R. v. Cullen	(1989), 52 C.C.C. (3d) 459	381
R. v. D. (L.E.)	[1989] 2 S.C.R. 111	361
R. v. Daly	(1992), 57 O.A.C. 70	281
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	556, 576
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140	408, 434
R. v. Deruelle	[1992] 2 S.C.R. 663	588
R. v. Doan	(1996), 81 B.C.A.C. 192	358
R. v. Duzan	(1993), 79 C.C.C. (3d) 552	107
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	386
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	413
R. v. Egger	[1993] 2 S.C.R. 451	367
R. v. Eng	(1995), 56 B.C.A.C. 18	373
R. v. Evans	[1993] 3 S.C.R. 653	378
R. v. Evans	[1996] 1 S.C.R. 8	436
R. v. F.G.	[1994] M.J. No. 732	323
R. v. Farinacci	(1993), 86 C.C.C. (3d) 32	573
R. v. Finta	[1994] 1 S.C.R. 701	317

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. G. (S.G.)	[1997] 2 S.C.R. 716	301
R. v. Gallant	[1998] 3 S.C.R. 80	49
R. v. Gardiner	[1982] 2 S.C.R. 368	57
R. v. Gardner	[1899] 1 Q.B. 150	281
R. v. Geauvreau	[1982] 1 S.C.R. 485	552, 565
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259	316
R. v. Grant	[1951] 1 K.B. 500	57
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	317
R. v. Head	[1986] 2 S.C.R. 684	55
R. v. Hinchey	[1996] 3 S.C.R. 1128	559
R. v. Hinse	[1995] 4 S.C.R. 597	550, 562, 626
R. v. Hutchinson	(1995), 99 C.C.C. (3d) 88	323
R. v. J.M.G.	(1986), 56 O.R. (2d) 705	405
R. v. J.T.S.	[1997] A.J. No. 125	372
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	59
R. v. Kalanj	[1989] 1 S.C.R. 1594	54
R. v. Keating	(1973), 11 C.C.C. (2d) 133	303
R. v. Khan	(1996), 49 C.R. (4th) 160	370
R. v. Krause	[1986] 2 S.C.R. 466	319
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852	608
R. v. Laverty	(1990), 80 C.R. (3d) 231	567, 599, 626
R. v. Lawson	(1994), 45 B.C.A.C. 14	358
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475	563
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	329
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	55, 317
R. v. M. (R.A.)	(1994), 94 C.C.C. (3d) 459	381
R. v. MacDougall	[1998] 3 S.C.R. 45	82
R. v. Mack	[1988] 2 S.C.R. 903	599, 625, 631
R. v. Mailloux	[1988] 2 S.C.R. 1029	588, 596, 605
R. v. Martin	(1905), 9 C.C.C. 371	292
R. v. Maxwell	(1990), 61 C.C.C. (3d) 289	567, 599, 626
R. v. McAnespie	[1993] 4 S.C.R. 501	592, 607
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615	389
R. v. Meltzer	[1989] 1 S.C.R. 1764	549
R. v. Merdsoy	(1994), 91 C.C.C. (3d) 517	381
R. v. Michaud	[1996] 2 S.C.R. 458	332
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	218
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	358
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	61
R. v. Morris	[1983] 2 S.C.R. 190	360
R. v. Multiform Manufacturing Co.	[1990] 2 S.C.R. 624	563
R. v. Munroe	(1995), 96 C.C.C. (3d) 431	321
R. v. N. (R.S.)	(1995), 31 Alta. L.R. (3d) 424	374
R. v. Nenadic	(1997), 88 B.C.A.C. 81	301
R. v. Neverson	(1991), 69 C.C.C. (3d) 80	321
R. v. Noble	[1997] 1 S.C.R. 874	573

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	562, 626
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	296
R. v. Ollis	[1900] 2 Q.B. 758	382
R. v. Osborn	[1969] 1 O.R. 152	333
R. v. P.	[1991] 3 All E.R. 337	364
R. v. P. (M.B.)	[1994] 1 S.C.R. 555	301, 321
R. v. Pearson	[1998] 3 S.C.R. 620	541, 557, 599, 617
R. v. Popoff	(1960), 129 C.C.C. 250	564
R. v. Potvin	[1993] 2 S.C.R. 880	54, 573, 610
R. v. Pouliot	[1993] 1 S.C.R. 456	332
R. v. Price	[1993] 3 S.C.R. 633	592
R. v. Provo	[1989] 2 S.C.R. 3	548, 564
R. v. R. (R.)	(1994), 91 C.C.C. (3d) 193	591, 610
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	57
R. v. Romeo	[1991] 1 S.C.R. 86	332
R. v. Ross	[1980] 5 W.W.R. 261	372
R. v. Ruptash	(1982), 68 C.C.C. (2d) 182	564
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	493
R. v. Scarrott	(1977), 65 Cr. App. R. 125	370
R. v. Scopelliti	(1981), 63 C.C.C. (2d) 481	364
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	599, 626
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	315
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	408
R. v. Simpson	(1977), 35 C.C.C. (2d) 337	357
R. v. Skinner	[1990] 1 S.C.R. 1235	231
R. v. Stanley	(1977), 36 C.C.C. (2d) 216	552, 564
R. v. Stensrud	[1989] 2 S.C.R. 1115	75
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	435
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	284, 316
R. v. Stolar	[1988] 1 S.C.R. 480	594, 608
R. v. Strebakowski	(1997), 93 B.C.A.C. 139	323
R. v. Studer	(1996), 181 A.R. 399	374
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	593, 605
R. v. Sweitzer	[1982] 1 S.C.R. 949	371
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	429
R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.	[1980] 1 S.C.R. 695	473
R. v. Thomas	[1998] 3 S.C.R. 535	590, 616, 622, 630
R. v. Thompson	[1990] 2 S.C.R. 1111	588
R. v. Thomson	(1995), 102 C.C.C. (3d) 350	595
R. v. Trabulsey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 147	591
R. v. Trudel	[1992] R.J.Q. 2647	77
R. v. Tzimopoulos	(1986), 29 C.C.C. (3d) 304	276, 309
R. v. Verney	(1993), 87 C.C.C. (3d) 363	381
R. v. Vidulich	(1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391	591, 610
R. v. Wade	(1994), 89 C.C.C. (3d) 39	541, 567, 616
R. v. Warsing	[1998] 3 S.C.R. 579	541, 557, 622, 630

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. White	[1998] 2 S.C.R. 72	377
R. v. Wong	[1990] 3 S.C.R. 36	413
R. v. Young	(1984), 46 O.R. (2d) 520	334
Rawluk v. Rawluk	[1990] 1 S.C.R. 70	588
Raysor v. State	272 So.2d 867 (1973)	320
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	59
Re Canada Metal Co. and Heap	(1975), 7 O.R. (2d) 185	36
Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia	(1985), 17 D.L.R. (4th) 385	202
Re Minister of Social Welfare and Rehabilitation and Dube	(1963), 39 D.L.R. (2d) 302	474
Re Nelles and Grange	(1984), 46 O.R. (2d) 210	41
Re Retail, Wholesale & Department Store Union and Government of Saskatchewan	(1985), 19 D.L.R. (4th) 609	228
Reference re Agricultural Products Marketing Act	[1978] 2 S.C.R. 1198	199, 237
Reference re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445	588
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	227
Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)	(1976), 32 C.C.C. (2d) 135	552, 567, 599
Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)	[1985] 2 S.C.R. 486	315
Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.	[1972] S.C.R. 811	496
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles	[1978] 2 R.C.S. 1198	199, 237
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	227
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445	588
Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	315
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	59
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	257
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	257
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	563
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	562
Rogers v. S.S. Baron Carnegie	[1943] Ex. C.R. 163	478

S

Schreiber c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 841	413
Schreiber v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 841	413
Selvey v. Director of Public Prosecutions	[1968] 2 All E.R. 497	333
Seward v. The "Vera Cruz"	(1884), 10 App. Cas. 59	477
Shipman v. Phinn	(1914), 31 O.L.R. 113	475
St. Lawrence & Ottawa Railway Co. v. Lett	(1885), 11 S.C.R. 422	508
Starr v. Houlden	[1990] 1 S.C.R. 1366	35, 218
State ex rel. Utilities Commission v. North Carolina Consumers Council, Inc.	198 S.E.2d 98 (1973)	154
State in Interest of T.L.O. v. Engerud	94 N.J. 331 (1983)	414
Stein c. Le navire «Kathy K»	[1976] 2 R.C.S. 802	465
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	465

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
T		
The Alnwick	[1965] 2 All E.R. 569	522
The Caliph	[1912] P. 213	478
The Ship Catala v. Dagsland	[1928] Ex. C.R. 83	478
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)	[1992] 1 R.C.S. 385	588
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	317, 562
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	317, 562
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)	[1992] 1 S.C.R. 385	588
Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 106	19
Thorson v. Attorney General of Canada	[1975] 1 S.C.R. 138	185
Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.	[1978] 1 S.C.R. 974	131
Toronto Transportation Commission v. The King	[1949] S.C.R. 510	517
V		
Valin v. Langlois	(1879), 3 S.C.R. 1	473
Vana v. Tosta	[1968] S.C.R. 71	508
W		
Waldick v. Malcolm	[1991] 2 S.C.R. 456	588
Walpole v. Canadian Northern Railway Co.	[1923] A.C. 113	515
Ward v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 30	379
Watkins v. Olafson	[1989] 2 S.C.R. 750	493
Whitbread v. Walley	[1990] 3 S.C.R. 1273	462
Wilband v. The Queen	[1967] S.C.R. 14	55
William E. Thomson Associates Inc. v. Carpenter	(1989), 69 O.R. (2d) 545	106, 128
Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.	[1951] S.C.R. 887	195
Z		
Zamora v. Pomeroy	639 F.2d 662 (1981)	414

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

C

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9
s. 572(1) ... 437
s. 646 ... 437
s. 649 ... 437

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 ... 157
s. 2(d) ... 157
s. 6 ... 157
s. 7 ... 339, 535, 579
s. 8 ... 339, 393
s. 10(b) ... 80, 393
s. 11(b) ... 45
s. 11(d) ... 339, 535, 579
s. 24(2) ... 393
s. 32 ... 393

Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242
s. 3 ... 157
s. 4(1) ... 157
s. 7(1)(d) ... 157
s. 7(1)(e) ... 157

Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646 ... 157

Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986, SOR/86-8
s. 4(1)(a) ... 157
s. 5(2) ... 157
s. 6 ... 157
s. 7(1) ... 157

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6 ... 112

PAGE

Constitution Act, 1867
s. 91(27) ... 3

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46
s. 347 ... 90, 112
s. 651(3) ... 262
s. 651(4) ... 262
s. 686(1)(a)(iii) ... 579
s. 686(1)(d) ... 579
s. 686(2) ... 535, 579, 620
s. 686(4) ... 535
s. 686(8) ... 535, 579, 620

F

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3
s. 61(2)(e) ... 437

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7
s. 22 ... 437

L

Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8
s. 59.4 ... 112

M

Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45
s. 100(1) ... 3

T

Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23
s. 38(1) ... 437

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 ... 157
art. 2d) ... 157
art. 6 ... 157
art. 7 ... 339, 535, 579
art. 8 ... 339, 393
art. 10b) ... 80, 393
art. 11b) ... 45
art. 11d) ... 339, 535, 579
art. 24(2) ... 393
art. 32 ... 393

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46
art. 347 ... 90, 112
art. 651(3) ... 262
art. 651(4) ... 262
art. 686(1)a)(iii) ... 579
art. 686(1)d) ... 579
art. 686(2) ... 535, 579, 620
art. 686(4) ... 535
art. 686(8) ... 535, 579, 620

L

Loi constitutionnelle de 1867
art. 91(27) ... 3

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6 ... 112

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7
art. 22 ... 437

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9
art. 572(1) ... 437

PAGE

art. 646 ... 437
art. 649 ... 437

Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8
art. 59.4 ... 112

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3
art. 61(2)e) ... 437

Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23
art. 38(1) ... 437

Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45
art. 100(1) ... 3

P

Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646 ... 157

R

Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement, DORS/86-8
art. 4(1)a) ... 157
art. 5(2) ... 157
art. 6 ... 157
art. 7(1) ... 157

Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242
art. 3 ... 157
art. 4(1) ... 157
art. 7(1)d) ... 157
art. 7(1)e) ... 157

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

Antle, Stephen. "A Practical Guide to Section 347 of the Criminal Code — Criminal Rates of Interest" (1994), 23 *C.B.L.J.* 323 144

Blache, Pierre. «Les libertés de circulation et d'établissement». Dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996 203

Blache, Pierre. "Les libertés de circulation et d'établissement". In Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 203

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997 202

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 34. *Les méthodes d'investigation scientifiques*. Ottawa: La Commission, 1984 388

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur le jury*. Ottawa: La Commission, 1982 ..... 293, 327

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 1re sess., 32e législ., vol. III, 21 juillet 1980, p. 3146 129

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 4e sess., 20e législ., vol. IV, 17 mai 1948, p. 4100 478

Canada. *House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., vol. III, July 21, 1980, p. 3146 129

Canada. *House of Commons Debates*, 4th Sess., 20th Parl., vol. IV, May 17, 1948, p. 3994 478

Canada. Law Reform Commission. *Report on the Jury*. Ottawa: The Commission, 1982 ..... 293, 327

Canada. Law Reform Commission. Working Paper No. 34. *Investigative Tests*. Ottawa: The Commission, 1984 388

Cooper-Stephenson, Ken. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 507

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990 ..... 474, 547, 558

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991 ..... 474, 547, 558

Dickson, Brian. "The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Context and Evolution". Dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996 194

Dickson, Brian. "The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Context and Evolution". In Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 194

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994 ..... 526, 587

Eggleston, Richard. *Evidence, Proof and Probability*, 2nd ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1983 360

Feldman, Michael. "Criminal Interest Rates in the Context of Early Payment of a Debt Obligation" (1985), 2 *Bus. & L.* 70 145

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 507

Ferguson, Gerry. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 3rd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1997 (loose-leaf updated November 1997, release PB97874) 358

Fischer, Thomas C. «From *Tinker* to *TLO*; Are Civil Rights for Students "Flunking" in School?» (1993), 22 *J. L. & Education* 409 419

Goode, Royston Miles. *Consumer Credit Law*. London: Butterworths, 1989 ..... 134, 153

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 ..... 59, 218

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2) 496

Jackman, Martha. "Interprovincial Mobility Rights Under the *Charter*" (1985), 43(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 16 215

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23 ..... 302, 333

Keest, Kathleen E. *The Cost of Credit: Regulation and Legal Challenges*. Boston: National Consumer Law Center, 1995 131

Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*, vol. II, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1974 595

Lana, Robert E. "Familiarity and the Order of Presentation of Persuasive Communications" (1961), 62 *Abn. & Soc. Psychol.* 573 324

Laskin, John B. "Mobility Rights under the *Charter*" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 89 237

Lawson, Robert G. "The Law of Primacy in the Criminal Courtroom" (1969), 77 *J. of Soc. Psychol.* 121 324

Lee, Tanya, and Michael J. Trebilcock. "Economic Mobility and Constitutional Reform" (1987), 37 *U.T.L.J.* 268 ..... 200, 237

Mahoney, R. "Similar Fact Evidence and the Standard of Proof", [1993] *Crim. L. Rev.* 185 371

McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 595

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated November 1997, release 19) 368

Mitchell, Graeme G. "*Potvin*: *Charter*-Proofing Criminal Appeals" (1993), 23 C.R. (4th) 37 54

Nouveau Petit Robert. Paris, Le Robert, 1996, «convention», «entente» 153

Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *La Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin: Rapport* (Rapport Kaufman), vol. 1. Toronto: Ministère du Procureur général, 1998 285

Ontario. The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (Kaufman Report), vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998 285

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "agreement", "arrangement" 153

Percival, Richard. Case and Comment on *R. v. Brown, Wilson, McMillan and McClean*, [1997] *Crim. L. Rev.* 502 368

Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law. Under the general editorship of John E. C. Brierley and Roderick A. Macdonald. Toronto: Emond Montgomery, 1993 516

Renke, Wayne. "Deferring Delay: A Comment on *R. v. Potvin*" (1994), 5 *Constitutional Forum* 16 54

Saks, Michael J., and Reid Hastie. *Social Psychology in Court*. New York: Van Nostrand Reinhold Co., 1978 324

PAGE

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 1998, release No. 8) 549

Sanchez, J. M. «Expelling the Fourth Amendment from American Schools: Students' Rights Six Years After *T.L.O.*» (1992), 21 *J. L. & Education* 381 419

Schmeiser, Douglas A., and Katherine J. Young. "Mobility Rights in Canada" (1983), 13 *Man. L.J.* 615 ..... 200, 241

Schultz, D. P. "Primacy-Recency Within a Sensory Variation Framework" (1963), 13 *Psychol. Rec.* 129 324

Shakespeare, William. *Jules César*. Œuvres de William Shakespeare. Traduit par F.-V. Hugo. Paris: Édition de Cluny, 1938 280

Shakespeare, William. *Julius Cæsar*. The Arden Edition of the Works of William Shakespeare. Ed. by T. S. Dorsch. London: Arden Shakespeare Paperbacks, 1955 280

Shores, William. "Walking Onto an Unfamiliar Playing Field — Expanding the Freedom of Association to Cover Trade" (1996), 6 *Reid's Administrative Law* 1 231

Smith, J. C. Case and Comment on *R. v. Hurren*, [1962] *Crim. L. Rev.* 770 367

Sopinka, John. "The Many Faces of Advocacy", [1990] *Advocates Soc. J.* 3 280

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993 549

Sopinka, John, Sidney Lederman and Alan Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992 319

Tanford, J. Alexander. "An Introduction to Trial Law" (1986) 51 *Mo. L. Rev.* 623 297

Tanford, J. Alexander. "Closing Argument Procedure" (1986), 10 *Am. J. Trial Advoc.* 47 299

Tanford, J. Alexander. *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics*. Charlottesville, Va.: The Michie Co., 1983 297

United Kingdom. Criminal Law Revision Committee. Fourth Report, "Order of Closing Speeches". Cmnd. 2148. London: H.M. Stationery Office, 1963 292

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (updated December 1997, release 6) 508

White, Robert B. *The Art of Trial*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 320

Ziegel, Jacob S. "Section 347 of the Criminal Code" (1994), 23 *C.B.L.J.* 321 130

Ziegel, Jacob S. "The Usury Provisions in the Criminal Code: The Chickens Come Home to Roost" (1986), 11 *C.B.L.J.* 233 129

Lee Edward Campbell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* CAMPBELL

File No.: 26454.

1998: December 11.

Present: Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Murder — Accused and co-accused convicted of second degree murder — Substantial agreement with majority reasons of appeal court upholding accused's conviction.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 122 C.C.C. (3d) 44, [1998] B.C.J. No. 27 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Sheldon Goldberg, for the appellant.

John M. Gordon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — We are all in substantial agreement with the reasons of Hall J.A. (1998), 122 C.C.C. (3d) 44, and this appeal as of right is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Lee Edward Campbell *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* CAMPBELL

Nº du greffe: 26454.

1998: 11 décembre.

Présents: Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

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

Droit criminel — Meurtre — Accusé et coaccusé déclarés coupables de meurtre au deuxième degré — Accord substantiel avec les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 122 C.C.C. (3d) 44, [1998] B.C.J. No. 27 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Sheldon Goldberg, pour l'appelant.

John M. Gordon, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous souscrivons tous, pour l'essentiel, aux motifs du juge Hall de la Cour d'appel (1998), 122 C.C.C. (3d) 44, et le présent pourvoi de plein droit est donc rejeté. 1

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Kevin White *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* WHITE

File No.: 26510.

1998: December 11.

Present: Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delay unreasonable — Stay of proceedings upheld.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1998), 160 Nfld. & P.E.I.R. 309, 494 A.P.R. 309, [1998] N.J. No. 24 (QL), dismissing the Crown's appeal from a judgment of O'Regan J. (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 41, 453 A.P.R. 41, [1996] N.J. No. 235 (QL), ordering a stay of proceedings. Appeal dismissed.

Colin J. Flynn, Q.C., for the appellant.

Thomas J. Burke and *Thomas J. Johnson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 CORY J. — We are all in agreement with the reasons of O'Regan J. at first instance and those of Cameron J.A. in the Court of Appeal. This appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondent: O'Dea, Earle, St. John's.

Kevin White *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* WHITE

N° du greffe: 26510.

1998: 11 décembre.

Présents: Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai déraisonnable — Arrêt des procédures confirmé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1998), 160 Nfld. & P.E.I.R. 309, 494 A.P.R. 309, [1998] N.J. No. 24 (QL), qui a rejeté l'appel formé par le ministère public contre un jugement du juge O'Regan (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 41, 453 A.P.R. 41, [1996] N.J. No. 235 (QL), qui avait ordonné un arrêt des procédures. Pourvoi rejeté.

Colin J. Flynn, c.r., pour l'appelant.

Thomas J. Burke et *Thomas J. Johnson*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous souscrivons tous aux motifs exposés par le juge O'Regan en première instance et à ceux du juge Cameron de la Cour d'appel. Le présent pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intimée: O'Dea, Earle, St. John's.

Alexander Francois Thomas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* THOMAS

File No.: 25943.

1998: June 19; 1998: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT OF APPEAL

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of second degree murder following jury trial — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of whether accused guilty of second degree murder or manslaughter — Whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

The accused was charged with second degree murder in relation to the shooting death of his common law partner. The incident occurred in the presence of an eyewitness who testified that the accused had killed his partner. The accused relied on the defence of intoxication in support of his position that he should be convicted of manslaughter. In his closing address to the jury, defence counsel conceded that his client caused the death of his partner by means of an unlawful act. The accused was convicted of second degree murder and, because of ineffective legal representation, filed a notice of appeal more than two years after his conviction. In the meantime, a number of trial exhibits were destroyed. The Court of Appeal granted the motion to extend time to file the notice of appeal, allowed the appeal from conviction and ordered a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*. The court held that the trial judge had not adequately answered questions from the jury on the issue of intent and intoxication. The court also issued an ancillary order under s. 686(8), confining the

Alexander Francois Thomas *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* THOMAS

N° du greffe: 25943.

1998: 19 juin; 1998: 17 décembre.

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

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

Droit criminel — Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré à la suite d'un procès devant jury — Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré relativement au décès de sa conjointe de fait, qui a été abattue d'un coup de feu. L'événement s'est produit en présence d'un témoin oculaire qui a affirmé, dans sa déposition, que l'accusé avait tué sa conjointe. L'accusé a invoqué la défense d'intoxication à l'appui de sa prétention selon laquelle il devait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Dans son exposé final au jury, l'avocat de la défense a admis que son client avait causé la mort de sa conjointe en commettant un acte illégal. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et, en raison d'une mauvaise représentation en justice, a déposé un avis d'appel plus de deux ans après la déclaration de culpabilité. Entretemps, plusieurs pièces qui avaient été déposées au procès ont été détruites. La Cour d'appel a accueilli la requête en prorogation du délai de dépôt de l'avis d'appel ainsi que l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité, et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès en application du par. 686(2) du *Code criminel*. La cour a conclu que le juge du procès avait donné des explications insatisfaisantes en réponse aux questions du jury au sujet de l'intention et de l'intoxication. En vertu du par. 686(8), la cour a également rendu une ordonnance accessoire limitant la portée du nouveau procès à

new trial to the issue of whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a full new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: Section 686(8) does not confer unlimited discretion on a court of appeal to issue ancillary orders. In addition to being constrained by what justice requires, a court of appeal should not issue an order that is at direct variance with the court's underlying judgment. Any order made under s. 686(8) must also be consistent with s. 686 when read in its entirety. A court of appeal must thus assess whether it has jurisdiction to issue a particular ancillary order under s. 686(8) having regard to the basis on which the appeal is disposed of and its various powers under s. 686 generally.

The Court of Appeal had no jurisdiction to issue an order limiting the accused's new trial to the issue of whether he is guilty of second degree murder or manslaughter. Orders limiting the scope of a new trial after granting an appeal from a jury verdict do not accord with the principles underlying the powers granted to courts of appeal under s. 686. While s. 686(4) applies only to appeals from acquittal, and this case deals with an appeal from a conviction, that subsection offers guidance as to the extent of an appeal court's jurisdiction under s. 686(8) to order a limited new trial in a jury case. Under s. 686(4)(*b*)(i), a court of appeal could not issue the kind of order that was issued in this case. To do so would be tantamount to entering a partial conviction against the accused, which s. 686(4)(*b*)(ii) specifically prevents the appeal court from doing. Therefore, the words "new trial" in s. 686(4)(*b*)(i) mean a full new trial and the same words in s. 686(2)(*b*) should be given a like meaning, at least where there has been a jury trial.

Further, there is no power under s. 686(2)(*b*) allowing an appellate court to substitute a finding of guilt for any other offence. The Court of Appeal's order in this case amounts to a finding of guilt for, at the least, manslaughter, constituting a substituted verdict for the jury's

la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès complet est ordonnée.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Le paragraphe 686(8) ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire illimité de rendre des ordonnances accessoires. En plus d'être limitée par les exigences de la justice, une cour d'appel ne doit pas rendre une ordonnance directement incompatible avec son jugement sous-jacent. Toute ordonnance fondée sur le par. 686(8) doit être compatible avec l'art. 686 envisagé dans son ensemble. Une cour d'appel doit donc déterminer si elle a compétence pour rendre une ordonnance accessoire fondée sur le par. 686(8), à la lumière des motifs justifiant la décision rendue en appel et des différents pouvoirs que lui confère l'art. 686 de façon générale.

La Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de rendre une ordonnance limitant le nouveau procès de l'accusé à la question de savoir s'il était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. Les ordonnances restreignant la portée d'un nouveau procès après que l'appel d'un verdict rendu par un jury a été accueilli ne sont pas conformes aux principes qui sous-tendent les pouvoirs conférés aux cours d'appel par l'art. 686. Bien que le par. 686(4) ne s'applique qu'aux appels d'un acquittement et que la présente affaire porte sur l'appel d'une déclaration de culpabilité, ce paragraphe donne une indication de l'étendue de la compétence qu'une cour d'appel a, en vertu du par. 686(8), pour ordonner la tenue d'un nouveau procès de portée limitée dans le cas d'une affaire devant jury. En vertu du sous-al. 686(4)*b*)(i), une cour d'appel ne peut rendre une ordonnance du genre de celle qui a été rendue en l'espèce. Agir de la sorte équivaudrait à consigner une déclaration de culpabilité partielle contre l'accusé, ce que le sous-al. 686(4)*b*)(ii) empêche expressément une cour d'appel de faire. Par conséquent, les mots «nouveau procès» au sous-al. 686(4)*b*)(i) signifient un nouveau procès complet et, à l'al. 686(2)*b*), ils doivent être interprétés de la même manière, à tout le moins lorsqu'il y a eu un procès devant jury.

En outre, l'al. 686(2)*b*) n'autorise d'aucune façon une cour d'appel à substituer une déclaration de culpabilité relativement à quelque autre infraction que ce soit. En l'espèce, l'ordonnance de la Cour d'appel équivaut à tout le moins à une déclaration de culpabilité d'homi-

conviction of second degree murder. Section 686(8) does not extend so far as to provide authority for such an order in the circumstances of a jury trial. As a matter of principle, appeal courts should not restrict the plenitude of the jury's jurisdiction on a new trial by confining the scope of the issues normally within its province. In ordering a limited new trial, the Court of Appeal attempted to circumscribe the duties of the jury to deciding between manslaughter and second degree murder. The jury is precluded from entering a verdict of not guilty.

This case also illustrates that there may be dangers in restricting the ambit of new trials before a jury. Here, the questions posed by the jury to the trial judge indicate that the jury struggled with the issue of *mens rea*. Given the fundamental nature of those questions, were it not for the fact the accused's counsel conceded to the jury that his client had killed his partner and asked for a finding of guilty of manslaughter, it is unlikely that the Court of Appeal would have had any confidence in the accused's liability even for manslaughter. A limited new trial in this case would bind the accused to concessions made at the first trial which could limit his right to full answer and defence at the second trial and impinge on his presumption of innocence as protected by ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Furthermore, since the accused's trial, there have been important developments in the law regarding the relationship between *mens rea*, intent and intoxication, including the enactment of s. 33.1 of the *Criminal Code* with respect to the defence of self-induced intoxication. It would be inappropriate in these circumstances to constrain the issues to be placed before the second jury.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): When a court of appeal orders a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*, s. 686(8) allows the court to make "any order, in addition, that justice requires". In this context, the remedial purpose of s. 686(8) is to ensure that the interests of justice are protected where ordering a new trial alone would not ensure that justice is done. This remedial purpose should be broadly construed in order to enhance the ability of appellate courts to respond in a measured way to the nature and extent of the error made at trial. A court of appeal's jurisdiction under s. 686(8) to make all kinds of

cide involontaire coupable, qui remplace le verdict de meurtre au deuxième degré rendu par le jury. Le paragraphe 686(8) n'a pas la portée nécessaire pour conférer le pouvoir de rendre une ordonnance de cette nature dans les cas de procès devant jury. En principe, les cours d'appel ne doivent pas réduire l'étendue de la compétence du jury à l'occasion d'un nouveau procès en restreignant la portée des questions litigieuses relevant normalement de sa compétence. En ordonnant un nouveau procès de portée limitée, la Cour d'appel a tenté de réduire les fonctions du jury à celle de décider entre l'homicide involontaire coupable et le meurtre au deuxième degré. On empêche le jury de rendre un verdict de non-culpabilité.

La présente affaire illustre également les dangers que peut entraîner le fait de restreindre la portée d'un nouveau procès devant jury. En l'espèce, les questions posées par le jury au juge du procès démontrent que le jury a éprouvé des difficultés à résoudre la question de la *mens rea*. Étant donné la nature fondamentale de ces questions, il est peu probable que la Cour d'appel aurait été convaincue de la culpabilité de l'accusé, même en ce qui a trait à l'homicide involontaire coupable, si l'avocat de l'accusé n'avait pas admis devant le jury que son client avait tué sa conjointe et s'il n'avait pas demandé que ce dernier soit déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. En l'espèce, un nouveau procès de portée limitée rendrait l'accusé prisonnier des concessions faites lors du premier procès, ce qui pourrait entraver l'exercice de son droit à une défense pleine et entière à l'occasion du second procès et contrevenir à la présomption d'innocence, qui sont respectivement protégés par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, depuis le procès de l'accusé, il y a eu une évolution importante du droit relativement à la relation entre la *mens rea*, l'intention et l'intoxication, notamment l'adoption de l'art. 33.1 du *Code criminel*, qui porte sur la défense d'intoxication volontaire. Il serait inapproprié, dans ces circonstances, de restreindre les questions à être soumises au second jury.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La cour d'appel qui ordonne la tenue d'un nouveau procès conformément au par. 686(2) du *Code criminel* peut, en vertu du par. 686(8), «en outre rendre toute ordonnance que la justice exige». Dans ce contexte, les fins réparatrices du par. 686(8) sont de veiller à ce que les intérêts de la justice soient protégés lorsque l'ordonnance de nouveau procès n'assurerait pas, à elle seule, que justice soit rendue. Ces mesures réparatrices doivent être interprétées largement afin d'accroître la capacité des cours d'appel de répondre de façon mesurée à la nature et à la gravité de l'erreur commise au

orders, including any ancillary order restricting the issues of a new trial, is limited only by what "justice requires". What "justice requires" in a particular situation will vary and should be determined by the court of appeal on a case-by-case basis. The determination of what "justice requires" is informed by the remedial purpose of s. 686(8) and involves a consideration of both the individual interest of the accused in a fair trial and the collective interest in the proper administration of justice. In addition, the language of s. 686(8) is inconsistent with a determination that certain classes of orders are outside its scope. While the discretion granted under s. 686(8) to appellate courts is not unlimited, the proper approach for this Court is to review the exercise of that judicial discretion on a case-by-case basis and not to conclusively place entire classes of orders outside the jurisdiction of a court of appeal. Section 686(4), which is not at issue in this case, cannot be used to limit the jurisdiction granted to appellate courts by s. 686(8).

An order under s. 686(8) restricting a new trial to limited verdicts is an exceptional remedy that will be required by justice in "special circumstances". Such an order may exceptionally be available where it is beyond reasonable doubt that the accused committed the guilty act and the only outstanding issue relates to the legal quality of that act. In this case, identity was not an issue at trial. Defence counsel admitted to the jury that the accused had caused the death of his partner by means of an unlawful act and that he was accordingly guilty of at least manslaughter. There was also overwhelming evidence tendered at trial against the accused. This led the Court of Appeal to conclude that there was no doubt that the accused killed his partner. In these special circumstances, the Court of Appeal's order restricting the new trial to limited verdicts of manslaughter or second degree murder was appropriate and in accordance with the requirements of justice.

The order is not inconsistent with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*. Here, the Crown has already discharged its burden with respect to the other elements of the crime and the jury has found beyond a reasonable doubt that the accused killed his partner. The trial judge's error relates to his instructions on the issue of intent. Accordingly, the Court of Appeal only revived the elements relevant to

procès. La compétence qu'a une cour d'appel, en vertu du par. 686(8), de rendre toutes sortes d'ordonnances, y compris toute ordonnance accessoire limitant les questions qui font l'objet d'un nouveau procès, est restreinte uniquement par ce que «la justice exige». Ce que «la justice exige» dans une situation donnée variera et devrait être décidé par la cour d'appel selon chaque cas. La détermination de ce que «la justice exige» découle des fins réparatrices du par. 686(8) et fait intervenir tant l'examen de l'intérêt individuel de l'accusé dans un procès équitable que celui de l'intérêt collectif dans la bonne administration de la justice. De plus, le libellé du par. 686(8) est incompatible avec la conclusion que certains types d'ordonnances sont hors de sa portée. Bien que le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 686(8) aux cours d'appel ne soit pas illimité, l'approche appropriée pour notre Cour consiste à examiner l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire cas par cas et non pas à retrancher définitivement de la compétence des cours d'appel des catégories entières d'ordonnances. Le paragraphe 686(4), qui n'est pas ici en cause, ne saurait être appliqué de façon à limiter la compétence conférée aux cours d'appel par le par. 686(8).

Une ordonnance rendue en vertu du par. 686(8) et qui restreint le nouveau procès à un nombre limité de verdicts est une réparation exceptionnelle que la justice exigera dans des «circonstances spéciales». Une telle ordonnance peut exceptionnellement être rendue lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché et que la seule question non résolue a trait à la qualification juridique de cet acte. En l'espèce, l'identité n'était pas en litige au procès. L'avocat de la défense a admis devant le jury que l'accusé avait causé la mort de sa conjointe au moyen d'un acte illégal et que, par conséquent, il était au moins coupable d'homicide involontaire coupable. De plus, la preuve déposée au procès contre l'accusé était accablante. Cela a mené la Cour d'appel à conclure qu'il n'y avait aucun doute que l'accusé avait tué sa conjointe. Vu ces circonstances spéciales, l'ordonnance de la Cour d'appel restreignant le nouveau procès à un nombre limité de verdicts — homicide involontaire coupable ou meurtre au deuxième degré — était appropriée et conforme aux exigences de la justice.

L'ordonnance n'est pas incompatible avec la présomption d'innocence garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte*. En l'espèce, le ministère public s'est déjà acquitté de son fardeau de preuve relativement aux autres éléments du crime, et le jury a conclu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait tué sa conjointe. L'erreur commise par le juge du procès est liée à ses directives portant sur la question de l'intention. En con-

the issue of intent. On those elements, the accused is entitled to a full presumption of innocence and the Crown must prove the intent required for second degree murder beyond a reasonable doubt. The same reasoning refutes the suggestion that a new trial on restricted issues violates the right to a jury trial guaranteed by s. 11(*f*) of the *Charter*. Furthermore, the accused will suffer no prejudice arising from the order. The restricting order corrects the error made at trial, returns the accused to the same position he was in at the conclusion of the trial, and permits him to fully litigate the only live issue — his level of intent — that remains undecided by a properly and fully instructed jury. Lastly, the changes in the law regarding intent and intoxication since the accused's trial are not relevant to this case because there is no suggestion that the accused was in a state resembling that of extreme intoxication akin to automatism.

The Court of Appeal did not err in hearing the motion to extend time at the same time as the appeal and in relying on the Crown's affidavits.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Distinguished: *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; **referred to:** *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, rev'd on other grounds [1995] 2 S.C.R. 737; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. v. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210; *R. v. Geauvreau*, [1982] 1 S.C.R. 485; *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Pearson, [1998] 3 S.C.R. 620; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135; *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, rev'd on other grounds [1995] 2 S.C.R. 737; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Chek*

séquence, la Cour d'appel n'a fait renaître que les éléments relatifs à la question de l'intention. À l'égard de ces éléments, l'accusé a entièrement droit à la présomption d'innocence et le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable l'intention requise pour un meurtre au deuxième degré. Le même raisonnement réfute l'argument selon lequel la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions viole le droit à un procès par jury garanti par l'al. 11*f*) de la *Charte*. De plus, l'accusé ne subira aucun préjudice découlant de l'ordonnance. L'ordonnance limitative corrige l'erreur commise au procès, replace l'accusé dans la situation où il était à la fin du procès et lui permet de plaider la seule question encore en litige, soit son niveau d'intention, qui reste à être tranchée par un jury ayant reçu des directives appropriées et complètes. Enfin, l'évolution du droit relatif à l'intention et à l'intoxication depuis le procès de l'accusé n'est pas pertinente en l'espèce puisque rien n'indique que l'accusé était dans un état ressemblant à l'intoxication extrême équivalant à l'automatisme.

La Cour d'appel n'a commis aucune erreur en entendant la requête en prorogation de délai en même temps que l'appel et en se fondant sur les affidavits du ministère public.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Distinction faite d'avec l'arrêt: *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620; **arrêts mentionnés:** *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, inf. pour d'autres motifs [1995] 2 R.C.S. 737; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. c. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210; *R. c. Geauvreau*, [1982] 1 R.C.S. 485; *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Pearson, [1998] 3 R.C.S. 620; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135; *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, inf. pour d'autres motifs [1995] 2 R.C.S. 737; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Chek TV*

TV Ltd. (1986), 27 C.C.C. (3d) 380; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. v. Ruptash* (1982), 68 C.C.C. (2d) 182; *R. v. Popoff* (1960), 129 C.C.C. 250; *R. v. Geauvreau*, [1982] 1 S.C.R. 485; *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, aff'd [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*d*), (*f*).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 33.1 [ad. 1995, c. 32, s. 1], Part XXI, 674, 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (2), (3) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145], (4) [*idem*], (6) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (7) [*idem*], (8).

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 1998, release No. 8).

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 85 B.C.A.C. 303, 138 W.A.C. 303, [1997] B.C.J. No. 341 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for second degree murder and ordering a new trial confined to the issue of whether the verdict should be one of second degree murder or of manslaughter. Appeal allowed and full new trial ordered,

Ltd. (1986), 27 C.C.C. (3d) 380; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. c. Ruptash* (1982), 68 C.C.C. (2d) 182; *R. c. Popoff* (1960), 129 C.C.C. 250; *R. c. Geauvreau*, [1982] 1 R.C.S. 485; *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, conf. par [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*d*), *f*).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 33.1 [aj. 1995, ch. 32, art. 1], partie XXI, 674, 686(1) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 145; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (2), (3) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 145], (4) [*idem*], (6) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (7) [*idem*], (8).

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 1998, release No. 8).

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 85 B.C.A.C. 303, 138 W.A.C. 303, [1997] B.C.J. No. 341 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si le verdict devrait être celui de meurtre au deuxième degré ou celui d'homicide

L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Sheldon Goldberg, for the appellant.

Gregory J. Fitch, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE — This appeal, along with the two others being released with it, *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, and *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620, deal with the powers of courts of appeal under s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The particular issue that arises in this case is whether on an appeal from a conviction, s. 686(8) of the *Criminal Code*, which provides that a court of appeal may make "any [additional] order . . . that justice requires", authorizes it to order a new trial limited to the issue of whether the accused is guilty of second degree murder or manslaughter. This question was raised in another case which recently came before this Court but that case was ultimately decided on other grounds: *R. v. Wade*, [1995] 2 S.C.R. 737. I wish to state at the outset that my decision in this case focuses on an appellate court's powers with respect to appeals from jury verdicts. I leave for another day the question of whether the same principles would apply to appeals from decisions by a judge alone and whether, in that case, s. 686(8) might allow a court of appeal to limit the defences available to an accused on a second trial. In addition, for the reasons given by Justice Major and myself in *Pearson*, the issue of entrapment presents such a special set of circumstances for appeal courts that it justifies a different approach to s. 686(8) of the *Criminal Code* than that which I take in this case.

involontaire coupable. Pourvoi accueilli et nouveau procès complet ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Sheldon Goldberg, pour l'appelant.

Gregory J. Fitch, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi, à l'instar des deux autres arrêts rendus simultanément, à savoir *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, et *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, porte sur les pouvoirs des cours d'appel selon l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La question particulière qui est soulevée en l'espèce est de savoir si, à la suite d'un appel contre une déclaration de culpabilité, le par. 686(8) du *Code criminel*, qui prévoit qu'une cour d'appel peut rendre «toute ordonnance [additionnelle] que la justice exige», autorise cette dernière à ordonner la tenue d'un nouveau procès sur la seule question de savoir si l'accusé est coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. Cette question a été soulevée dans le cadre d'un autre pourvoi formé récemment devant notre Cour, mais qui a finalement été tranché en fonction d'autres moyens: *R. c. Wade*, [1995] 2 R.C.S. 737. Je désire préciser au départ que la décision que je rends dans la présente affaire porte sur les pouvoirs de la cour d'appel chargée de statuer sur un appel formé à l'encontre du verdict d'un jury. Je n'aborde pas la question de savoir si les mêmes principes s'appliquent aux appels interjetés contre les décisions rendues par un juge seul et si, dans un tel cas, le par. 686(8) pourrait permettre à une cour d'appel de restreindre les moyens de défense que peut invoquer l'accusé lors d'un second procès. En outre, pour les raisons que le juge Major et moi-même avons exposées dans *Pearson*, la question de la provocation policière présente pour les cours d'appel un ensemble si particulier de circonstances qu'elle justifie de donner au par. 686(8) du *Code criminel* une interprétation différente de celle que je lui donne en l'espèce.

I. Factual Background

2 The appellant, Mr. Thomas, was charged with second degree murder in relation to the shooting death of his common law partner, Ms. Alexander. The incident occurred in the presence of a certain Ray Davis who testified that the accused killed Alexander. The only serious issue that arose at trial was whether Mr. Thomas intended to cause the victim's death, thereby committing murder. The appellant relied on the defence of intoxication in support of his position that he should be convicted of the lesser included offence of manslaughter. In his closing address to the jury, counsel for the appellant conceded that his client caused the death of Ms. Alexander by means of an unlawful act. The accused was convicted of second degree murder on March 19, 1993.

3 A notice of appeal against conviction was filed on Thomas' behalf on May 29, 1995, almost two years out of time. This delay in filing an appeal was apparently attributable to the questionable conduct of the lawyer retained by British Columbia Legal Services to advise the accused at that point in time. These regrettable circumstances resulted in a breakdown in communication between the accused, his lawyer and the Legal Services Society of British Columbia. In the meantime, in September 1993, the Crown gave permission for most trial exhibits to be destroyed. Taken as a whole, these exhibits confirmed the oral testimony of Davis, the only eyewitness to the shooting, and assisted the Crown in establishing that Thomas killed Alexander.

4 Given the fact that the accused had fallen prey to ineffective, if not negligent, legal representation, the Court of Appeal agreed to hear the appellant's motion to extend time for bringing an appeal against his conviction. In fact, the Court of Appeal heard the motion to extend time and the appeal against conviction at the same time, on January 6, 1997. The next day, in oral reasons for judgment, the Court of Appeal granted the motion to extend time, allowed the appeal from conviction and

I. Les faits

L'appelant, M. Thomas, a été accusé de meurtre au deuxième degré relativement au décès de sa conjointe de fait, Mme Alexander, qui a été abattue d'un coup de feu. L'événement s'est produit en présence d'un certain Ray Davis, qui a témoigné que l'accusé avait tué Alexander. Au procès, la seule question en litige importante était de savoir si M. Thomas avait l'intention de causer la mort de la victime et s'il avait, de ce fait, commis un meurtre. L'appelant a invoqué la défense d'intoxication à l'appui de sa prétention selon laquelle il devait être déclaré coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Dans son exposé final au jury, l'avocat de l'appelant a admis que son client avait causé la mort de Mme Alexander en commettant un acte illégal. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré le 19 mars 1993.

Un avis d'appel de la déclaration de culpabilité a été déposé au nom de Thomas le 29 mai 1995, soit presque deux ans après l'expiration du délai prescrit. Il semble que ce retard ait été attribuable au comportement douteux de l'avocat alors mandaté par le bureau d'aide juridique de la Colombie-Britannique pour conseiller l'accusé. Ces circonstances regrettables ont donné lieu à la cessation des communications entre l'accusé, son avocat et la Legal Services Society of British Columbia. Entretemps, soit en septembre 1993, le ministère public a autorisé la destruction de la majorité des pièces produites au procès. Dans l'ensemble, ces pièces corroboraient le témoignage de Davis, le seul témoin oculaire du coup de feu, et elles ont été utiles au ministère public pour prouver que Thomas avait tué Alexander.

L'accusé ayant été victime d'une mauvaise représentation en justice, voire même de négligence de la part de son avocat, la Cour d'appel a accepté d'entendre sa requête en prorogation du délai pour interjeter appel de la déclaration de culpabilité. Dans les faits, la Cour d'appel a entendu en même temps la requête en prorogation de délai et l'appel formé contre la déclaration de culpabilité le 6 janvier 1997. Le lendemain, la Cour d'appel a prononcé oralement ses motifs de jugement par

ordered a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*: (1997), 85 B.C.A.C. 303. Lambert J.A. held that a new trial was required in light of the failure of the trial judge to answer clearly the questions of the jury with respect to intent and intoxication. However, the Court of Appeal went on to issue an ancillary order under s. 686(8), confining the new trial to the issue of whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter. It is the limited character of this new trial order that Mr. Thomas challenges in this appeal.

lesquels elle accueillait la requête en prorogation de délai ainsi que l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité et ordonnait un nouveau procès en application du par. 686(2) du *Code criminel*: (1997), 85 B.C.A.C. 303. Le juge Lambert a conclu qu'un nouveau procès était nécessaire étant donné les explications insatisfaisantes données par le juge du procès en réponse aux questions du jury concernant l'intention et l'intoxication. Toutefois, la Cour d'appel a également rendu, en vertu du par. 686(8), une ordonnance accessoire limitant la portée du nouveau procès à la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. C'est le caractère limitatif de cette ordonnance de nouveau procès que M. Thomas conteste dans le présent pourvoi.

II. The Judgment of the British Columbia Court of Appeal

The Court of Appeal decided to hear the motion for extension of time and the appeal on the merits in a single hearing in order to save the court's time. The Court of Appeal also proceeded in this manner because the Crown had initially argued that an extension of time should only be granted if the appeal were limited to the issue of whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter.

The Court of Appeal allowed the appellant's motion. It held that the failure of the trial judge to answer properly questions from the jury on the relationship between intent and intoxication left the jury confused about the state of the law. In these circumstances, it was unsafe to uphold a conviction resting on the jury's verdict, and a new trial had to be ordered. However, on the basis of the evidence tendered at trial, there was no doubt that the appellant had killed Ms. Alexander. Identity was not in issue at the trial. Furthermore, some relevant exhibits had been destroyed before the appellant filed his notice of appeal two years late. For these reasons, the Court of Appeal concluded that the new trial should be confined to the issue of whether the verdict should have been one of

II. Le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique

La Cour d'appel a décidé d'entendre la requête en prorogation de délai et l'appel au fond au cours de la même audience afin de gagner du temps. Elle a aussi procédé de cette manière parce que le ministère public a prétendu au départ que la prorogation de délai ne devait être accordée que si l'appel ne portait que sur la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. 5

La Cour d'appel a accueilli la requête de l'appelant. Elle a conclu que l'omission du juge du procès de répondre correctement aux questions du jury sur le lien existant entre l'intention et l'intoxication n'a pas dissipé la confusion dans l'esprit du jury quant à l'état du droit. Dans un cas pareil, il était risqué de maintenir une déclaration de culpabilité fondée sur le verdict du jury, de sorte qu'un nouveau procès devait être ordonné. Cependant, la preuve présentée au procès ne laissait planer aucun doute sur le fait que l'appelant avait tué Mme Alexander. L'identité de l'auteur du crime n'était pas en litige lors du procès. De plus, certaines pièces pertinentes avaient été détruites avant que l'appelant n'ait déposé son avis d'appel avec un retard de deux ans. Pour ces motifs, la Cour 6

second degree murder or manslaughter. Lambert J.A. held that the court had jurisdiction to make such an order by virtue of s. 686(8) of the *Criminal Code*, as interpreted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39. The court also extended the time for the accused to bring an appeal on sentence.

d'appel a conclu que le nouveau procès devait se limiter à la question de savoir si le verdict aurait dû être celui de meurtre au deuxième degré ou celui d'homicide involontaire coupable. S'appuyant sur le par. 686(8) du *Code criminel*, tel qu'interprété par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, le juge Lambert a conclu que la cour avait compétence pour rendre une ordonnance de cette nature. La cour a également prorogé le délai imparti pour interjeter appel de la sentence.

III. Issues on Appeal

7 In this Court, Mr. Thomas relied on a number of grounds for appeal. In his submission, not only did the Court of Appeal lack jurisdiction to order a limited new trial, it should not have heard the appeal on the merits at the same time as the motion for extension of time. Furthermore, he argued that the court should not have considered the affidavit evidence tendered by the Crown to prove the destruction of exhibits. It is suggested that taking this affidavit into account on the appeal on the merits supplanted the production of *viva voce* evidence. The appellant also contended that the Court of Appeal erroneously relied on the destruction of evidence to limit the issues to be addressed on the new trial. In his submission, the rights of an accused should in no way be prejudiced by what he characterizes as the "negligence of [his] former Counsel". Finally, the appellant argued that the "New Trial by Jury cannot be bound to a restricted decision according to the Criminal Code and Charter of Rights" (appellant's factum at para. 4). In particular, Mr. Thomas submitted that the ancillary order deprived him of his right to be tried by a jury.

III. Les questions en litige dans le présent pourvoi

Devant notre Cour, M. Thomas a invoqué un certain nombre de moyens au soutien de son pourvoi. Il a soutenu que non seulement la Cour d'appel n'avait pas compétence pour ordonner un nouveau procès sur une question limitée, mais qu'elle n'aurait pas dû entendre l'appel au fond en même temps que la requête en prorogation de délai. De plus, il a prétendu que la cour n'aurait pas dû tenir compte de la preuve par affidavit présentée par le ministère public pour établir la destruction des pièces. Il a fait valoir que la prise en considération de cet affidavit lors de l'appel au fond a remplacé la production de témoignages de vive voix. L'appelant a également soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur en se fondant sur la destruction d'éléments de preuve pour limiter les questions en litige devant faire l'objet du nouveau procès. Selon lui, ce qu'il a appelé la [TRADUCTION] «négligence de [son] ancien avocat» ne devrait aucunement porter atteinte aux droits d'un accusé. Enfin, l'appelant a plaidé qu'[TRADUCTION] «[e]n vertu du Code criminel et de la Charte des droits, le nouveau procès devant jury ne pouvait être limité à une décision restreinte» (mémoire de l'appelant, au par. 4). En particulier, M. Thomas a affirmé que l'ordonnance accessoire le privait de son droit d'être jugé par un jury.

8 In my opinion, the central issue raised by this appeal relates to the authority of the Court of Appeal to place limits on its order for a new trial and thereby confine the issue before the jury to the question of whether the accused is guilty of second

Selon moi, la question principale soulevée par le présent pourvoi a trait au pouvoir qu'a la Cour d'appel de restreindre son ordonnance de nouveau procès et ainsi limiter le litige soumis au jury à la question de savoir si l'accusé est coupable de

degree murder or manslaughter. Given my conclusion on this question, it is not necessary to consider the appellant's other arguments. In any event, it seems to me that Mr. Thomas misinterprets the reasons of the Court of Appeal. On my reading of Lambert J.A.'s judgment, the Court of Appeal would have ordered a limited new trial independent of the destruction of evidence, for the sole reason that identity was not at issue. Be that as it may, with respect, it is my opinion that the Court of Appeal lacked authority to restrict the scope of the accused's new trial in the manner it did.

meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. Vu la conclusion que je tire sur cette question, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres arguments de l'appelant. De toute manière, j'estime que M. Thomas interprète mal les motifs de la Cour d'appel. La lecture de la décision du juge Lambert m'amène à conclure que la Cour d'appel aurait ordonné un nouveau procès sur un nombre limité de questions, qu'il y ait eu ou non destruction de preuve, pour le seul motif que l'identité n'était pas en litige. Quoi qu'il en soit et avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de restreindre la portée du nouveau procès de l'accusé de la façon dont elle l'a fait.

IV. The Legislation

The relevant portions of s. 686 of the *Criminal Code* state:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(*b*) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (*a*),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (*a*)(ii) the appeal might be decided in favour of the

IV. Les dispositions législatives applicables

Les parties pertinentes de l'art. 686 du *Code criminel* sont ainsi conçues: 9

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(i) elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa *a*),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa *a*)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis

appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

(*c*) may refuse to allow the appeal where it is of the opinion that the trial court arrived at a wrong conclusion respecting the effect of a special verdict, may order the conclusion to be recorded that appears to the court to be required by the verdict and may pass a sentence that is warranted in law in substitution for the sentence passed by the trial court; or

(*d*) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(*b*) order a new trial.

. . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(*a*) dismiss the appeal; or

(*b*) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

. . .

qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

c) peut refuser d'admettre l'appel lorsqu'elle est d'avis que le tribunal de première instance en est venu à une conclusion erronée quant à l'effet d'un verdict spécial, et elle peut ordonner l'inscription de la conclusion que lui semble exiger le verdict et prononcer, en remplacement de la sentence rendue par le tribunal de première instance, une sentence justifiée en droit;

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(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) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

. . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

V. The Court of Appeal's Jurisdiction Under Section 686(8)

The case at bar raises the important question of the scope of the powers bestowed upon a court of appeal under s. 686(8) of the *Criminal Code*. It provides that a court of appeal issuing an order under s. 686(2), (4), (6) or (7) "may make any order, in addition, that justice requires". Before us, the Crown argued that this subsection calls for as generous an interpretation as possible. In its view, the unambiguous language of subs. (8) should be given its plain, unfettered meaning: a court allowing or dismissing an appeal may make any additional order that justice requires. Indeed, it is a well-settled principle of statutory interpretation that "if the text is clear, look no further": P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 241. In the Crown's submission, the general wording of s. 686(8), in contrast to the detailed language of other parts of s. 686, confirms that subs. (8) must be read generously. In light of the "broad range of remedies" provided by s. 686, the Crown argued that the remedial powers of a court sitting on appeal should allow it to tailor remedies proportionate to the harm found or said to have been occasioned as a result of errors committed in the trial court (Crown's factum at paras. 40-41). Finally, the Crown invoked the generous interpretation given by courts to phrases like the "interest of justice" to argue that the British Columbia Court of Appeal had jurisdiction to issue the order in appeal. It also emphasized that an examination of the requirements of justice must consider factors relevant both to the accused and the overall administration of justice.

V. La compétence de la Cour d'appel sous le régime du par. 686(8)

La présente affaire soulève l'importante question de la portée des pouvoirs conférés à une cour d'appel par le par. 686(8) du *Code criminel*. Ce paragraphe prévoit qu'une cour d'appel qui rend une ordonnance en vertu du par. 686(2), (4), (6) ou (7) «peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige». Devant notre Cour, le ministère public a prétendu que ce paragraphe exige une interprétation aussi généreuse que possible. Selon lui, il faut donner au texte non équivoque du par. (8) son sens clair et non limitatif: la cour accueillant ou rejetant un appel peut rendre toute ordonnance additionnelle que la justice exige. D'ailleurs, selon un principe d'interprétation des lois bien établi, «si le texte est clair en soi, on ne doit pas chercher plus loin»: P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), à la p. 269. D'après le ministère public, la formulation générale du par. 686(8), par rapport au libellé précis d'autres parties de l'art. 686, confirme que ce paragraphe doit être interprété de façon généreuse. Compte tenu de [TRADUCTION] «la vaste étendue des mesures de redressement» prévues par l'art. 686, le ministère public a soutenu que la cour d'appel pouvait accorder des mesures de redressement proportionnelles au préjudice subi ou que l'on prétend avoir subi, en raison des erreurs commises par le tribunal de première instance (mémoire du ministère public, aux par. 40 et 41). Enfin, le ministère public a invoqué l'interprétation généreuse donnée par les tribunaux à des expressions telles l'«intérêt de la justice» à l'appui de son argument que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait compétence pour rendre l'ordonnance faisant l'objet du pourvoi. Il a aussi insisté sur le fait que l'analyse des exigences de la justice doit prendre en considération les facteurs pertinents pour l'accusé et pour l'administration de la justice dans son ensemble.

10

The Crown cited case law which does suggest that s. 686(8) should be interpreted purposively. In

Le ministère public a cité de la jurisprudence selon laquelle le par. 686(8) devrait être interprété

11

Elliott v. The Queen, [1978] 2 S.C.R. 393, this Court confirmed the power of a court of appeal to amend an indictment on a count of possession of a restricted drug for the purpose of trafficking. The original indictment charged the accused with trafficking in the specific drug methylenedioxyamphetamine ("MDA"). The evidence disclosed that the accused trafficked in a salt of MDA. The Court of Appeal held that the provisions of the *Food and Drugs Act* which listed among the restricted drugs MDA "or any salt thereof" were insufficient to import a salt of MDA into a charge that specified only MDA. The Court of Appeal allowed an amendment to the indictment to charge possession of a salt of MDA. A new trial was ordered on that charge. The issue before our Court was whether the Court of Appeal exceeded its powers in ordering the amendment of the original indictment to conform to the evidence. For the majority of the Court, Ritchie J. stated at p. 431:

> In my view when Parliament authorized the Court of Appeal, in the exercise of its power, to order a new trial, to "make any order, in addition, which justice requires" it must be taken as having authorized that Court under those circumstances to make *any additional order* which the ends of justice require whether the order for a new trial is dependent upon the additional order or not. [Emphasis in original.]

12 A few years later, in *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, Wilson J. held that a court of appeal could issue an order remitting a matter to trial for the purpose of entering a conviction on a sexual assault charge if the proceedings on this count had previously been stayed on the basis of the *Kienapple* principle (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729). In that case, the conviction on a count of incest arising from the same delict had been overturned on appeal. In so doing, this Court stated at p. 19 that s. 686(8) grants "a broad ancillary jurisdiction" which should be interpreted "in a generous manner consistent with its broad reme-

en fonction de l'objet visé. Dans *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, notre Cour a confirmé le pouvoir d'une cour d'appel de modifier un acte d'accusation à l'égard d'un chef de possession d'une drogue d'usage restreint pour en faire le trafic. L'acte d'accusation initial inculpait l'accusé du trafic d'une drogue particulière, la méthylènedioxyamphétamine («MDA»). La preuve a révélé que l'accusé avait fait le trafic de sel de MDA. La Cour d'appel a conclu que les dispositions de la *Loi des aliments et drogues*, qui rangeaient la MDA «ou tout sel de cette substance» parmi les drogues d'usage restreint, n'étaient pas assez larges pour qu'une accusation mentionnant uniquement la MDA vise le sel de MDA. La Cour d'appel a permis la modification de l'acte d'accusation pour y inclure une accusation de possession de sel de MDA. Un nouveau procès a été ordonné sur cette accusation. La question litigieuse dont était saisie notre Cour était de savoir si la Cour d'appel avait outrepassé ses pouvoirs en ordonnant la modification de l'acte d'accusation initial pour que celui-ci soit conforme à la preuve. S'exprimant au nom de la majorité de notre Cour, le juge Ritchie a dit, aux pp. 431 et 432:

> À mon avis, lorsque le Parlement a autorisé la Cour d'Appel, dans l'exercice de ses pouvoirs, à ordonner un nouveau procès et «en outre [à] rendre toute ordonnance que la justice exige», il voulait l'autoriser à rendre, dans ces circonstances, *toute ordonnance additionnelle* que les fins de la justice peuvent exiger, que le nouveau procès dépende ou non de la délivrance de cette ordonnance additionnelle. [En italique dans l'original.]

Quelques années plus tard, dans *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, le juge Wilson a conclu qu'une cour d'appel pouvait rendre une ordonnance renvoyant une affaire à procès dans le but de consigner une déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'agression sexuelle si les procédures intentées sous ce chef avaient antérieurement fait l'objet d'une suspension fondée sur le principe établi dans l'arrêt *Kienapple* (*Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729). Dans cette affaire, la déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'inceste découlant du même délit avait été annulée en appel. En concluant de la sorte, notre

dial purposes". Wilson J. also held at p. 20 for a unanimous bench:

> There is, in my respectful view, no reasonable alternative to a broad reading of the Court of Appeal's ancillary jurisdiction under s. 613(8) [now s. 686(8)], given its broad wording and remedial purpose. The section gives the Court of Appeal a broad supplementary power to make any order that justice requires when it exercises its appellate powers under the enumerated subsections of s. 613. [Emphasis added.]

These two cases support the Crown's position up to a certain point. They make clear that s. 686(8) does not prevent the issuance of orders that serve the interests of the Crown in the administration of justice. However, they also underscore a key feature of orders issued under s. 686(8), namely, that they are ancillary in nature.

In criminal matters, the jurisdiction of a court of appeal is purely statutory: s. 674 of the *Criminal Code*. See also *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at p. 69, and *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. As far as ordinary criminal appeals are concerned, the jurisdiction and powers of a court of appeal are defined exhaustively in Part XXI of the *Criminal Code*. It is in light of this legislative scheme that the specific power awarded by s. 686(8) must be understood. As Justice R. E. Salhany notes (in *Canadian Criminal Procedure* (6th ed. 1994 (loose-leaf)), at p. 9-5): "[i]t is often forgotten that the right of an accused to appeal his conviction must be examined in light of the power of the court of appeal to deal with that conviction". Other commentators confirm this view (J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. 111):

> The statutory nature of appeals in criminal matters reflects itself not only in the circumscription of appel-

Cour a dit, à la p. 19, que le par. 686(8) conférait «un large pouvoir accessoire» qui doit faire l'objet d'«une interprétation libérale conforme aux fins réparatrices générales qui y sont visées». Le juge Wilson, s'exprimant au nom de notre Cour à l'unanimité, a également conclu, à la p. 20:

> À mon avis, il n'y a pas d'alternative raisonnable à une interprétation large du pouvoir accessoire que le par. 613(8) [maintenant le par. 686(8)] confère à la Cour d'appel, compte tenu de sa formulation générale et des fins réparatrices visées. Cette disposition confère à la Cour d'appel un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière d'appel prévus aux paragraphes précédents de l'art. 613. [Je souligne.]

13 Dans une certaine mesure, ces deux arrêts appuient la thèse du ministère public. Ils établissent clairement que le par. 686(8) n'empêche pas que soient rendues des ordonnances qui servent les intérêts du ministère public en matière d'administration de la justice. Toutefois, ils mettent aussi en évidence une caractéristique fondamentale des ordonnances rendues en vertu du par. 686(8), soit que celles-ci sont de nature accessoire.

14 En matière criminelle, la compétence d'une cour d'appel est purement d'origine législative: art. 674 du *Code criminel*. Voir aussi *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, à la p. 69, et *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. À l'égard des appels ordinaires en matière criminelle, la compétence et les pouvoirs d'une cour d'appel sont définis de façon exhaustive dans la partie XXI du *Code criminel*. Il faut interpréter le pouvoir précis conféré par le par. 686(8) à la lumière de ce régime législatif. Comme le fait remarquer le juge R. E. Salhany (dans *Canadian Criminal Procedure* (6e éd. 1994 (feuilles mobiles)), à la p. 9-5): [TRADUCTION] «[o]n oublie souvent que le droit d'un accusé d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité doit être analysé à la lumière du pouvoir de la cour d'appel de connaître de la déclaration de culpabilité». D'autres auteurs confirment ce point de vue (J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. 111):

> [TRADUCTION] La nature législative des appels en matière criminelle se reflète non seulement dans l'éten-

late jurisdiction, but in the scope of powers available to an appellate court in an appeal properly brought before it.

Wilson J. adopted this approach in *Provo*, *supra*, at p. 20, when she noted that Parliament granted "broad supplementary power to make any order that justice requires" to a court of appeal "when it exercises its appellate powers under the enumerated subsections of s. 613" (now s. 686). (Emphasis added.)

15 This Court adopted a similar contextual interpretation of s. 686(8) in *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597. In that case, the Court was asked to reconsider an order refusing leave to appeal from an order of the Quebec Court of Appeal quashing a conviction and staying proceedings for abuse of process. The Court confirmed that s. 686(8) granted authority to a court of appeal to stay criminal proceedings that violate the community's sense of fairness. The majority also commented in more general terms about the scope of the power granted by s. 686(8). It held that a s. 686(8) order represents a "fundamentally distinct judicial order" from an order for a new trial, but that this former order is still "ancillary to the underlying judgment rendered by the court" (emphasis in original):

> But the mere fact that a court of appeal may exercise its power under s. 686(8) of the *Criminal Code* independently of a prior order under s. 686(2)(*b*) does not, in my view, change the fundamentally ancillary and supplemental character of such an order. . . . The court's power under s. 686(8), however, is not so inextricably wound up with the fate of the appeal. Indeed, the court's power under s. 686(8) is often exercised with regard to considerations that are well removed from the issue of the accused's innocence or culpability.

(*Hinse*, *supra*, at paras. 24, 28 and 31.)

due de la compétence en matière d'appel mais aussi dans la portée des pouvoirs que peut exercer la cour d'appel statuant dans une affaire dont elle est saisie régulièrement.

Le juge Wilson a adopté cette approche dans *Provo*, précité, à la p. 20, lorsqu'elle a souligné que le Parlement avait conféré à la cour d'appel «un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige dans l'exercice de ses pouvoirs en matière d'appel prévus aux paragraphes précédents de l'art. 613» (maintenant l'art. 686). (Je souligne.)

Notre Cour a adopté une interprétation contextuelle similaire du par. 686(8) dans *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597. Dans cette affaire, notre Cour était appelée à réexaminer une ordonnance rejetant la demande d'autorisation de se pourvoir contre une ordonnance de la Cour d'appel du Québec qui annulait une déclaration de culpabilité et prononçait l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure. Notre Cour a confirmé que le par. 686(8) conférait à une cour d'appel le pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures criminelles qui violent le sens de l'équité de la société. La majorité a également commenté, en des termes plus généraux, l'étendue du pouvoir conféré par le par. 686(8). Elle a conclu qu'une ordonnance rendue en vertu du par. 686(8) constituait une «ordonnance judiciaire fondamentalement distincte» d'une ordonnance de nouveau procès, mais que la première demeure «accessoire au jugement [que la cour d'appel] a prononcé» (souligné dans l'original):

> Mais le seul fait qu'une cour d'appel puisse exercer le pouvoir que lui confère le par. 686(8) du *Code criminel*, indépendamment d'une ordonnance antérieure fondée sur l'al. 686(2)*b*), ne change pas, à mon avis, le caractère fondamentalement accessoire et supplémentaire d'une telle ordonnance. [. . .] Le pouvoir que possède la cour en vertu du par. 686(8) n'est toutefois pas si inextricablement lié au sort de l'appel. En fait, le pouvoir que le par. 686(8) confère à la cour est souvent exercé relativement à des facteurs qui n'ont rien à voir avec la question de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé.

(*Hinse*, précité, aux par. 24, 28 et 31.)

Turning to the question of whether this Court has jurisdiction to hear appeals directed at s. 686(8) orders, I concluded for the majority that there were sound judicial policy reasons for allowing such orders to be appealed. I also commented, at para. 33, on the range of remedies available under s. 686(8):

But a court of appeal's residual order power under s. 686(8) is not subject to the same rigorous textual constraints as the court's power under s. 686(2)(*b*). Under its remedial power, a court of appeal may impose "any order" which, in its discretion, "justice requires". As such, there is a risk that a court of appeal may enter an order under s. 686(8) which is at direct variance with its underlying judgment. A court of appeal may allow an accused's appeal and enter an acquittal under s. 686(2)(*a*), but then, hypothetically, impose an order for costs against the accused for no apparent reason notwithstanding the language of s. 683(3). Or a court of appeal could conceivably set aside an accused's conviction, and then impose a stay of proceedings for reasons completely unrelated to any alleged abuse of process, thus transcending the limits upon a court of appeal's discretion which this Court articulated in *Power*, *supra*, at p. 620. In both such circumstances, the relevant discretionary order entered under s. 686(8) would be of questionable legality. More importantly, the discretionary order [could] be fundamentally incongruous with the court's disposition of the appeal, arguably undermining the accused's success on the merits of her appeal. [Emphasis added.]

After referring to the order issued by the Ontario Court of Appeal in *Wade*, I added, at para. 34:

Assuming without deciding the problematic question of whether a court of appeal has the power under s. 686(8) to direct a new trial on certain limited issues, the policy risk presented by the unsupervised exercise of this power is readily apparent. A court of appeal could effectively undermine an accused's success on appeal by ordering a new trial only on certain limited issues which are completely unrelated to the accused's underlying innocence or culpability. The accused's success in procuring a new trial under s. 686(2)(*b*) would be eviscer-

Abordant la question de savoir si notre Cour avait compétence pour entendre les pourvois interjetés contre des ordonnances rendues en vertu du par. 686(8), j'ai conclu au nom de la majorité qu'une saine politique judiciaire justifiait l'autorisation des pourvois de cette nature. J'ai aussi émis des commentaires, au par. 33, sur l'étendue des mesures de redressement susceptibles d'être prononcées en application du par. 686(8): 16

Cependant, le pouvoir résiduel conféré à une cour d'appel par le par. 686(8) n'est pas soumis aux mêmes contraintes textuelles rigoureuses que le pouvoir conféré à la cour par l'al. 686(2)*b*). En vertu de son pouvoir de redressement, la cour d'appel peut rendre «toute ordonnance» que «la justice exige» selon elle. Il y a donc un risque qu'une cour d'appel rende, en vertu du par. 686(8), une ordonnance qui soit directement incompatible avec son jugement sous-jacent. Une cour d'appel peut accueillir l'appel d'un accusé et inscrire un verdict d'acquittement en vertu de l'al. 686(2)*a*), pour ensuite, supposons-le, condamner, sans raison manifeste, l'accusé à payer des dépens, nonobstant le libellé du par. 683(3). Ou encore, une cour d'appel pourrait, en théorie, annuler la déclaration de culpabilité d'un accusé, et ensuite ordonner l'arrêt des procédures pour des raisons n'ayant absolument rien à voir avec quelque allégation d'abus de procédure, dépassant ainsi les limites du pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel, que notre Cour a énoncées dans l'arrêt *Power*, précité, à la p. 620. Dans les deux cas, la légalité de l'ordonnance discrétionnaire pertinente, rendue en vertu du par. 686(8), serait douteuse. Qui plus est, l'ordonnance discrétionnaire serait fondamentalement incompatible avec la façon dont la cour statuerait sur l'appel, et, pourrait-on soutenir, minerait le gain de cause obtenu par l'accusé quant au fond de l'appel. [Je souligne.]

Après avoir mentionné l'ordonnance rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Wade*, j'ai ajouté, au par. 34:

En supposant, sans trancher cette épineuse question, qu'une cour d'appel a, en vertu du par. 686(8), le pouvoir d'ordonner un nouveau procès relativement à certaines questions litigieuses seulement, l'exercice non contrôlé de ce pouvoir pose en principe un risque évident. Une cour d'appel pourrait en fait miner le gain de cause obtenu en appel par un accusé, en ordonnant la tenue d'un nouveau procès relativement à certaines questions litigieuses seulement, qui n'auraient absolument rien à voir avec la question sous-jacente de la cul-

ated by the court's "additional order" under s. 686(8). [Emphasis added.]

pabilité ou de l'innocence de l'accusé. Le succès remporté par l'accusé en obtenant une ordonnance de nouveau procès en vertu de l'al. 686(2)*b*) serait complètement dépouillé de son sens par l'«ordonnance supplémentaire» rendue par la cour en vertu du par. 686(8). [Je souligne.]

17 The majority reasons in *Hinse* suggest that s. 686(8) does not confer unlimited discretion on a court of appeal. In addition to being constrained by what justice requires, a court of appeal should not issue an order that is at direct variance with the court's underlying judgment. In my view, a court of appeal must assess whether it has jurisdiction to issue a particular ancillary order under s. 686(8) having regard to the basis on which the appeal is disposed of and its various powers under s. 686 generally.

Les motifs de la majorité dans *Hinse* indiquent que le par. 686(8) ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire illimité. En plus d'être limitée par les exigences de la justice, une cour d'appel ne doit pas rendre une ordonnance directement incompatible avec son jugement sous-jacent. À mon avis, une cour d'appel doit déterminer si elle a compétence pour rendre une ordonnance accessoire donnée en application du par. 686(8) à la lumière des motifs justifiant la décision rendue en appel et des différents pouvoirs que lui confère l'art. 686 de façon générale.

18 Before turning to the order made by the Court of Appeal in this case, I note that the interpretation of s. 686(8) I propose generally accords with the many uses to which this provision has been put (see for example: *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.); *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.); *R. v. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210 (Nfld. C.A.); *R. v. Geauvreau*, [1982] 1 S.C.R. 485; *Kienapple*, *supra*; and *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135 (Ont. C.A.)). However, given the narrow basis on which I would dispose of this case, I will say nothing about the propriety of those other uses of s. 686(8). Its application in relation to entrapment is addressed in *Pearson*, *supra*.

Avant d'aborder l'ordonnance de la Cour d'appel dans la présente affaire, je souligne que l'interprétation du par. 686(8) que je propose est compatible, de manière générale, avec les nombreuses applications dont il a fait l'objet (voir, par exemple: *R. c. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A.C.-B.); *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.); *R. c. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210 (C.A.T.-N.); *R. c. Geauvreau*, [1982] 1 R.C.S. 485; *Kienapple*, précité; *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135 (C.A. Ont.). Cependant, étant donné qu'en l'espèce, ma décision s'appuie sur un fondement restreint, je ne me prononce pas sur le bien-fondé de ces divers cas d'application du par. 686(8). Son application relativement à la provocation policière est abordée dans *Pearson*, précité.

19 In this case, the Court of Appeal determined that the trial judge did not adequately answer questions from the jury on the issue of intent and intoxication. While the court does not specifically enumerate the paragraph of s. 686(1) which is its basis for allowing the appeal, it can be inferred that the Court of Appeal found there was a miscarriage of justice in that the jury's confusion was left unresolved. In his reasons for judgment, Lambert J.A. specifically found that it was "unsafe" to uphold the conviction (p. 306). In my

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'a pas répondu de façon satisfaisante aux questions posées par le jury au sujet de l'intention et de l'intoxication. Bien qu'elle ne mentionne pas l'alinéa du par. 686(1) sur lequel elle s'est fondée pour accueillir l'appel, on peut en inférer que la Cour d'appel a jugé qu'il y avait eu erreur judiciaire parce que la confusion jetée dans l'esprit du jury n'avait pas été dissipée. Dans ses motifs de jugement, le juge Lambert a précisé qu'il était [TRADUCTION] «risqué» de main-

view therefore, the basic or core judgment on appeal was that the jury's verdict was flawed and could not be affirmed. In such circumstances, the result must be a new trial (s. 686(2)). The question is whether the Court of Appeal had jurisdiction to make an order for a restricted new trial. I would say at the outset that I do not dispute the Crown's position that s. 686(8) provides courts of appeal with the power to make a considerable range of ancillary orders. (See, e.g., *Pearson*, *supra*.) Nor would I disagree with its suggestion that courts of appeal must have considerable discretion in fashioning appropriate ancillary orders. It is my view, however, that there are limits on that power and discretion and, in this case, those limits were exceeded.

tenir la déclaration de culpabilité (p. 306). J'estime donc que l'essence du jugement en appel était que le verdict du jury était erroné et ne pouvait être confirmé. Dans ces circonstances, un nouveau procès doit être ordonné (par. 686(2)). La question est de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour ordonner la tenue d'un nouveau procès de portée limitée. Je précise d'abord que je ne suis pas en désaccord avec la prétention du ministère public selon laquelle le par. 686(8) confère aux cours d'appel le pouvoir de rendre une gamme étendue d'ordonnances accessoires. (Voir, par exemple, *Pearson*, précité.) Je ne le suis pas non plus avec son argument voulant que les cours d'appel doivent jouir d'un vaste pouvoir discrétionnaire de rendre les ordonnances accessoires appropriées. J'estime toutefois que ce pouvoir discrétionnaire comporte des limites et que, dans la présente affaire, elles ont été dépassées.

VI. The Operation of Section 686 with Respect to Jury Trials

In addition to the above-noted limitations on a court of appeal's powers under s. 686(8), I am of the view that any order made under it must be consistent with s. 686 when read in its entirety. That section provides the jurisdiction of courts of appeal when disposing of appeals from conviction or acquittal, including the power to order a new trial. In making such an order the court must obviously operate within the rules of its jurisdiction and respect the principles underlying them.

VI. L'application de l'art. 686 relativement aux procès devant jury

Outre les limites susmentionnées aux pouvoirs conférés à une cour d'appel par le par. 686(8), je suis d'avis que toute ordonnance rendue sous son régime doit être compatible avec l'art. 686 envisagé dans son ensemble. Cet article établit la compétence des cours d'appel statuant sur un appel formé contre une déclaration de culpabilité ou un acquittement, et prévoit notamment le pouvoir d'ordonner un nouveau procès. Lorsqu'elle rend une ordonnance de cette nature, la cour doit évidemment agir dans le cadre des règles attributives de compétence et se conformer aux principes dont elles découlent. 20

A very important limitation on the power of a court of appeal is contained in s. 686(4). In particular, the powers accorded to a court of appeal when allowing an appeal from a jury verdict of acquittal are circumscribed by the language of subparas. (i) and (ii) of s. 686(4)(*b*) which state:

Le paragraphe 686(4) apporte une limite très importante au pouvoir conféré à une cour d'appel. En particulier, les pouvoirs dont jouit une cour d'appel lorsqu'elle accueille un appel interjeté contre un verdict d'acquittement rendu par un jury sont délimités par le texte des sous-al. 686(4)*b*)(i) et (ii), qui prévoient: 21

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

. . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

. . .

(*b*) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law. [Emphasis added.]

The essence of this provision is that where an acquittal is pronounced by a jury, a court of appeal is powerless to substitute any finding of guilt, even for a lesser offence. Should the court wish to set aside the verdict, its only option is to order a new trial pursuant to s. 686(4)(*b*)(i).

22 While this provision applies only to appeals from acquittal and we are dealing here with an appeal from a conviction, I believe it offers guidance as to the extent of an appeal court's jurisdiction under s. 686(8) to order a limited new trial in a jury case. It is clear to me that in ordering a new trial under s. 686(4)(*b*)(i) a court of appeal could not issue the kind of order that was issued in this case under the purported authority of s. 686(8). To do so would be tantamount to entering a partial conviction against the accused which s. 686(4)(*b*)(ii) specifically prevents the appeal court from doing. Accordingly, a "new trial" for purposes of s. 686(4)(*b*)(i) means a full new trial, not a limited one in the nature of that ordered by the Court of Appeal in this case. It further follows that the words "new trial" in s. 686(2)(*b*) should be given a like meaning, at least in the circumstances where there has been a jury trial.

23 Section 686(2) provides that where an appeal court determines a conviction is unreasonable, or that there was an error of law or a miscarriage of

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit. [Je souligne.]

Il ressort essentiellement de cette disposition que dans les cas d'acquittements prononcés par un jury, une cour d'appel n'a pas le pouvoir de remplacer le verdict par une déclaration de culpabilité, même pour une infraction moindre. Dans l'hypothèse où la cour désirerait annuler le verdict, elle n'aurait d'autre choix que d'ordonner un nouveau procès en vertu du sous-al. 686(4)*b*)(i).

Bien que cette disposition ne s'applique qu'aux appels d'acquittements et que la présente affaire porte sur l'appel d'une déclaration de culpabilité, je crois qu'elle donne une indication de l'étendue de la compétence d'une cour d'appel d'ordonner, dans une affaire devant un jury, un nouveau procès limité à certaines questions en vertu du par. 686(8). Il me paraît évident qu'en ordonnant un nouveau procès en vertu du sous-al. 686(4)*b*)(i), une cour d'appel ne peut rendre une ordonnance du genre de celle qui a été rendue en l'espèce en se fondant sur le pouvoir présumément conféré par le par. 686(8). Agir de la sorte équivaudrait à consigner une déclaration de culpabilité partielle contre l'accusé, ce que le sous-al. 686(4)*b*)(ii) empêche expressément une cour d'appel de faire. En conséquence, un «nouveau procès» au sens du sous-al. 686(4)*b*)(i) signifie un nouveau procès complet, et non pas un nouveau procès limité à certaines questions comme celui qui a été ordonné par la Cour d'appel dans la présente affaire. Il s'ensuit également que les termes «nouveau procès» employés à l'al. 686(2)*b*) doivent être interprétés de la même manière, à tout le moins dans les cas où il y a eu un procès devant jury.

Le paragraphe 686(2) prévoit que lorsqu'une cour d'appel conclut qu'une déclaration de culpabilité est déraisonnable, qu'une erreur de droit a

justice, it may substitute an acquittal or order a new trial. There is no power to substitute a finding of guilt for any other offence. The court's order in this case amounts to a finding of guilt for, at the least, manslaughter, constituting a substituted verdict for the first jury's conviction of second degree murder. Authority for such an order would have to be found in s. 686(8) and, for the reasons above, it is my view that that subsection does not extend so far as to provide it in the circumstances of a jury trial.

The principle that is reflected in s. 686(4) is that great respect should be shown to juries — both the original jury that heard the case and, more relevant for present purposes, the jury that will hear the new trial. In my view, appeal courts should not lightly restrict the plenitude of the jury's jurisdiction on a new trial by confining the scope of the issues normally within its province. Here, in ordering a new trial, the Court of Appeal attempted to circumscribe the duties of the jury to deciding between manslaughter and second degree murder. In effect, the Court of Appeal's order amounts to a directed verdict for manslaughter, with instructions to the jury that it is free to go further should it choose. The jury is precluded from entering a verdict of not guilty. A limited new trial such as that proposed in this case might be an option, a matter I refrain from pronouncing upon in this case, if a court of appeal could send a matter back to the same jury. In that event, the jury could be reinstructed and asked to deal with the specific issues of concern to the appellate court. At the moment, however, the *Criminal Code* does not provide for a matter to be referred back to the original trier of fact for a redetermination.

été commise ou qu'il y a eu une erreur judiciaire, elle peut remplacer cette déclaration par un acquittement ou ordonner la tenue d'un nouveau procès. Rien ne permet la substitution d'une déclaration de culpabilité relativement à quelque autre infraction que ce soit. En l'espèce, l'ordonnance de la cour équivaut, à tout le moins, à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable qui remplace le verdict de meurtre au deuxième degré rendu par le premier jury. Le pouvoir de rendre une ordonnance de cette nature devrait découler du par. 686(8) et, pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis que ce paragraphe n'a pas la portée nécessaire pour le conférer dans les cas de procès devant jury.

24 Le principe émanant du par. 686(4) est qu'un grand respect doit être accordé aux jurys — tant au premier jury qui a entendu l'affaire qu'à celui qui nous intéresse plus particulièrement en l'espèce, soit celui qui entendra le nouveau procès. Selon moi, les cours d'appel ne devraient pas réduire à la légère l'étendue de la compétence du jury à l'occasion d'un nouveau procès en restreignant la portée des questions litigieuses relevant normalement de sa compétence. En l'espèce, la Cour d'appel a tenté, en ordonnant un nouveau procès, de réduire les fonctions du jury à celle de décider entre l'homicide involontaire coupable et le meurtre au deuxième degré. Dans les faits, l'ordonnance de la Cour d'appel équivaut à l'imposition d'un verdict d'homicide involontaire coupable accompagné d'instructions au jury selon lesquelles il est libre d'aller plus loin s'il le désire. On empêche le jury de rendre un verdict de non-culpabilité. Il n'est pas totalement exclu qu'un nouveau procès limité à certaines questions comme celui qui a été ordonné en l'espèce puisse être envisagé si la cour d'appel pouvait renvoyer une affaire au même jury. Je ne me prononce pas sur cette question en l'espèce. Dans cette éventualité, le jury pourrait recevoir de nouvelles instructions et être appelé à aborder les questions particulières qui préoccupent la cour d'appel. Pour l'instant, toutefois, le *Code criminel* ne prévoit pas la possibilité de renvoyer une affaire au juge des faits initial pour qu'il rende une nouvelle décision.

25 While the foregoing is sufficient to deal with this appeal, there are other troubling aspects of the order granted by the court below that merit comment. The situation in this case, to my mind, illustrates the dangers of restricting the ambit of a new trial before a jury. Here, the jury posed two specific questions to the trial judge: "What is the definition of intent?" and "What role does impairment play in intent?" Both of these questions clearly demonstrate that the jury struggled with the issue of *mens rea*. The Court of Appeal found that the trial judge's answers were limited and "unlikely to resolve the jury's confusion" (p. 306).

Bien que ce qui précède soit suffisant pour trancher le présent pourvoi, l'ordonnance rendue par la cour d'instance inférieure comporte d'autres éléments qui suscitent l'inquiétude et méritent que l'on s'y attarde. La présente affaire me semble illustrer particulièrement bien les dangers de restreindre la portée d'un nouveau procès devant jury. En l'espèce, le jury a posé deux questions précises au juge du procès: [TRADUCTION] «Quelle est la définition de l'intention?» et [TRADUCTION] «Quel rôle l'intoxication joue-t-elle en ce qui concerne l'intention?» Ces questions démontrent clairement que le jury a éprouvé des difficultés à résoudre la question de la *mens rea*. La Cour d'appel a conclu que les réponses du juge du procès étaient limitées et qu'elles n'étaient [TRADUCTION] «pas de nature à éclairer le jury» (p. 306).

26 Given the fundamental nature of those questions, were it not for the fact that counsel for Mr. Thomas conceded to the jury that his client had killed Ms. Alexander and asked for a finding of guilty of manslaughter, it is unlikely that the Court of Appeal would have had any confidence in the accused's liability even for manslaughter. This reinforces my view that orders limiting the scope of a new trial after granting an appeal from a jury verdict do not accord with the principles underlying the powers granted to courts of appeal under s. 686. I would add that in this case such a limitation would in effect bind the accused to concessions made at the first trial which could limit his right to full answer and defence at the second trial and impinge on his presumption of innocence as protected by ss. 7 and 11(*d*) respectively of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Étant donné la nature fondamentale de ces questions, il est peu probable que la Cour d'appel aurait été convaincue de la culpabilité de l'accusé, même en ce qui a trait à l'homicide involontaire coupable si l'avocat de M. Thomas n'avait pas admis devant le jury que son client a tué Mme Alexander et n'avait pas demandé qu'il soit déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Cela me conforte dans l'opinion que les ordonnances restreignant la portée d'un nouveau procès après que l'appel d'un verdict rendu par un jury a été accueilli ne sont pas conformes aux principes qui sous-tendent les pouvoirs conférés aux cours d'appel par l'art. 686. J'ajouterais qu'en l'espèce, une restriction de ce genre aurait comme conséquence pratique de rendre l'accusé prisonnier des concessions faites lors du premier procès, ce qui pourrait entraver l'exercice de son droit à une défense pleine et entière à l'occasion du second procès et contrevenir à la présomption d'innocence, qui sont respectivement protégés par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

27 There is a further argument which illustrates the dangers of ordering limited new trials. In this case for example, Mr. Thomas' first trial was held in the spring of 1993. Just over a year later, this Court released its decision in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. Thereafter, Parliament enacted s. 33.1 of the *Criminal Code*, with respect to the defence

Un argument supplémentaire illustre les dangers liés à une ordonnance de nouveau procès sur un nombre limité de questions. En l'espèce par exemple, le premier procès de M. Thomas a eu lieu au printemps 1993. À peine un an plus tard, notre Cour a rendu sa décision dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Par la suite, le Parlement a

of self-induced intoxication. Thus, there have been developments in the law regarding the relationship between *mens rea*, intent and intoxication, the very matters that concerned the Court of Appeal in this case. In other situations, the changes in the law between the first and second trials might be even more dramatic. To constrain the issues to be placed before a second jury in such circumstances would be inappropriate.

édicté l'art. 33.1 du *Code criminel*, qui porte sur la défense d'intoxication volontaire. Il y a donc eu une évolution du droit relativement à la relation entre la *mens rea*, l'intention et l'intoxication, soit les éléments mêmes sur lesquels s'est penchée la Cour d'appel dans la présente affaire. Dans d'autres cas, les modifications du droit entre le premier et le second procès peuvent être encore plus importantes. Restreindre les questions à être soumises au second jury dans de telles circonstances serait inapproprié.

In light of the foregoing, I conclude that the Court of Appeal had no authority to issue an order limiting the appellant's new trial to the issue of whether he is guilty of second degree murder or manslaughter. I specifically leave aside the questions of whether such an order would be permissible in the context of a trial by judge alone and whether s. 686(8) would in that case permit an appellate court to limit the defences available to an accused on a second trial, since I can think of other considerations that could well apply. Further, as mentioned, the special situation that arises in entrapment cases justifies a different approach: see *Pearson*, *supra*. Accordingly, I would allow the appeal and order a full new trial for Mr. Thomas.

28 À la lumière de ce qui précède, je conclus que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de rendre une ordonnance limitant le nouveau procès de l'appelant à la question de savoir s'il était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. Je prends soin de ne pas aborder la question de savoir si une telle ordonnance serait acceptable dans le cadre d'un procès devant juge seul et si le par. 686(8) autoriserait dans un tel cas une cour d'appel à limiter les moyens de défense que peut invoquer l'accusé au cours d'un second procès, car je peux songer à d'autres considérations susceptibles d'entrer en jeu. En outre, comme nous l'avons vu, la situation particulière qui se présente dans les cas de provocation policière justifie une approche différente: voir *Pearson*, précité. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès complet pour M. Thomas.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have had the advantage of the reasons of the Chief Justice in this appeal and, with respect, I cannot agree with them nor with his disposition of this case. This case, along with *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, and *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620, released with this judgment, provides this Court with an opportunity to examine the scope of the broad powers conferred to appellate courts under s. 686(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and I take the position that they were not exceeded in this case.

29 LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef dans le présent pourvoi et, en toute déférence, je ne peux souscrire ni à ses motifs ni au dispositif qu'il propose. Le présent pourvoi, de même que les arrêts *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, et *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, rendus simultanément, nous donne l'occasion d'analyser la portée des larges pouvoirs conférés aux cours d'appel par le par. 686(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Je suis d'avis que ces pouvoirs n'ont pas été outrepassés en l'espèce.

30 The essential facts can be quickly summarized. The appellant was convicted by a jury of the second degree murder of his common law partner, Emily Alexander. At trial, the appellant through his counsel admitted that he had shot Ms. Alexander, but relied on a defence of intoxication in order to support a verdict of manslaughter. The appellant filed his notice of appeal more than two years after his conviction and, in the interim, a number of trial exhibits were destroyed. On appeal, the British Columbia Court of Appeal granted an extension of time to file the notice of appeal, allowed the appeal on the basis that the trial judge had erred in answering questions from the jury with respect to intent and intoxication and ordered a new trial. However, the Court of Appeal, relying on s. 686(8) of the *Criminal Code*, limited the new trial to the issue of whether or not the appellant should be found guilty of second degree murder or manslaughter.

I. Issues

31 The main issue raised by this appeal concerns the power of a court of appeal under s. 686(8) of the *Criminal Code* to make an order restricting the scope of a new trial to the question of whether the accused is guilty of manslaughter or second degree murder. An additional issue arises from the decision of the Court of Appeal to hear together the application for extension of time and the appeal itself.

II. Scope of Section 686(8)

32 In order to determine the scope of the powers bestowed by s. 686(8), it is necessary to interpret the expression "any order, in addition, that justice requires" as it appears under that section. It is well established that the interpretation of a statute must give effect to Parliament's intent and must be guided by considering the language of the section itself, its purpose, and the general objectives to which the section relates (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at

Les faits essentiels tiennent à ce bref résumé. L'appelant a été déclaré coupable par un jury du meurtre au deuxième degré de sa conjointe de fait, Emily Alexander. Au procès, l'appelant a admis, par la voix de son avocat, qu'il avait abattu Mme Alexander, mais il a invoqué la défense d'intoxication à l'appui d'un verdict d'homicide involontaire coupable. L'appelant a déposé son avis d'appel plus de deux ans après sa déclaration de culpabilité, et, entre-temps, plusieurs pièces qui avaient été déposées au procès ont été détruites. En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, ayant accordé une prolongation du délai de production de l'avis d'appel, a accueilli l'appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur dans ses réponses aux questions du jury concernant l'intention et l'intoxication, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, la Cour d'appel, se fondant sur le par. 686(8) du *Code criminel*, a limité le nouveau procès à la question de savoir si l'appelant devait être reconnu coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable.

I. Les questions en litige

La principale question que soulève ce pourvoi vise le pouvoir d'une cour d'appel de rendre, en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*, une ordonnance restreignant la portée d'un nouveau procès à la question de savoir si l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré. Une question additionnelle découle de la décision de la Cour d'appel d'entendre en même temps la demande de prolongation du délai et l'appel au fond.

II. La portée du par. 686(8)

Pour déterminer l'étendue des pouvoirs conférés par le par. 686(8), il faut interpréter l'expression «en outre [. . .] toute ordonnance que la justice exige» utilisée dans cet article. Il est bien établi que l'interprétation d'une loi doit donner effet à l'intention du législateur et qu'elle doit être guidée par l'examen du texte de la disposition visée, par son but et par les objectifs généraux qui la sous-tendent (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), aux pp. 262 à 264, ainsi que 271 à 285; voir

pp. 236-37 and 243-55; see *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, *per* L'Heureux-Dubé J., and *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 12).

Section 686 provides:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(*b*) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (*a*),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (*a*)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

(*c*) may refuse to allow the appeal where it is of the opinion that the trial court arrived at a wrong conclusion respecting the effect of a special verdict, may order the conclusion to be recorded that appears to the court to be required by the verdict and may pass a sentence that is warranted in law in substitution for the sentence passed by the trial court; or

R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, le juge L'Heureux-Dubé, et *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 12).

L'article 686 prévoit: 33

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(i) elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa *a*),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa *a*)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

c) peut refuser d'admettre l'appel lorsqu'elle est d'avis que le tribunal de première instance en est venu à une conclusion erronée quant à l'effet d'un verdict spécial, et elle peut ordonner l'inscription de la conclusion que lui semble exiger le verdict et prononcer, en remplacement de la sentence rendue par le tribunal de première instance, une sentence justifiée en droit;

(*d*) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(*b*) order a new trial.

(3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (1)(*b*)(i), it may substitute the verdict that in its opinion should have been found and

(*a*) affirm the sentence passed by the trial court; or

(*b*) impose a sentence that is warranted in law or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(*a*) dismiss the appeal; or

(*b*) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(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) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

(3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (1)*b*)(i), elle peut substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu et:

a) soit confirmer la peine prononcée par le tribunal de première instance;

b) soit imposer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

. . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

34 Section 686 describes the general powers granted to appellate courts to dispose of a criminal appeal. It includes the power to grant a wide range of specific remedies depending on the nature and the extent of the error below. For example, under s. 686(1)(*b*)(i) and s. 686(3), a court of appeal may dismiss an appeal and substitute the verdict that in

L'article 686 décrit les pouvoirs généraux dont disposent les cours d'appel pour trancher les appels en matière criminelle. Cet article confère le pouvoir d'accorder un grand nombre de réparations particulières selon la nature et la gravité de l'erreur commise par le tribunal d'instance inférieure. Par exemple, en vertu du sous-al

its opinion should have been rendered where the court finds that the accused was properly convicted on at least a count or a part of the indictment. In addition, where an appeal is from an acquittal and the verdict is not one of a court composed of a judge and jury, s. 686(4) provides a court of appeal the power to replace the verdict of acquittal with a verdict of guilty with respect to the offence of which the accused should have been found guilty but for the error of law.

686(1)*b*)(i) et du par. 686(3), une cour d'appel peut rejeter un appel et substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu lorsqu'elle est d'avis que l'accusé a été régulièrement déclaré coupable relativement à au moins un chef d'accusation ou à une partie de l'acte d'accusation. De plus, lorsqu'un appel est interjeté contre un acquittement et que le verdict n'a pas été rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, le par. 686(4) confère à une cour d'appel le pouvoir de remplacer le verdict d'acquittement par un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont l'accusé aurait dû être reconnu coupable, n'eût été l'erreur de droit.

The general objective of s. 686 is to promote finality in criminal litigation, where that can be achieved, and to ensure that appellate courts are vested with the authority to grant remedies proportionate to the errors committed in the trial court. Section 686 invests courts of appeal with the discretion and authority necessary to deal with the various errors that occur at the trial level in a manner which ensures that justice is done. 35

L'objectif général de l'art. 686 est de promouvoir le caractère définitif des litiges criminels, lorsque cela est possible, et de faire en sorte que les cours d'appel aient le pouvoir d'accorder des réparations proportionnelles aux erreurs commises par le tribunal de première instance. L'article 686 confère aux cours d'appel le pouvoir discrétionnaire et l'autorité nécessaires pour traiter les diverses erreurs commises lors du procès, de manière à ce que justice soit rendue.

Section 686(8) has a special role to play in this regard. When a court of appeal orders a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*, s. 686(8) allows the court to make "any order, in addition, that justice requires". In this context, the remedial purpose of s. 686(8) is to ensure that the interests of justice are protected where ordering a new trial alone would not ensure that justice is done. This remedial purpose should be broadly construed in order to enhance the ability of appellate courts to respond in a measured way to the nature and extent of the error in the proceedings below. 36

Le paragraphe 686(8) joue un rôle particulier à cet égard. Lorsqu'une cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès conformément au par. 686(2) du *Code criminel*, le par. 686(8) lui permet de rendre «en outre [. . .] toute ordonnance que la justice exige». Dans ce contexte, les fins réparatrices du par. 686(8) sont de veiller à ce que les intérêts de la justice soient protégés lorsque l'ordonnance de nouveau procès n'assurerait pas, à elle seule, que justice soit rendue. Ces mesures réparatrices doivent être interprétées largement afin d'accroître la capacité des cours d'appel de répondre de façon mesurée à la nature et à la gravité de l'erreur commise lors des procédures antérieures.

I believe that it would be improper for this Court to state, as the Chief Justice does, that as a blanket rule a court of appeal can never order a new trial with limited verdicts. In my opinion, the vast jurisdiction of a court of appeal to make any order is limited only by what "justice requires". The types of additional orders that "justice requires" will vary greatly from case to case. As such, the 37

Je crois qu'il serait inapproprié pour notre Cour d'affirmer, comme le fait le Juge en chef, que la règle générale est qu'une cour d'appel ne peut jamais ordonner la tenue d'un nouveau procès restreint à un nombre limité de verdicts. À mon avis, la vaste compétence d'une cour d'appel quant aux ordonnances qu'elle peut rendre est limitée uniquement par ce que «la justice exige». La nature

approach of Doherty J.A, writing for the court in *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (Ont. C.A.), at p. 131, is, in my view, the proper one in the analysis of what justice requires:

> The phrase "the interests of justice" is used throughout the *Criminal Code*. It takes its meaning from the context in which it is used and signals the existence of a judicial discretion to be exercised on a case-by-case basis.

38 Similarly, what "justice requires" in a particular situation should be determined by the court of appeal on a case-by-case basis and that court should not be restrained in the exercise of its judicial discretion to fashion a particular type of remedy under s. 686(8). It is up to our Court of course, to review the exercise of that discretion on a case-by-case basis, and to determine whether in the particular circumstances of a case, the order to restrict the new trial to the resolution of certain issues is what "justice requires" (*R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597).

39 The determination of what "justice requires" is informed by the remedial purpose of s. 686(8) and involves a consideration of both the individual interest of the accused in a fair trial and the collective interest in the proper administration of justice. This is in accordance with the interpretation of similar expressions, such as the "interests of justice" used in different sections of Part XXI of the *Criminal Code* and the "principles of fundamental justice" from s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (for the *Criminal Code* see *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, s. 683(1)(*d*) (formerly 610(1)(*d*)); *Bernardo, supra*, s. 684(1); *R. v. Chek TV Ltd.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 380 (B.C.C.A.), at p. 383, *per* Craig J.A. concurring, s. 683(5) (formerly 610(5)); for s. 7 of the *Charter* see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 458, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, *per* La Forest J.; *Rodriguez v. British*

des ordonnances additionnelles que «la justice exige» variera grandement d'une affaire à l'autre. Ainsi, le juge Doherty, au nom de la cour dans l'arrêt *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (C.A. Ont.), à la p. 131, a choisi, selon moi, l'approche appropriée dans l'analyse de ce que la justice exige:

> [TRADUCTION] L'expression «l'intérêt de la justice» est utilisée partout dans le *Code criminel*. Sa signification découle du contexte dans lequel elle est utilisée et elle indique l'existence d'un pouvoir discrétionnaire à exercer cas par cas.

De même, ce que «la justice exige» dans une situation donnée devrait être décidé par la cour d'appel selon chaque cas, et son pouvoir discrétionnaire de façonner une réparation d'un genre particulier en vertu du par. 686(8) ne devrait pas être restreint. Il revient à notre Cour, cela va de soi, de revoir l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire cas par cas et de décider si, compte tenu des faits particuliers d'une affaire, l'ordonnance restreignant le nouveau procès à la résolution de certaines questions constitue ce que «la justice exige» (*R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597).

La détermination de ce que «la justice exige» découle des fins réparatrices du par. 686(8) et fait intervenir tant l'examen de l'intérêt individuel de l'accusé dans un procès équitable que celui de l'intérêt collectif dans la bonne administration de la justice. Cela est conforme à l'interprétation d'expressions similaires, comme l'«intérêt de la justice», dans différents articles de la partie XXI du *Code criminel*, et les «principes de justice fondamentale», dans l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (pour le *Code criminel*, voir *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la p. 775, al. 683(1)*d*) (auparavant 610(1)*d*)); *Bernardo*, précité, par. 684(1); *R. c. Chek TV Ltd.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 380 (C.A.C.-B.), à la p. 383, le juge Craig dans ses motifs concourants, par. 683(5) (auparavant 610(5)); pour l'art. 7 de la *Charte*, voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, à la p. 458, le juge L'Heureux-Dubé; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la

Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; and *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 486, *per* L'Heureux-Dubé J.).

Section 686(8) provides that a court of appeal's discretion to make "any additional order" is limited only by what "justice requires". The use of the word "any" emphasizes that every kind of order is within the ambit of that section. The French text of s. 686(8), which reads that a court of appeal may "*en outre rendre toute ordonnance que la justice exige*", confirms the same wide breadth of the provision.

The listing of specific remedies in other subsec- 686, combined with the absence of any limiting language in s. 686(8), reinforces the position that Parliament did not intend to restrict the scope of a court of appeal's powers under s. 686(8) (a similar finding was made by this Court regarding s. 443(1)(*a*) and (*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 487), in *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, at p. 631).

In *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, this Court broadly interpreted the jurisdiction of a court of appeal to make any order that justice requires under s. 686(8). Ritchie J., for the majority, found that the British Columbia Court of Appeal had correctly exercised its jurisdiction under s. 613(8) (now s. 686(8)) in amending a count of the indictment in order to ensure that it conformed to the evidence at trial. Ritchie J. held at pp. 431-32:

> In my view when Parliament authorized the Court of Appeal, in the exercise of its power, to order a new trial, to "make any order, in addition, which justice requires" it must be taken as having authorized that Court under those circumstances to make *any additional order* which the ends of justice require whether the order for a new trial is dependent upon the additional order or not. I do not think that the wide powers conferred on the Court of

p. 539, le juge La Forest; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 486, le juge L'Heureux-Dubé).

40 Le paragraphe 686(8), dans sa version anglaise, prévoit que le pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel de rendre «*any additional order*» n'est limité que par ce que «*justice requires*». L'utilisation du mot «*any*» met en relief le fait que ce paragraphe vise tous les types d'ordonnance. La version française du par. 686(8), qui prévoit qu'une cour d'appel peut «en outre rendre toute ordonnance que la justice exige», confirme la portée étendue de cette disposition.

41 L'énumération de réparations particulières dans les autres paragraphes de l'art. 686, combinée à l'absence de tout terme limitatif dans le par. 686(8), renforce la position que le Parlement n'avait pas l'intention de restreindre l'étendue des pouvoirs conférés à une cour d'appel en vertu de ce paragraphe (notre Cour en est venue à une conclusion similaire relativement aux al. 443(1)*a*) et *b*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 487), dans *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, à la p. 631).

42 Dans l'arrêt *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, notre Cour a interprété largement la compétence d'une cour d'appel pour rendre toute ordonnance que la justice exige en vertu du par. 686(8). Le juge Ritchie, au nom de la majorité, a conclu que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait correctement exercé la compétence que lui conférait le par. 613(8) (maintenant le par. 686(8)) en modifiant un chef d'accusation de façon à ce qu'il soit compatible avec la preuve déposée au procès. Le juge Ritchie déclarait ceci, aux pp. 431 et 432:

> À mon avis, lorsque le Parlement a autorisé la Cour d'appel, dans l'exercice de ses pouvoirs, à ordonner un nouveau procès et «en outre [à] rendre toute ordonnance que la justice exige», il voulait l'autoriser à rendre, dans ces circonstances, *toute ordonnance additionnelle* que les fins de la justice peuvent exiger, que le nouveau procès dépende ou non de la délivrance de cette ordonnance additionnelle. Je ne pense pas qu'on doive interpréter

Appeal by s. 613(8) are to be narrowly construed but rather they are designed to ensure that the requirements of the ends of justice are met, and are to be liberally construed in light of that overriding consideration. [Italics in original; underlining added.]

43 Wilson J., delivering a unanimous judgment in *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, quoted the above passage with approval and characterized the scope of s. 613(8) (now s. 686(8)) at pp. 19-20, as follows:

In exercising its power under s. 613(2) the Court of Appeal is given a broad ancillary jurisdiction under s. 613(8) of the *Code* to make "any order, in addition, that justice requires". This Court has construed the powers granted to the Court of Appeal under s. 613(8) in a generous manner consistent with its broad remedial purposes.

. . .

There is, in my respectful view, no reasonable alternative to a broad reading of the Court of Appeal's ancillary jurisdiction under s. 613(8) given its broad wording and remedial purpose. The section gives the Court of Appeal a broad supplementary power to make any order that justice requires when it exercises its appellate powers under the enumerated subsections of s. 613. [Emphasis added.]

More recently, in *Hinse*, *supra*, this Court confirmed that a generous interpretation of s. 686(8) which reflects its broad remedial purpose is appropriate.

44 In addition, the Crown submitted an exhaustive list of case law detailing the wide variety of orders made by appellate courts under s. 686(8). Certain orders were made to: limit the new trial on the included offence where the evidence could not support a finding of guilt on the offence charged (*R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.); *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.); *R. v. Ruptash* (1982), 68 C.C.C. (2d) 182 (Alta. C.A.); *R. v. Popoff* (1960), 129 C.C.C. 250 (B.C.C.A.)); amend a count of the indictment (*Elliott*, *supra*); order a new trial pursuant to an amended information (*R. v. Geauvreau*, [1982] 1

restrictivement les larges pouvoirs conférés aux cours d'appel par le par. 613(8); ils sont plutôt destinés à assurer que les fins de la justice soient respectées. Compte tenu de cette considération essentielle, on doit leur donner une interprétation large. [En italique dans l'original; je souligne.]

Le juge Wilson, au nom de notre Cour à l'unanimité dans *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, a cité et approuvé l'extrait susmentionné, et a décrit ainsi la portée du par. 613(8) (maintenant le par. 686(8)), aux pp. 19 et 20:

Dans l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 613(2), la Cour d'appel dispose, en vertu du par. 613(8) du *Code*, d'un large pouvoir accessoire de rendre «en outre [. . .] toute ordonnance que la justice exige». Cette Cour a donné aux pouvoirs conférés à la Cour d'appel par le par. 613(8) une interprétation libérale conforme aux fins réparatrices générales qui y sont visées.

. . .

À mon avis, il n'y a pas d'alternative raisonnable à une interprétation large du pouvoir accessoire que le par. 613(8) confère à la Cour d'appel, compte tenu de sa formulation générale et des fins réparatrices visées. Cette disposition confère à la Cour d'appel un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière d'appel prévus aux paragraphes précédents de l'art. 613. [Je souligne.]

Plus récemment, dans l'arrêt *Hinse*, précité, notre Cour a confirmé qu'une interprétation libérale du par. 686(8), reflétant ses fins réparatrices générales, est appropriée.

En outre, le ministère public a présenté une longue liste de décisions illustrant la grande diversité des ordonnances rendues par les cours d'appel en vertu du par. 686(8). Certaines ordonnances ont été rendues pour limiter le nouveau procès à l'infraction incluse dans des cas où la preuve ne pouvait donner lieu à un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction faisant l'objet de l'accusation (*R. c. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A.C.-B.); *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.); *R. c. Ruptash* (1982), 68 C.C.C. (2d) 182 (C.A. Alb.); *R. c. Popoff* (1960), 129 C.C.C. 250 (C.A.C.-B.)); modifier un chef de l'acte d'accusa-

S.C.R. 485); stay criminal proceedings which violate the community's sense of fair play and decency (*Hinse*, *supra*); or, dissolve a conditional stay on a count to which the *Kienapple* principle against multiple convictions was applied (*Provo*, *supra*). These cases illustrate the need to vest courts of appeal with a wide jurisdiction to make all kinds of orders tailored to the error made below.

tion (*Elliott*, précité); ordonner la tenue d'un nouveau procès en fonction d'une dénonciation modifiée (*R. c. Geauvreau*, [1982] 1 R.C.S. 485); arrêter des procédures criminelles qui violent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société (*Hinse*, précité); mettre fin à la suspension conditionnelle d'une accusation à laquelle a été appliqué le principe de l'arrêt *Kienapple* contre les déclarations de culpabilité multiples (*Provo*, précité). Ces affaires illustrent le besoin de conférer aux cours d'appel la compétence étendue nécessaire pour rendre toutes sortes d'ordonnances adaptées à l'erreur commise par l'instance inférieure.

The approach of the Chief Justice is to restrict at the outset the types of orders which can be made pursuant to s. 686(8). He relies on an analogy with s. 686(4) to determine that when a new trial is ordered is has to be a full new trial and not a new trial with limited verdicts. I disagree for the following reasons.

45 L'approche du Juge en chef consiste à restreindre dès le départ le type d'ordonnances qui peuvent être rendues en vertu du par. 686(8). Il s'appuie sur une analogie faite avec le par. 686(4) pour conclure que lorsque la tenue d'un nouveau procès est ordonnée, il doit s'agir d'un nouveau procès complet, et non pas d'un nouveau procès sur un nombre limité de verdicts. Je ne partage pas cette opinion pour les motifs suivants.

First, the language of s. 686(8) and the broad interpretation that mandates its broad underlying remedial purpose are inconsistent with a determination that certain classes of orders are outside its scope. While the discretion granted under s. 686(8) to appellate courts is not unlimited, the proper approach is to review the exercise of that judicial discretion on a case-by-case basis and not to conclusively place entire classes of orders outside the jurisdiction of a court of appeal.

46 En premier lieu, le libellé du par. 686(8) et l'interprétation large requise par ses fins réparatrices générales sont incompatibles avec la conclusion que certains types d'ordonnances sont hors de sa portée. Bien que le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 686(8) aux cours d'appel ne soit pas illimité, l'approche appropriée consiste à examiner l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire cas par cas et non pas à retrancher définitivement de la compétence des cours d'appel des catégories entières d'ordonnances.

Second, I find the analogy with s. 686(4) to be unconvincing. The Chief Justice recognizes at para. 22, that s. 686(4) deals with appeals from an acquittal whereas this case deals with an appeal from a conviction pursuant to s. 686(2). The wording of the two sections is different. Section 686(2)(*b*) does not provide for the restrictions imposed on jury verdicts by s. 686(4)(*b*)(ii). Therefore, there is no rationale for reading s. 686(4) as imposing restrictions on s. 686(2). The fact that s. 686(8) applies to both s. 686(4) and s. 686(2)

47 En deuxième lieu, j'estime que l'analogie faite avec le par. 686(4) n'est pas convaincante. Le Juge en chef reconnaît, au par. 22 de ses motifs, que le par. 686(4) vise les appels d'acquittement alors que la présente affaire porte sur l'appel d'une déclaration de culpabilité qui relève du par. 686(2). Le libellé des deux dispositions est différent. L'alinéa 686(2)*b*) ne comporte pas les restrictions en matière de verdicts rendus par un jury que prescrit le sous-al. 686(4)*b*)(ii). En conséquence, il n'y a aucune raison d'interpréter le par. 686(4) comme apportant des restrictions au par. 686(2). Le fait que le par. 686(8) s'applique tant au par. 686(4)

does not mean that the restrictions that apply to s. 686(4) apply to s. 686(2).

48 The Chief Justice states at para. 24 that "[t]he principle that is reflected in s. 686(4) is that great respect should be shown to juries". Again, this may be so regarding verdicts of acquittal by a jury, where s. 686(4) restricts a court of appeal from changing that verdict. On appeals from verdicts of conviction by a jury however, there is nothing in s. 686(2) and s. 686(8) to indicate that the court of appeal is so limited. In fact, the court can set aside the verdict on the grounds that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence, for example, and direct a verdict of acquittal pursuant to s. 686(1)(*a*)(i) and s. 686(2). Therefore, the application of s. 686(4), which is not at issue in this case, cannot be used to limit the jurisdiction granted to appellate courts by s. 686(8).

49 The Chief Justice seeks to minimize the impact of limiting s. 686(8) by restricting his interpretation to jury verdicts and leaving for later the question of whether the same principles would apply to decisions by a judge alone (paras. 1 and 28). In fact, the text of s. 686(8) makes no distinction between trial with judge alone and with judge and jury and I see no reason for this Court to create one.

50 Having determined that the Court of Appeal of British Columbia had the jurisdiction under s. 686(8) to make all kinds of orders, limited only by what justice requires, I will now turn to question of whether it can restrict the new trial to verdicts of manslaughter or second degree murder.

III. Power to Order a New Trial Restricted to Manslaughter or Second Degree Murder Verdicts Under Section 686(8)

51 The appellant submits that, generally, when a new trial is ordered on the basis of misdirections

qu'au par. 686(2) ne signifie pas pour autant que les restrictions qui s'appliquent au par. 686(4) s'appliquent au par. 686(2).

Le Juge en chef dit également, au par. 24, que «[l]e principe émanant du par. 686(4) est qu'un grand respect doit être accordé aux jurys». Encore une fois, cela peut être le cas pour les verdicts d'acquittement rendus par un jury que le par. 686(4) empêche une cour d'appel de modifier. Cependant, en matière d'appels de verdicts de culpabilité rendus par un jury, rien aux par. 686(2) et 686(8) n'indique que la même restriction est imposée à la cour d'appel. En fait, la cour peut annuler le verdict au motif qu'il est déraisonnable ou qu'il ne peut s'appuyer sur la preuve, par exemple, et ordonner un verdict d'acquittement en vertu du sous-al. 686(1)*a*)(i) et du par. 686(2). Par conséquent, on ne saurait appliquer le par. 686(4), qui n'est pas ici en cause, de façon à limiter la compétence conférée aux cours d'appel par le par. 686(8).

Le Juge en chef tente de réduire l'effet d'une interprétation restrictive du par. 686(8) en la limitant aux verdicts rendus par un jury et en laissant à plus tard l'examen de la question de savoir si les mêmes principes s'appliqueraient aux décisions rendues par un juge seul (par. 1 et 28). En réalité, le texte du par. 686(8) ne fait aucune distinction entre un procès avec juge seul et un procès avec juge et jury, et je ne vois pas pourquoi notre Cour en ferait une.

Ayant conclu que le par. 686(8) conférait à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique la compétence pour rendre toutes sortes d'ordonnances, sous la seule réserve de ce que la justice exige, je vais examiner maintenant si la cour peut limiter le nouveau procès à un verdict d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré.

III. Le pouvoir d'ordonner la tenue d'un nouveau procès restreint à un verdict d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré en vertu du par. 686(8)

L'appelant prétend que, en règle générale, lorsque la tenue d'un nouveau procès est ordonnée en

on the defence of intoxication, it is a full new trial and not a limited new trial. Although usually all issues are remitted to a new trial, in exceptional cases, such as where there is no question that the accused committed the guilty act, s. 686(8) can apply to limit the verdicts available on retrial.

Orders made pursuant to s. 686(8) to restrict the issues on a new trial have been made where the only issue at the end of the appeal relates to the defence of entrapment or insanity. For example, this Court's decision in *Pearson*, *supra*, upheld the order for a restricted new trial on the issue of entrapment pursuant to s. 686(8). Furthermore, the Courts of Appeal of Ontario and British Columbia made additional orders limiting a new trial to the issue of entrapment in *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.); *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368 (B.C.C.A.), aff'd [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), and supplementary reasons, November 1, 1990, Victoria Registry V00270. As well, a five-member panel of the Ontario Court of Appeal restricted the retrial on the issue of insanity at the time of the commission of the offence in *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135.

A new trial restricted to specific verdicts may also be appropriate where the only issue at the end of the appeal is whether the accused is guilty of manslaughter or second degree murder. In *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, reversed on another point [1995] 2 S.C.R. 737, the Ontario Court of Appeal restricted the new trial to whether the accused was guilty of manslaughter or second degree murder, thereby foreclosing the accused from raising the defence of automatism already

raison de directives erronées sur la défense d'intoxication, il s'agit d'un nouveau procès complet, et non d'un nouveau procès limité. Bien qu'habituellement toutes les questions en litige soient renvoyées pour examen dans le cadre d'un nouveau procès, le par. 686(8) peut servir à limiter les verdicts possibles à cette occasion dans des cas exceptionnels, par exemple lorsqu'il n'y a aucun doute que l'accusé a commis l'acte reproché.

52 Des ordonnances ont été rendues en vertu du par. 686(8) pour restreindre les questions en litige dans le cadre d'un nouveau procès, dans des cas où la seule question en litige, une fois l'appel entendu, concernait la défense de provocation policière ou d'aliénation mentale. Par exemple, l'arrêt *Pearson*, précité, de notre Cour a confirmé l'ordonnance de nouveau procès limité à la question de la provocation policière conformément au par. 686(8). De plus, les cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont rendu des ordonnances additionnelles qui limitaient le nouveau procès à la question de la provocation policière dans *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.); *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368 (C.A.C.-B.), conf. par [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), et motifs supplémentaires, 1er novembre 1990, greffe de Victoria V00270. De même, un banc de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario a restreint le nouveau procès à la question de savoir s'il y avait aliénation mentale au moment de la perpétration de l'infraction dans *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135.

53 La tenue d'un nouveau procès restreint à des verdicts précis peut aussi être appropriée lorsque la seule question en litige, une fois l'appel entendu, est de savoir si l'accusé est coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré. Dans l'affaire *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39, infirmé sur un autre point par [1995] 2 R.C.S. 737, la Cour d'appel de l'Ontario a restreint le nouveau procès à la question de savoir si l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré, empêchant de ce fait l'accusé d'invoquer la défense d'automatisme, qui avait déjà été rejetée par un jury anté-

rejected by a previous jury. Doherty J.A. stated in *Wade*, *supra*, at p. 65:

> From a jurisdictional perspective, I can see no difference between limiting a new trial to the issue of entrapment or insanity, and limiting a new trial to the question of whether the appellant is guilty of murder or manslaughter. The authorities, considered along with the language of s. 686(8) and the command to interpret that language broadly found in *R. v.* [*Provo*], *supra*, satisfy me that this court has the jurisdiction to limit a new trial to the determination of whether the appellant committed murder or manslaughter.

54 Doherty J.A. in *Wade*, *supra*, at pp. 65-66, pointed out that trials limited to the issue of manslaughter or second degree murder are not unknown. These trials occur when the accused admits causing the death of the victim but claims that he or she did not possess the state of mind required for murder.

55 This said, I fully endorse the position of the Court of Appeal in *Gorecki (No. 2)*, *supra*, and in *Wade*, *supra*, that an order restricting a new trial represents an exceptional remedy that justice will require in "special circumstances". In the case at bar, the Court of Appeal seems to have been guided by the "special circumstances" test set out in *Wade*, *supra*, and *Gorecki (No. 2)*, *supra*. I will now turn to what constituted such "special circumstances" in these two cases. I will subsequently examine whether this case falls within such special circumstances.

56 In *Gorecki (No. 2)*, *supra*, the accused was convicted by a jury of the murder of his wife and the Court of Appeal was asked to consider fresh evidence relating to his mental state at the time of the commission of the offence. At trial, the accused did not raise that question and his only defence was that of accident. The Court of Appeal found that the fresh evidence might show that he was mentally ill and could not recognize his illness, and therefore, this prevented him from making the insanity defence during the trial. Consequently, the

rieur. Le juge Doherty a déclaré dans *Wade*, précité, à la p. 65:

> [TRADUCTION] Du point de vue de la compétence, je ne peux voir aucune différence entre le fait de limiter un nouveau procès à la question de la provocation policière ou de l'aliénation mentale et celui de limiter un nouveau procès à la question de savoir si l'appelant est coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable. La jurisprudence, combinée au texte du par. 686(8), et l'obligation d'interpréter ce dernier de façon large, comme le prescrit l'arrêt *R. c.* [*Provo*], précité, me convainquent que la cour a compétence pour limiter un nouveau procès à une décision sur la question de savoir si l'appelant a commis un meurtre ou un homicide involontaire coupable.

Dans l'arrêt *Wade*, précité, aux pp. 65 et 66, le juge Doherty a souligné que les procès limités à la question de l'homicide involontaire coupable ou du meurtre au deuxième degré ne sont pas choses inconnues. Cela se produit lorsque l'accusé admet avoir causé la mort de la victime mais qu'il prétend ne pas avoir eu l'état d'esprit requis pour avoir commis un meurtre.

Ceci étant dit, je partage entièrement la position adoptée par la Cour d'appel dans *Gorecki (No. 2)* et *Wade*, précités, selon laquelle une ordonnance limitant un nouveau procès constitue une réparation exceptionnelle que la justice exigera dans des «circonstances spéciales». En l'espèce, la Cour d'appel semble avoir été guidée par le critère des «circonstances spéciales» énoncé dans *Wade* et *Gorecki (No. 2)*, précités. Je vais examiner maintenant en quoi consistent les «circonstances spéciales» dans ces deux affaires et ensuite si de telles circonstances sont ici présentes.

Dans l'affaire *Gorecki (No. 2)*, précitée, un jury avait déclaré l'accusé coupable du meurtre de sa femme et on avait demandé à la Cour d'appel d'examiner de nouveaux éléments de preuve relativement à l'état mental de l'accusé au moment de l'infraction. Au procès, l'accusé n'avait pas soulevé cette question et n'avait invoqué que la défense d'accident. La Cour d'appel a conclu que la preuve nouvelle pourrait démontrer que l'accusé souffrait de maladie mentale sans en être conscient et que, de ce fait, il ne lui avait pas été possible

court ordered a new trial limited to raising the defence of insanity pursuant to s. 613(8) (now 686(8)). The court observed at p. 149:

> The Court of Appeal where it orders a new trial is empowered by s. 613(8) to make any order, in addition, that justice requires. While we exercise our power to direct a new trial, we are satisfied that pursuant to s. 613(8) justice requires that in the special circumstances of this case the accused should be limited to raising the defence of insanity, the other defences having already been concluded on the first trial, affirmed on appeal. [Emphasis added.]

d'invoquer la défense d'aliénation lors du procès. En conséquence, la cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la défense d'aliénation mentale, en se fondant sur le par. 613(8) (maintenant le par. 686(8)), et a fait observer, à la p. 149:

> [TRADUCTION] Lorsque la Cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès, le par. 613(8) lui permet en outre de rendre toute ordonnance que la justice exige. Nous exerçons notre pouvoir d'ordonner la tenue d'un nouveau procès mais, en même temps, nous sommes convaincus qu'en vertu du par. 613(8), la justice exige que, vu les circonstances spéciales de la présente affaire, l'accusé ne devrait pouvoir soulever que la défense d'aliénation, les autres moyens de défense ayant déjà été épuisés lors du premier procès, dont la décision a été confirmée en appel. [Je souligne.]

In *Wade*, *supra*, Doherty J.A. also held that "special circumstances" existed which warranted the order to limit the issues at the new trial. In that case, defence counsel admitted that the accused had attacked his wife and inflicted the injuries causing death and, at trial, raised the defence of automatism brought on by a variety of sleep disorders. He was found guilty by a jury of second degree murder. After an appeal and another trial, a second jury found him again guilty of second degree murder. At the second trial, the judge decided not to leave manslaughter with the jury, and this triggered the appeal. Doherty J.A. recalled that the defence of automatism brought by the accused was totally rejected by the jury, which was satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had killed his wife. Therefore, he ordered a restricted new trial as to whether the accused was guilty of second degree murder or manslaughter. He wrote at p. 65:

57

Dans l'affaire *Wade*, précitée, le juge Doherty a également conclu à l'existence de «circonstances spéciales» justifiant l'ordonnance qui limitait les questions en litige lors du nouveau procès. Dans cette affaire, l'avocat de la défense a admis que l'accusé avait attaqué sa femme et lui avait infligé les blessures mortelles. Au procès, l'accusé a soulevé la défense d'automatisme provoqué par divers troubles du sommeil. Un jury l'a déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. À la suite d'un appel et d'un autre procès, un deuxième jury l'a également déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Au second procès, le juge a décidé de ne pas laisser au jury la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable, ce qui a entraîné l'appel. Le juge Doherty a rappelé que la défense d'automatisme invoquée par l'accusé avait été entièrement rejetée par le jury, qui était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait tué sa femme. Il a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable et a fait observer, à la p. 65:

> Here, as in *Gorecki*, there is no doubt that the appellant caused the death of the victim. Nor, is there any doubt as to how he caused that death. There is no suggestion that provocation, intoxication or any other excuse or justification could possibly arise. This is emphatically not a case, like some, where there exists a realistic pos-

> [TRADUCTION] En l'espèce, comme dans *Gorecki*, il n'existe de doute ni sur le fait que l'appelant a causé la mort de la victime ni sur la façon dont il s'y est pris. Rien n'indique qu'il y ait eu provocation, intoxication ou toute autre excuse ou justification. Il ne s'agit nettement pas d'une affaire où, contrairement à d'autres, il

sibility that a new trial could take a radically different course than the previous trial. [Emphasis added.]

58 A consideration of these two cases and a purposive interpretation of what "justice requires" leads me to conclude that an order restricting the verdicts on a new trial may exceptionally be available where it is beyond reasonable doubt that the accused committed the guilty act and the only outstanding issue relates to the legal quality of that act by reason of the accused's mental state or by reason of possible excuses or defences, like entrapment.

IV. Application to this Case

59 Before making the order restricting the new trial, Lambert J.A., for the court, noted that by the time the trial was concluded, there was no doubt that the appellant shot Emily Alexander and this was not contested by the defence. However he found that the trial judge left the jury confused in both his charge to them and in his response to their questions about the definition of intent, and the interrelationship between intent and intoxication. Lambert J.A. held that it would be unsafe to uphold the conviction in light of this confusion. On the basis that "identity was not in issue at the trial" and that "some relevant evidence and exhibits have been destroyed" ((1997), 85 B.C.A.C. 303, at p. 306), Lambert J.A. made the order limiting the new trial to the issue of whether the appellant was guilty of manslaughter or second degree murder.

60 I will deal first with the issue of prejudice to the Crown due to the destruction of certain exhibits. The Crown claims that due to the lateness of the filling of the appellant's notice of appeal, certain exhibits were authorized to be destroyed and in fact were destroyed and as a result, the destruction of these exhibits has detrimentally affected the Crown's ability to make its case in a new trial. In addition, the Crown submits that it should not be forced to suffer any potential diminution of its

existe une possibilité sérieuse qu'un nouveau procès pourrait mener à un résultat totalement différent que celui auquel a mené le procès antérieur. [Je souligne.]

L'examen de ces deux affaires et une interprétation de ce que «la justice exige», selon l'objet visé, m'amènent à conclure qu'exceptionnellement une ordonnance peut être rendue restreignant les verdicts possibles dans un nouveau procès lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché et que la seule question non résolue a trait à la qualification juridique de cet acte en raison de l'état mental de l'accusé ou en raison d'excuses ou de moyens de défense possibles, comme la provocation policière.

IV. Application à la présente affaire

Avant de rendre l'ordonnance restreignant le nouveau procès, le juge Lambert, au nom de la cour, a souligné qu'à la fin du procès il n'y avait aucun doute que l'appelant avait fait feu sur Emily Alexander et cela n'était pas contesté par la défense. Cependant, il a conclu que le juge du procès avait semé la confusion chez les membres du jury, tant par ses directives que par ses réponses à leurs questions sur la définition de l'intention et sur la relation entre l'intention et l'intoxication. Le juge Lambert a conclu qu'il serait imprudent, en raison de cette confusion, de maintenir la déclaration de culpabilité. Au motif que [TRADUCTION] «l'identité n'était pas en litige au procès» et que «des preuves et des pièces pertinentes ont été détruites» ((1997), 85 B.C.A.C. 303, à la p. 306), le juge Lambert a rendu l'ordonnance limitant le nouveau procès à la question de savoir si l'appelant était coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré.

Prenons d'abord la question du préjudice subi par le ministère public en raison de la destruction de certaines pièces. Le ministère public soutient qu'en raison du retard de l'appelant à déposer son avis d'appel, l'autorisation de détruire certaines pièces a été donnée et que celles-ci ont effectivement été détruites, de sorte que la capacité du ministère public de présenter sa preuve dans le cadre d'un nouveau procès s'en est trouvée réduite. Le ministère public prétend également qu'il ne

ability to prove its case as a result of intervening events for which it bears no responsibility.

devrait pas être forcé de subir quelque réduction potentielle de sa capacité d'établir sa preuve en raison d'événements ultérieurs dont il n'est pas responsable.

However, the Crown concedes that the lateness in filling of the notice of appeal was not the appellant's fault. Further, the Court of Appeal found that the lengthy delay that triggered the destruction of the exhibits was not the fault of the accused, but rather the result of a breakdown in communications between the accused, the Legal Services Society of British Columbia and his lawyer who was appointed by the Society. In addition, the appellant alleges that most of the exhibits that were destroyed can be re-obtained or reconstructed. The Crown does not disagree that this is possible. Therefore, on its own, I am of the view that the alleged prejudice to the Crown is not sufficient to justify in itself the order made.

61 Cependant, le ministère public concède que le retard à produire l'avis d'appel n'était pas dû à la faute de l'appelant. Par ailleurs, la Cour d'appel a conclu que le long délai ayant entraîné la destruction des pièces ne résultait pas de la faute de l'accusé, mais de la rupture des communications entre l'accusé, la Legal Services Society of British Columbia et l'avocat de l'accusé nommé par cette dernière. Au surplus, l'appelant allègue que la plupart des pièces qui ont été détruites peuvent être obtenues de nouveau ou reconstituées. Le ministère public ne nie pas que cela soit possible. Je suis donc d'avis que le préjudice allégué par le ministère public ne suffit pas, en lui-même, à justifier l'ordonnance rendue.

The alternative basis upon which Lambert J.A. makes his order for a limited trial is much more compelling. In his decision Lambert J.A. held that "[b]y the time that the trial was concluded it was not contested by the defence that Mr. Thomas shot Emily Alexander" (p. 304), that "there was no doubt that Mr. Thomas shot Emily Alexander", and that "identity was not in issue at the trial" (p. 306). Referring to the interpretation of s. 686(8) in *Wade*, *supra*, Lambert J.A. ordered a new trial confined to the issue of whether the verdict should be one of second degree murder or of manslaughter.

62 Le motif subsidiaire sur lequel se fonde le juge Lambert pour ordonner la tenue d'un nouveau procès limité est beaucoup plus convaincant. Dans sa décision, le juge Lambert a conclu que [TRADUCTION] «[à] l'issue du procès, la défense n'a pas contesté que M. Thomas avait fait feu sur Emily Alexander» (p. 304), «il n'y avait aucun doute que M. Thomas avait fait feu sur Emily Alexander» et «l'identité n'était pas en litige au procès» (p. 306). Renvoyant à l'interprétation du par. 686(8) dans l'affaire *Wade*, précitée, le juge Lambert a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si un verdict de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable devrait être rendu.

There is no doubt in this case about the fact that the appellant killed Ms. Alexander, nor is there any doubt about how it was done. Counsel for the appellant admitted to the jury that the appellant caused the death of Ms. Alexander by means of an unlawful act, and that he was accordingly, guilty of at least manslaughter, as shown by these excerpts from his closing address to the jury:

63 Il n'y a aucun doute dans la présente affaire sur le fait que l'appelant a tué Mme Alexander ni sur la façon dont il s'y est pris. L'avocat de l'appelant a admis devant le jury que l'appelant avait causé la mort de Mme Alexander au moyen d'un acte illégal et que, par conséquent, il était au moins coupable d'homicide involontaire coupable, comme le démontrent ces extraits du plaidoyer de l'avocat au jury:

There is a difference between second degree murder and manslaughter and His Lordship will advise you as to the differences and what they are at law and his

[TRADUCTION] Il y a une différence entre un meurtre au deuxième degré et un homicide involontaire coupable, et monsieur le juge vous expliquera les différences

words on the law is final. And there is no doubt here Mr. Thomas shot Emily, there is no doubt about that and I would never in my wildest dreams come before you and suggest otherwise. We are asking you to use your common sense here and I don't attempt to persuade you not to use it. Clearly he shot Emily but you have to look at all the circumstances surrounding that. You have to look at what the law refers to it as. Is it second degree murder? Is it manslaughter?

. . .

Quite often in criminal trials we talk about many things such as identity of the accused, and date, time, place, and jurisdiction and other matters. I have already indicated to you I don't intend to be arguing those matters, and I am not going to. It's very clear that the base of the facts we know, we do know that Mr. Thomas shot Emily and there is no doubt about that but what you have to determine is what his intent was.

. . .

My submission is there is a substantial body of evidence and facts before you as to the level of intoxication and it's my submission there should be a reasonable doubt on the charge of second degree murder. I am not suggesting to you Mr. Thomas has not done anything. Clearly Mr. Thomas shot and killed Emily and in my submission to you, however, it's manslaughter and not second degree murder. [Emphasis added.]

64 Moreover, the trial judge specified in his instructions to the jury that "[t]he nature of this case is such that it is unlikely that you will consider an acquittal because the evidence of the shooting is uncontroverted". He then led the jury to consider a verdict of either manslaughter or second degree murder.

65 Accordingly, I cannot agree with the Chief Justice that, but for the admission of guilt by counsel for the appellant, "it is unlikely that the Court of Appeal would have had any confidence in the accused's liability even for manslaughter" (para. 26). There was overwhelming evidence ten-

et leur signification en droit, et ses explications sur le droit sont définitives. Et il n'y a aucun doute en l'espèce que M. Thomas a fait feu sur Emily, il n'y a aucun doute à ce sujet et jamais je n'oserais, même dans mes rêves les plus fous, me présenter devant vous et prétendre le contraire. En l'espèce, nous vous demandons d'utiliser votre bon sens et je n'essaie pas de vous persuader de ne pas le faire. C'est clair qu'il a fait feu sur Emily, mais vous devez examiner toutes les circonstances entourant l'événement. Vous devez regarder comment la loi qualifie cela. S'agit-il d'un meurtre au deuxième degré? S'agit-il d'un homicide involontaire coupable?

. . .

Bien souvent lors de procès criminels, nous parlons de plusieurs choses comme l'identité de l'accusé, la date, l'heure, l'endroit, la compétence et d'autres questions. Je vous ai déjà mentionné que je n'avais pas l'intention de plaider sur ces questions et je ne le ferai pas. Il est très clair que l'essentiel des faits que nous connaissons, nous savons que M. Thomas a fait feu sur Emily et il n'y a aucun doute là-dessus, mais ce que vous avez à déterminer c'est la nature de l'intention qu'il avait.

. . .

Ma prétention est que vous êtes saisis de nombreux éléments de preuve et de faits relativement au niveau d'intoxication, et, selon moi, il existe un doute raisonnable à l'égard de l'accusation de meurtre au deuxième degré. Je n'essaie pas de vous faire croire que M. Thomas n'a rien fait. Il est clair que M. Thomas a fait feu sur Emily et qu'il l'a tuée, mais, ce que je vous dis, c'est qu'il s'agit d'un homicide involontaire coupable et non d'un meurtre au deuxième degré. [Je souligne.]

De plus, le juge du procès a précisé dans ses directives au jury que [TRADUCTION] «[l]a nature de la présente affaire est telle qu'il est improbable que vous examiniez la possibilité d'un acquittement parce que la preuve des coups de feu n'est pas contestée». Il a alors amené le jury à considérer un verdict d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré.

En conséquence, je ne peux partager l'opinion du Juge en chef que, n'eût été l'admission de culpabilité par l'avocat de l'appelant, «il est peu probable que la Cour d'appel aurait été convaincue de la culpabilité de l'accusé, même en ce qui a trait à l'homicide involontaire coupable» (par. 26). La

dered at trial against the appellant. This evidence and defence counsel's admission led the Court of Appeal to conclude that there was no doubt that the appellant killed Ms. Alexander. As such, the order to restrict the new trial in this case is not "completely unrelated to the accused's underlying innocence or culpability" or "at direct variance with its underlying judgment" (see *Hinse*, *supra*, at paras. 34 and 33 (emphasis in original)) but is in fact totally connected to the appellant's guilt. A similar approach was applied by the majority's decision in *Pearson*, *supra*, at para. 14.

preuve produite au procès contre l'appelant était accablante. Cette preuve et l'admission de l'avocat de la défense ont mené la Cour d'appel à conclure qu'il n'y avait aucun doute que l'appelant avait tué Mme Alexander. En soi, l'ordonnance restreignant le nouveau procès dans la présente affaire n'a pas «absolument rien à voir avec la question sous-jacente de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé» et n'est pas «directement incompatible avec son jugement sous-jacent» (voir *Hinse*, précité, aux para. 34 et 33 (souligné dans l'original)), mais est, en réalité, entièrement reliée à la culpabilité de l'appelant. Une approche semblable a été suivie dans la décision majoritaire de l'arrêt *Pearson*, précité, au par. 14.

The appellant submits, albeit in a summary fashion, that the order made by the Court of Appeal in this case is inconsistent with the presumption of innocence. His argument stems from the fact that the order precludes the court at the new trial from considering a verdict of acquittal.

66 L'appelant fait valoir, quoique de façon sommaire, que l'ordonnance rendue par la Cour d'appel en l'espèce est incompatible avec la présomption d'innocence. Son argument découle du fait que l'ordonnance empêche le tribunal d'examiner la possibilité d'un verdict d'acquittement lors du nouveau procès.

He also alleges that the order made by the Court of Appeal in this case breaches ss. 7 and 11(*f*) of the *Charter*, without arguing further. Although the Chief Justice alludes to ss. 7 and 11(*d*) *Charter* violations, he does not draw any conclusion in that respect. The *Charter* issues are raised for the first time in this Court. As such, we do not have the benefit of the reasons of the Court of Appeal and no constitutional questions were stated. I will, however, comment briefly on these alleged violations.

67 Il avance également que l'ordonnance rendue par la Cour d'appel en l'espèce viole l'art. 7 et l'al. 11*f*) de la *Charte*, mais sans donner davantage d'explications. Bien que le Juge en chef fasse allusion à des violations de cet article et de cet alinéa, il ne tire aucune conclusion à cet égard. Les questions relatives à la *Charte* ont été soulevées pour la première fois devant notre Cour. Nous n'avons donc pas l'avantage des motifs de la Cour d'appel et aucune question constitutionnelle n'a été soulevée. Je vais tout de même faire de brefs commentaires sur ces violations alléguées.

The presumption of innocence, guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*, only operates "until" the accused has been "proven guilty according to law". Someone who has been proven guilty at trial and appeals his or her conviction can no longer claim the presumption of innocence (see *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), and *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, at para. 107). The presumption of innocence is revived on appeal only in respect of the elements upon which the court of appeal sets aside the verdict. If the court sets aside the entire verdict, then the presumption of innocence is revived for all elements of the crime (*R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 912,

68 La présomption d'innocence, protégée par l'al. 11*d*) de la *Charte*, est garantie «tant» que l'accusé n'est pas «déclaré coupable, conformément à la loi». Une personne qui a été déclarée coupable lors d'un procès et qui porte sa déclaration de culpabilité en appel ne peut plus se prévaloir de la présomption d'innocence (voir *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), et *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, au par. 107). La présomption d'innocence renaît en appel uniquement à l'égard des éléments sur lesquels la Cour d'appel écarte le verdict. Si la cour écarte l'ensemble du verdict, la présomption d'innocence renaît donc à l'égard de tous les éléments du crime (*R. c. Potvin*, [1993] 2

per Sopinka J.). If, on the other hand, the court finds that some elements of the offence have been proven beyond a reasonable doubt and orders a new trial restricted to the remaining elements, the presumption of innocence is revived only with respect to those elements. So long as the Crown bears the burden of proving every element of the offence beyond a reasonable doubt, the presumption of innocence is satisfied. Where a new trial is restricted to limited issues, this is on the basis that the Crown has already discharged this burden with respect to the other elements of the crime. Here, the error made with the instructions related wholly to the issue of intent and did not affect the fact that the jury found beyond a reasonable doubt that the appellant killed his common law partner. Accordingly, the Court of Appeal only revived the elements relevant to the issue of intent. On those elements, the accused is entitled to a full presumption of innocence. In this case, the practical effect of this presumption is that the Crown must prove the intent required for second degree murder beyond a reasonable doubt.

R.C.S. 880, à la p. 912, le juge Sopinka). Si, en revanche, la cour conclut que certains éléments de l'infraction ont été prouvés hors de tout doute raisonnable et ordonne la tenue d'un nouveau procès restreint aux éléments non résolus, la présomption d'innocence renaît seulement à l'égard de ces éléments. Tant et aussi longtemps que le ministère public a le fardeau de prouver chaque élément de l'infraction hors de tout doute raisonnable, la présomption d'innocence est respectée. Lorsqu'un nouveau procès est restreint à un nombre limité de questions, c'est parce que le ministère public s'est déjà acquitté de ce fardeau relativement aux autres éléments du crime. En l'espèce, l'erreur relative aux directives est entièrement liée à la question de l'intention et n'a aucune incidence sur le fait que le jury a conclu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait tué sa conjointe. En conséquence, la Cour d'appel n'a fait renaître que les éléments relatifs à la question de l'intention. À l'égard de ces éléments, l'accusé a entièrement droit à la présomption d'innocence. Dans le présent pourvoi, l'effet pratique de cette présomption est que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable l'intention requise pour un meurtre au deuxième degré.

69 The same reasoning answers the suggestion that a new trial on restricted issues violates the right to a jury trial guaranteed by s. 11(*f*). The jury found the accused guilty in a trial where the only error related to the mental element of the crime. It follows that the jury must have concluded beyond a reasonable doubt that the accused committed the criminal act. On the new trial, another jury will decide on the remaining elements of the alleged offence. The accused's right to trial by jury is thus fully respected.

Le même raisonnement s'applique à l'égard de l'argument selon lequel la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions viole le droit à un procès par jury protégé par l'al. 11*f*). Le jury a déclaré l'accusé coupable dans le cadre d'un procès où la seule erreur commise concernait l'élément moral du crime. Il s'ensuit que le jury doit avoir conclu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait commis l'acte criminel. Lors du nouveau procès, un autre jury décidera des éléments non résolus de l'infraction alléguée. Le droit de l'accusé à un procès par jury est donc entièrement respecté.

70 It is also argued that in admitting at trial that he was guilty of at least manslaughter, the appellant waived his right to be presumed innocent and his right to a trial by jury at a new trial limited to the issue of whether or not he is guilty of manslaughter or second degree murder. In view of my conclusion that these rights have been fully respected, I need not consider this submission.

On a également prétendu qu'en admettant au procès qu'il était au moins coupable d'homicide involontaire coupable, l'appelant avait renoncé à son droit d'être présumé innocent et à son droit à un procès par jury dans le cadre d'un nouveau procès limité à la question de savoir s'il est coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré. Puisque j'ai conclu que ces droits ont été entièrement respectés, il est inutile que j'examine cette prétention.

The appellant will suffer no prejudice arising from the order made by the Court of Appeal in this case. The only live issue that remained at the end of the trial was whether he was guilty of second degree murder or manslaughter. In this respect, had the trial judge made no error, he would, at a minimum, have been convicted of manslaughter. Therefore, the restricting order corrects the error made at trial and returns the appellant to the same position he was in, and admitted being in, at the conclusion of the trial. Doherty J.A. reached the same conclusion in *Wade*, *supra*. He stated at p. 65:

> He [the accused] will have every opportunity to challenge the case for the Crown on the issue of his intent, and to advance evidence which is relevant to that intent. He will be foreclosed from relitigating the voluntariness of his conduct, but I see no prejudice or injustice in barring relitigation of an issue which has already been determined by a properly instructed jury. I am not aware of any principle of fairness which demands that an accused be given a second chance to present a defence because an error in law, unrelated to that defence, necessitates reversal of the verdict. That proposition carries the so called "sporting theory" of criminal justice too far. [Emphasis added.]

As such, limiting the new trial in this case to a determination of whether the appellant is guilty of second degree murder or manslaughter is perfectly fair to the appellant, in that it permits the appellant to fully litigate the only live issue, his level of intent, that remains undecided by a properly and fully instructed jury.

To allow the appellant to disavow the acknowledgment of guilt and seek an acquittal at the new trial would, moreover, bring the administration of justice into disrepute. In *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (Ont. C.A.), the accused sought to introduce fresh evidence on appeal with respect to his mental state in the hopes of raising an insanity defence. However, during the trial defence counsel deliberately chose not to raise that defence. The Court of Appeal refused to admit the fresh evidence for the reason that it would not be in the

71 L'appelant ne subira aucun préjudice découlant de l'ordonnance rendue par la Cour d'appel en l'espèce. La seule question encore en litige à l'issue du procès était de savoir s'il était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable. À cet égard, si le juge du procès n'avait commis aucune erreur, l'appelant aurait été déclaré coupable, à tout le moins, d'homicide involontaire coupable. Par conséquent, l'ordonnance limitative corrige l'erreur commise au procès et replace l'appelant dans la situation où il était, et où il admettait être, à la fin du procès. Le juge Doherty en est venu à la même conclusion dans l'affaire *Wade* (à la p. 65):

> [TRADUCTION] Il [l'accusé] aura toutes les occasions voulues de contester la preuve du ministère public sur la question de son intention et de produire des éléments de preuve pertinents à cet égard. Il sera forclos de soulever de nouveau la question du caractère volontaire de sa conduite, mais je ne vois aucun préjudice et aucune injustice dans le fait d'empêcher la remise en cause d'une question qui a déjà été tranchée par un jury qui a reçu des directives appropriées. Je ne connais aucun principe d'équité exigeant que l'on donne à un accusé une seconde chance de soulever un moyen de défense au motif qu'une erreur de droit non reliée à ce moyen requiert l'annulation du verdict. Cette proposition pousse trop loin ce qu'on appelle la théorie de la «seconde chance» offerte par la justice criminelle. [Je souligne.]

Ainsi, il est tout à fait équitable envers l'appelant de limiter le nouveau procès en l'espèce à une décision sur la question de savoir s'il est coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable, car cela lui permet de plaider la seule question encore en litige, soit son niveau d'intention, qui reste à être tranchée par un jury ayant reçu des directives appropriées et complètes.

72 Permettre à l'appelant de répudier l'admission de culpabilité et de tenter d'obtenir un acquittement au nouveau procès aurait de plus pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Dans *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (C.A. Ont.), l'accusé avait tenté de produire une nouvelle preuve en appel relativement à son état d'esprit dans le but de soulever la défense d'aliénation mentale. Cependant, l'avocat de la défense a délibérément omis de soulever ce moyen au procès. La Cour d'appel a refusé d'admettre la preuve nou-

"interest of justice" to do so, because it would "permit the appellant to now lead this alternative defence in this court" and to "permit him to resile from the position that he took before the jury and, indeed, to take a position which is completely inconsistent with it" (*Buxbaum*, at p. 35, to the same effect see *Palmer*, *supra*, at p. 775).

73 The search for the truth and the conviction of the guilty are certainly important parts of the collective interest in the administration of justice. In this case, there is no doubt that the appellant shot the deceased. His counsel admitted that fact in his address to the jury. What Doherty J.A. wrote in *Wade*, *supra*, at p. 66 applies with force:

> Justice for the accused and the community is fully served by directing a new trial where the appellant may have his level of culpability determined according to law. Justice no longer requires a determination of whether he is culpable at all. That determination has been fairly made.

74 These considerations lead me to conclude that the order to restrict the new trial to verdicts of manslaughter or second degree murder made pursuant to s. 686(8) was perfectly appropriate considering the nature and the extent of the wrong occasioned below and was required by justice in the special circumstances of this case.

75 Before examining the second issue, I would like to briefly comment on the Chief Justice's view at para. 27, that it could be detrimental to the accused to have a limited new trial in a case dealing with intent and intoxication since the law on these issues has changed since the appellant's first trial was held. To illustrate his point, the Chief Justice refers to this Court's decision in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, and the enactment of s. 33.1 of the *Criminal Code* dealing with the defence of self-induced intoxication. Such a change in the law, where relevant and available on the facts, might be a reason to decline to make an order for a restricted verdict under s. 686(8). However, no such change touched this case. There is no sugges-

velle au motif qu'il ne serait pas dans l'«intérêt de la justice» de le faire, car cela [TRADUCTION] «permettrait alors à l'appelant de soulever cet autre moyen de défense devant la cour» et «de répudier la position qu'il avait défendue devant le jury et, dans les faits, d'en adopter une autre tout à fait incompatible» (*Buxbaum*, à la p. 35; au même effet, voir *Palmer*, précité, à la p. 775).

La recherche de la vérité et la condamnation des coupables constituent sans aucun doute des parties importantes de l'intérêt collectif dans l'administration de la justice. Dans la présente affaire, il n'existe aucun doute que l'appelant a abattu la victime. Son avocat l'a admis dans son plaidoyer au jury. Ce que le juge Doherty a écrit dans l'affaire *Wade*, précitée, à la p. 66, est particulièrement pertinent:

> [TRADUCTION] La justice envers l'accusé et envers la collectivité est bien servie par l'ordonnance de nouveau procès, au cours duquel le niveau de culpabilité de l'appelant pourra être déterminé conformément à la loi. La justice ne requiert plus une décision à l'égard de la culpabilité elle-même. Cette décision a déjà été rendue de façon équitable.

Ces considérations m'amènent à conclure que l'ordonnance rendue en vertu du par. 686(8), restreignant le nouveau procès aux verdicts d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré était parfaitement appropriée, compte tenu de la nature et de l'étendue de l'erreur lors du procès, et que la justice l'exigeait vu les circonstances spéciales de l'espèce.

Avant d'aborder la deuxième question en litige, j'aimerais commenter brièvement l'opinion du Juge en chef, au par. 27 de ses motifs, selon laquelle la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions dans une affaire portant sur l'intention et l'intoxication pourrait être préjudiciable à l'accusé étant donné l'évolution du droit sur ces questions depuis le premier procès de l'appelant. Pour illustrer ce point, le Juge en chef cite l'arrêt de notre Cour dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, ainsi que la promulgation de l'art. 33.1 du *Code criminel* qui porte sur la défense d'intoxication volontaire. Une telle évolution du droit, dans la mesure où elle est pertinente et a une incidence sur les faits, pourrait être un motif pour refu-

tion that the appellant was in a state resembling that of extreme intoxication akin to automatism as per *Daviault*, *supra*. The only matter left in doubt at the end of the appeal was whether the accused was guilty of murder or manslaughter.

ser de rendre une ordonnance restreignant les verdicts possibles en vertu du par. 686(8). Toutefois, aucun changement de cette nature n'a affecté le présent pourvoi. Rien n'indique que l'appelant était dans un état ressemblant à l'intoxication extrême équivalant à l'automatisme, au sens de *Daviault*, précité. La seule question sur laquelle planait encore un doute une fois l'appel entendu était de savoir si l'accusé était coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable.

V. The Motion for Extension of Time and to Order a New Trial

On appeal, the Crown filed two affidavits to support its position that it would be prejudiced in the conduct of a new trial due to the destruction of exhibits and opposed the motion for extension of time on that basis. The appellant does not agree that the application for extension of time should have been tied to the determination that a new trial ought to be ordered upon a limited basis. Furthermore, the appellant submits that, in determining whether s. 686(8) required a restricted new trial, the Court of Appeal erred in relying on affidavits tendered by the Crown in relation to the motion for extension of time.

It is clear from the decision of the Court of Appeal that it was in the interest of economy of judicial time that the court decided to hear both matters together rather than consecutively. There is no indication that the appellant objected to that decision at the time. Furthermore, the appellant does not demonstrate that he suffered any real prejudice from that decision, apart from his claim that the admission of the affidavits in the conviction appeal gave the Crown an unfair advantage since it permitted the Crown to introduce new evidence and took the appellant by surprise. The appellant could not possibly have been surprised by the Crown's use of the affidavits. The Crown submitted that, if a new trial was ordered, it would seek to restrict the scope of that new trial and would then rely in part on the loss of some evidence to support its position. Therefore, I conclude that the Court of Appeal did not err in hearing the

V. La requête en prolongation de délai et en obtention d'une ordonnance de nouveau procès

76 En appel, le ministère public a déposé deux affidavits au soutien de sa position qu'il subirait un préjudice dans le cadre d'un nouveau procès en raison de la destruction de pièces, et il a contesté la requête en prolongation du délai pour ce motif. L'appelant n'est pas d'accord que la demande de prolongation du délai devait être liée à la décision concernant la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions. De plus, l'appelant avance que, dans sa décision sur la question de savoir si le par. 686(8) exigeait la tenue d'un nouveau procès sur un nombre limité de questions, la Cour d'appel a commis une erreur en se fondant sur les affidavits produits par le ministère public dans le cadre de la requête en prolongation du délai.

77 Il ressort clairement de la décision de la Cour d'appel que c'est dans le but d'économiser le temps de la cour que celle-ci a décidé d'entendre les deux requêtes en même temps plutôt que l'une après l'autre. Rien n'indique que l'appelant se soit opposé à cette décision à ce moment-là. De plus, l'appelant n'a pas démontré qu'il avait subi un préjudice réel en raison de cette décision, indépendamment de sa prétention que l'admission des affidavits dans le cadre de l'appel de la déclaration de culpabilité a donné un avantage inéquitable au ministère public parce que cela lui avait permis de produire une nouvelle preuve et de prendre l'appelant par surprise. L'utilisation d'affidavits par le ministère public n'a pas pu prendre l'appelant par surprise. Le ministère public avait indiqué que, si la tenue d'un nouveau procès était ordonnée, il tenterait de restreindre sa portée en invoquant, entre autres, la perte d'une partie de la preuve à l'appui

motion to extend time at the same time as the appeal and in relying on the Crown's affidavits.

VI. Conclusion

78 In conclusion, I find that s. 686(8) accords broad powers to the Court of Appeal to grant remedies tailored to the errors made at trial and includes the power to make any ancillary order limiting the issues of a new trial. These broad powers are only limited by what "justice requires". What is required by justice will vary depending on particular circumstances and should be determined on a case-by-case basis. An order restricting the new trial to limited verdicts is an exceptional remedy that will be required by justice in "special circumstances". Such an order may be appropriate where there is no doubt that the accused committed the criminal act and the only outstanding issue relates to the legal quality of that act. Applying these principles, I am of the opinion that the Court of Appeal's order restricting the new trial to limited verdicts of manslaughter or second degree murder, in this case, was appropriate given the special circumstances and in accordance with the requirements of justice.

VII. Disposition

79 For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed and full new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

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

de sa prétention. Je conclus donc que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en entendant la requête en prolongation du délai en même temps que l'appel et en se fondant sur les affidavits du ministère public.

VI. Conclusion

En conclusion, je suis d'avis que le par. 686(8) confère de larges pouvoirs à la Cour d'appel pour accorder des réparations adaptées aux erreurs commises au procès, dont le pouvoir de rendre toute ordonnance accessoire limitant les questions qui font l'objet d'un nouveau procès. Ces larges pouvoirs sont limités uniquement par ce que «la justice exige». Ce que la justice exige dépend des circonstances particulières et doit être déterminé cas par cas. Une ordonnance restreignant le nouveau procès à un nombre limité de verdicts est une réparation exceptionnelle que la justice exigera dans des «circonstances spéciales». Une ordonnance de cette nature peut être appropriée lorsqu'il n'existe aucun doute que l'accusé a commis l'acte criminel et que la seule question non résolue a trait à la qualification juridique de cet acte. Appliquant ces principes, je suis d'avis qu'en l'espèce, l'ordonnance de la Cour d'appel restreignant le nouveau procès aux verdicts limités d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré était appropriée, étant donné les circonstances spéciales, et conforme aux exigences de la justice.

VII. Dispositif

Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli et nouveau procès complet ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Kristian Lee Warsing *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* WARSING

File No.: 26303.

1998: June 19; 1998: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appeals — Fresh evidence — Accused applying for admission of psychiatric evidence as fresh evidence on appeal — Due diligence requirement of test for admission of fresh evidence not met — Whether Court of Appeal erred in admitting psychiatric evidence.

Criminal law — Appeals — Defences — Defence of not criminally responsible on account of mental disorder raised for first time on appeal by way of fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in allowing defence.

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of first degree murder and attempted murder following jury trial — Defence of not criminally responsible on account of mental disorder raised for first time on appeal by way of fresh evidence — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of accused's mental capacity at time of offences — Whether Court of Appeal had jurisdiction to order new trial — If so, whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(iii), (1)(d), (2)(b), (8).

The accused was convicted by a jury of two counts of first degree murder and one count of attempted murder. He was subsequently committed to a mental health institution and examined by several psychiatrists, one of whom diagnosed him as having a manic depressive dis-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Kristian Lee Warsing *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* WARSING

N° du greffe: 26303.

1998: 19 juin; 1998: 17 décembre.

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

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

Droit criminel — Appel — Nouvel élément de preuve — Demande d'admission par l'accusé d'une preuve psychiatrique comme nouvel élément de preuve en appel — Non-respect du critère de diligence raisonnable relatif à l'admission d'un nouvel élément de preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en admettant la preuve psychiatrique?

Droit criminel — Appel — Moyens de défense — Moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux invoqué pour la première fois en appel par la présentation d'un nouvel élément de preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en permettant que soit invoqué le moyen de défense?

Droit criminel — Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre à l'issue d'un procès devant jury — Moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux invoqué pour la première fois en appel par la présentation d'un nouvel élément de preuve — Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès? — Dans l'affirmative, la Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(iii), (1)d), (2)b), (8).

Un jury a déclaré l'accusé coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré et à un chef d'accusation de tentative de meurtre. L'accusé a par la suite été interné dans un établissement psychiatrique et examiné par plusieurs psychiatres, dont l'un a

order and concluded that he was suffering from this illness at the time of the offences and should have been found not criminally responsible on account of mental disorder ("NCRMD"). The accused applied to the Court of Appeal to have the expert evidence of the psychiatrist admitted as fresh evidence and to raise, for the first time, the NCRMD defence. The majority of the Court of Appeal held that the fresh evidence should be admitted and ordered a new trial on the limited issue of the mental capacity of the accused at the time of the offences. The Crown appealed to this Court.

diagnostiqué chez lui une psychose maniaco-dépressive et a conclu qu'il souffrait de cette maladie au moment des infractions, de sorte qu'il aurait dû être déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. L'accusé a demandé à la Cour d'appel d'admettre le témoignage d'expert de ce psychiatre comme nouvel élément de preuve et de lui permettre d'invoquer pour la première fois le moyen de défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux («NRCTM»). La Cour d'appel, à la majorité, a statué qu'il y avait lieu d'admettre le nouvel élément de preuve et a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting in part and Lamer C.J. and Bastarache J. dissenting): The appeal should be dismissed and a full new trial ordered.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents en partie et le juge en chef Lamer et le juge Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est rejeté et la tenue d'un nouveau procès complet est ordonnée.

Per Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The Court of Appeal's decision to admit the fresh evidence, after balancing the relevant factors, was correct and should be upheld. While the fresh evidence failed the due diligence test in *Palmer*, it is desirable that due diligence remain only one factor and its absence, particularly in criminal cases, should be assessed in light of other circumstances. If the evidence is compelling and the interests of justice require that it be admitted then the failure to meet the test should yield to permit its admission. Here, the fresh evidence sought to be introduced was relevant, credible and, if believed, could affect the verdict. The accused's failure to meet the due diligence requirement is serious and in many circumstances would be fatal; however, in the circumstances of this case, that failure was overborne by the interests of justice.

Les juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie: La décision de la Cour d'appel d'admettre cette nouvelle preuve, après avoir soupesé les facteurs pertinents, était juste et doit être confirmée. Même si le nouvel élément de preuve ne satisfaisait pas au critère de diligence raisonnable énoncé dans l'arrêt *Palmer*, il est souhaitable que la diligence raisonnable ne reste qu'un facteur parmi d'autres, et son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d'autres circonstances. Si la preuve est convaincante et s'il est dans l'intérêt de la justice de l'admettre, alors le défaut de satisfaire à ce critère ne devrait pas être retenu pour en écarter l'admission. En l'espèce, le nouvel élément de preuve que l'on cherchait à produire était pertinent, plausible et pourrait influer sur le verdict, si on y ajoutait foi. Le défaut de l'accusé de satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable est grave et serait fatal dans bien des cas; toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, l'intérêt de la justice l'emporte sur ce défaut.

In appropriate circumstances, it is permissible to allow an accused to raise the NCRMD defence for the first time on appeal. Although the raising of a new defence on appeal is an exception to the general rule, the circumstances and evidence of this case run in favour of allowing the accused to raise the defence. It is a principle of fundamental justice that a person who was not criminally responsible at the time of the offence should not be convicted.

Lorsque cela est indiqué, il est acceptable d'autoriser l'accusé à invoquer le moyen de défense de la NRCTM pour la première fois en appel. Bien que le fait d'invoquer un nouveau moyen de défense en appel fasse exception à la règle générale, les circonstances et la preuve en l'espèce militent en faveur de permettre à l'accusé d'invoquer le moyen de défense. Il est de justice fondamentale qu'une personne qui n'était pas criminellement responsable au moment de l'infraction ne soit pas déclarée coupable.

The Court of Appeal had jurisdiction to order a new trial. When the NCRMD defence is raised on appeal for the first time, the Court of Appeal has the power pursuant to s. 686(1)(*d*) of the *Criminal Code* to set aside the conviction and find the accused NCRMD. However, if the Court of Appeal concludes that it cannot make a determination on the NCRMD issue, it is within its jurisdiction in avoiding a miscarriage of justice to order a new trial pursuant to ss. 686(1)(*a*)(iii) and 686(2)(*b*) of the *Code*. While, in most cases, it is likely that the Court of Appeal would have sufficient evidence to determine the issue of mental capacity, in cases where the facts are complex and the court concludes that further evidence is required a new trial should be ordered.

La Cour d'appel avait compétence pour ordonner un nouveau procès. Quand le moyen de défense de la NRCTM est invoqué en appel pour la première fois, la Cour d'appel a, en vertu de l'al. 686(1)*d*) du *Code criminel*, le pouvoir d'écarter la déclaration de culpabilité et de déclarer l'accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Toutefois, si la Cour d'appel conclut qu'elle ne peut pas trancher la question de la NRCTM, elle a compétence pour ordonner un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire, conformément au sous-al. 686(1)*a*)(iii) et à l'al. 686(2)*b*) du *Code*. Bien que, dans la plupart des cas, il soit probable que la Cour d'appel disposera d'une preuve suffisante pour trancher la question de la capacité mentale, lorsque les faits sont complexes et que la cour conclut que d'autres éléments de preuve sont nécessaires, la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée.

The Court of Appeal erred, however, in limiting the new trial to the NCRMD issue. The principles enunciated by the majority in *Thomas* indicate that orders issued pursuant to s. 686(8) of the *Code* are ancillary in nature and cannot be inconsistent or at direct variance with a court of appeal's disposition under s. 686(2). When a new trial is ordered pursuant to s. 686(2) a court of appeal's ability to make an ancillary order pursuant to s. 686(8) is limited by the condition that justice requires that order. In light of these principles, the Court of Appeal did not have jurisdiction to limit the scope of the new trial. The presumption of innocence is integral to ensuring a fair trial and the fair trial principle is obviously offended by a trial that precludes a verdict of not guilty. A limited trial which restricts the accused's right to control his defence also offends a fundamental principle of justice. The accused must have the opportunity to put forward whatever defence he has. In this case, if the evidence of mental disorder was not sufficient to convince the trier of fact that the accused was NCRMD, such evidence could be considered on the issue of whether the accused had the requisite *mens rea*. In this light, it is evident that an accused's ability to make full answer and defence could be significantly prejudiced by restricting his trial to the NCRMD issue.

Toutefois, la Cour d'appel a commis une erreur en limitant le nouveau procès à la question de la NRCTM. Les principes énoncés par la majorité dans l'arrêt *Thomas* montrent que les ordonnances rendues conformément au par. 686(8) du *Code* sont de nature accessoire et ne peuvent être inconciliables ou directement incompatibles avec une décision de la cour d'appel fondée sur le par. 686(2). Lorsque la cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès conformément au par. 686(2), sa capacité de rendre une ordonnance accessoire en vertu du par. 686(8) est subordonnée à la condition que la justice l'exige. Compte tenu de ces principes, la Cour d'appel n'était pas compétente pour limiter la portée du nouveau procès. La présomption d'innocence est essentielle pour assurer la tenue d'un procès équitable et la tenue d'un procès qui ne peut pas mener à un verdict d'acquittement porte manifestement atteinte au principe du procès équitable. Un procès de portée limitée qui restreint le droit de l'accusé de contrôler sa défense porte également atteinte à un principe de justice fondamentale. L'accusé doit être en mesure de faire valoir tous ses moyens de défense. En l'espèce, si la preuve de troubles mentaux n'était pas suffisante pour convaincre le juge des faits que l'accusé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, cette preuve pouvait être prise en compte pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise. Cela étant, il est évident que la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière pourrait être grandement compromise si son procès était limité à la question de la NRCTM.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting in part): There is substantial agreement with

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents en partie): Il y accord pour l'essentiel avec

Major J.'s reasons, except on the issue of the Court of Appeal's jurisdiction to order a limited new trial.

As a general rule, courts of appeal will not allow an issue to be raised on appeal for the first time. There are, however, a number of exceptions, one of which is the admission of fresh evidence on appeal. The failure to meet the due diligence criterion of the *Palmer* test is not always fatal and must be weighed against the strength of the other criteria and the interests of justice. The interests of justice must take into account the special treatment our criminal justice system grants the NCRMD defence, as reflected in *Swain*, s. 16 and s. 686(1)(*d*) of the *Criminal Code*. In the unusual circumstances of this case, the rule requiring due diligence, the practice of not permitting new defences to be raised on appeal and the need for finality must all give way to the principle that a person incapable of criminal intent should not be convicted. Therefore, the psychiatric evidence was properly admitted by the Court of Appeal and the accused should be allowed to raise the NCRMD defence of mental disorder for the first time on appeal.

The power to order a new trial where fresh evidence is admitted is found under s. 686(1)(*a*)(iii) in conjunction with s. 686(2)(*b*). Nothing in the wording of s. 686(1)(*a*)(iii) restricts its application to evidence produced at trial. Sections 686(1)(*a*)(iii) and 686(1)(*d*) read together provide the Court of Appeal with the possibility of either ordering a new trial or substituting a verdict of NCRMD in cases where the defence of NCRMD is raised for the first time on appeal. The possibility of either ordering a new trial or substituting an NCRMD verdict is consistent with the general rules concerning the admission of fresh evidence.

For the reasons given by the minority in *Thomas*, the Court of Appeal had jurisdiction to order a limited new trial. Section 686(8) of the *Code* grants a court of appeal a broad jurisdiction to decide what type of order would be appropriate considering the nature and the extent of the wrong occasioned at trial, including the power to restrict a new trial. Further, such an order will be an exceptional one dictated by what "justice requires". In the circumstances of this case, a limited new trial on the NCRMD issue was consistent with what "justice requires" since the Court of Appeal's order is compatible with a "*Swain*-type hearing". A "*Swain*-type hearing" is conducted after a finding that the accused com-

les motifs du juge Major, sauf en ce qui concerne la question de la compétence de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès de portée limitée.

Règle générale, les cours d'appel ne permettent pas qu'une question soit soulevée pour la première fois en appel. Toutefois, il existe un certain nombre d'exceptions, dont l'une est l'admission d'une nouvelle preuve en appel. Le non-respect du critère de la diligence raisonnable énoncé dans l'arrêt *Palmer* n'est pas toujours fatal et doit être évalué en fonction du poids des autres critères et de l'intérêt de la justice. L'intérêt de la justice doit tenir compte du traitement spécial que notre système de justice criminelle réserve à la défense de NRCTM, comme cela ressort de l'arrêt *Swain*, de l'art. 16 et de l'al. 686(1)*d*) du *Code criminel*. Dans les circonstances inhabituelles de la présente affaire, la règle exigeant la diligence raisonnable, la pratique interdisant de soulever de nouveaux moyens de défense en appel et la nécessité du caractère définitif du procès doivent tous céder le pas au principe selon lequel une personne incapable de former une intention criminelle ne devrait pas être déclarée coupable. Par conséquent, c'est à juste titre que la Cour d'appel a admis la preuve psychiatrique et l'accusé devrait être autorisé à invoquer pour la première fois en appel la défense de NRCTM.

Le pouvoir d'ordonner un nouveau procès lorsqu'un nouvel élément de preuve est admis est prévu conjointement par le sous-al. 686(1)*a*)(iii) et l'al. 686(2)*b*). Rien dans le texte du sous-al. 686(1)*a*)(iii) ne restreint son application à la preuve présentée au procès. Le sous-alinéa 686(1)*a*)(iii) et l'al. 686(1)*d*), lus conjointement, donnent à la Cour d'appel la possibilité soit d'ordonner un nouveau procès, soit de substituer un verdict de NRCTM dans les cas où la défense de NRCTM est invoquée pour la première fois en appel. La possibilité soit d'ordonner un nouveau procès, soit de substituer un verdict de NRCTM est en accord avec les règles générales concernant l'admission d'une nouvelle preuve.

Pour les motifs exprimés par la minorité dans l'arrêt *Thomas*, la Cour d'appel avait le pouvoir d'ordonner un nouveau procès de portée limitée. Le paragraphe 686(8) du *Code* confère à une cour d'appel une large compétence pour décider quelle ordonnance serait appropriée, compte tenu de la nature et de l'étendue de l'erreur lors du procès, y compris le pouvoir de limiter un nouveau procès. En outre, une telle ordonnance sera exceptionnelle et dictée par ce que «la justice exige». Dans les circonstances de la présente affaire, un nouveau procès limité à la question de la NRCTM était compatible avec ce que «la justice exige», étant donné que l'ordonnance de la Cour d'appel est de même nature qu'une

mitted the criminal acts, but before a conviction is entered, to determine whether the accused is NCRMD. The Court of Appeal's order does not offend the principles of fundamental justice or the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. First, since the accused's situation in this new trial will be the same as in a *Swain*-type hearing, he will not benefit from the presumption of innocence during the stage where the issue of mental disorder is examined. The Crown has already proved all the elements of the offences and a jury was satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had committed the crimes. The fresh evidence only relates to the issue of whether the accused is NCRMD. Second, an order compatible with the procedure established in *Swain*, which was found to respect the principles of fundamental justice, cannot violate those same principles. Finally, the evidence of mental disorder cannot be considered on the issue of whether the accused had the requisite *mens rea*. In a *Swain*-type hearing, the trier of fact only has to determine whether the result of the finding that the accused committed the essential elements of the offence should be a conviction or an NCRMD finding. The Court of Appeal's order in this case is to the same effect.

Per Lamer C.J. and Bastarache J. (dissenting): The Court of Appeal properly exercised its discretion in admitting the fresh evidence. Where the issue of mental illness is raised for the first time on appeal by way of fresh evidence, s. 686(1)(*d*) of the *Criminal Code*, which refers specifically to the question of mental illness, exclusively governs the Court of Appeal's jurisdiction. This jurisdiction is limited to either upholding the conviction or substituting a verdict of NCRMD. The court cannot order a new trial on the basis of s. 686(1)(*a*)(iii) and s. 686(2)(*b*). The application of s. 686(1)(*a*)(iii) involves an assessment of the evidence before the trial judge so as to determine whether there was a miscarriage of justice. No miscarriage of justice can be found by the Court of Appeal as a result of fresh evidence that was not before the original trier of fact.

«audience de type *Swain*». L'«audience de type *Swain*» est tenue après qu'on en est venu à la conclusion que l'accusé a accompli les actes criminels reprochés, mais avant l'inscription d'une déclaration de culpabilité, aux fins d'une décision quant à savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. L'ordonnance de la Cour d'appel ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale ni à la présomption d'innocence consacrés à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Premièrement, comme la situation de l'accusé lors de ce nouveau procès sera la même que lors d'une audience de type *Swain*, il ne bénéficiera donc pas de la présomption d'innocence pendant l'examen de la question des troubles mentaux. Le ministère public a déjà établi l'existence de tous les éléments des infractions et un jury a été convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait commis les crimes en question. Le nouvel élément de preuve ne porte que sur la question de savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Deuxièmement, une ordonnance compatible avec la procédure établie dans l'arrêt *Swain*, qui a été jugée conforme aux principes de justice fondamentale, ne peut pas violer ces mêmes principes. Enfin, la preuve produite relativement à des troubles mentaux ne peut être prise en compte pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise. Dans une audience de type *Swain*, le juge des faits n'a qu'à décider si la conclusion que l'accusé a accompli les éléments essentiels de l'infraction doit donner lieu à une déclaration de culpabilité ou à un verdict de NRCTM. L'ordonnance de la Cour d'appel, en l'espèce, est au même effet.

Le juge en chef Lamer et le juge Bastarache (dissidents): La Cour d'appel a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en admettant la nouvelle preuve. Lorsque la question de la maladie mentale est soulevée pour la première fois en appel au moyen d'une nouvelle preuve, l'al. 686(1)*d*) du *Code criminel*, qui mentionne expressément la question de la maladie mentale, régit de façon exclusive la compétence de la Cour d'appel. Cette compétence se limite à confirmer la déclaration de culpabilité ou à y substituer un verdict de NRCTM. La cour ne peut pas ordonner un nouveau procès en se fondant sur le sous-al. 686(1)*a*)(iii) et l'al. 686(2)*b*). L'application du sous-al. 686(1)*a*)(iii) comporte une évaluation de la preuve soumise au juge du procès, afin de décider s'il y a eu erreur judiciaire. La Cour d'appel ne peut pas conclure à l'existence d'une erreur judiciaire à partir d'une nouvelle preuve dont le premier juge des faits ne disposait pas. L'affaire devrait être renvoyée devant la

The matter should be sent back to the Court of Appeal for disposition according to the terms of s. 686(1)(*d*).

Cases Cited

By Major J.

Applied: *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; **distinguished:** *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; **considered:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; **referred to:** *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391; *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

R. v. Thomas, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Trabulsey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 147; *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501; *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Thomson* (1995), 102 C.C.C. (3d) 350; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, aff'd [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135.

By Lamer C.J. and Bastarache J. (dissenting)

Melnychuk v. Heard (1963), 45 W.W.R. 257; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Canadian Imperial*

Cour d'appel pour qu'elle la tranche conformément à l'al. 686(1)*d*).

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt appliqué: *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; **distinction faite d'avec les arrêts:** *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; **arrêts examinés:** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; **arrêts mentionnés:** *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391; *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

R. c. Thomas, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Pearson*, [1998] 2 R.C.S. 620; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Trabulsey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 147; *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501; *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Thomson* (1995), 102 C.C.C. (3d) 350; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, conf. par [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135.

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Bastarache (dissidents)

Melnychuk c. Heard (1963), 45 W.W.R. 257; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Canadian*

Bank of Commerce v. 64576 Manitoba Ltd., [1990] 5 W.W.R. 419, aff'd [1991] 2 W.W.R. 323; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*d*).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(*d*).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2], 683(1)(*b*), (*d*), 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (2), (8), 695(1).

Authors Cited

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*, vol. II, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1974.
McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 97 B.C.A.C. 137, 157 W.A.C. 137, 119 C.C.C. (3d) 385, 11 C.R. (5th) 383, [1997] B.C.J. No. 2239 (QL), allowing the accused's appeal from his convictions for first degree murder and attempted murder and ordering a new trial limited to the issue of the mental capacity of the accused at the time of the offences. Appeal dismissed and a full new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting in part and Lamer C.J. and Bastarache J. dissenting.

William F. Ehrcke, Q.C., and *W. J. Scott Bell*, for the appellant.

Manuel A. Azevedo and *Albert C. Peeling*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BASTARACHE J. (dissenting) — We agree with Major J. that the Court

Imperial Bank of Commerce c. 64576 Manitoba Ltd., [1990] 5 W.W.R. 419, conf. par [1991] 2 W.W.R. 323; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*d*).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16 [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2], 683(1)*b*), *d*), 686(1) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 145; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (2), (8), 695(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 613(1)*d*).

Doctrine citée

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*, vol. II, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1974.
McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 97 B.C.A.C. 137, 157 W.A.C. 137, 119 C.C.C. (3d) 385, 11 C.R. (5th) 383, [1997] B.C.J. No. 2239 (QL), qui a accueilli l'appel formé par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et pour tentative de meurtre et ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions. Pourvoi rejeté et nouveau procès complet ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents en partie et le juge en chef Lamer et le juge Bastarache sont dissidents.

William F. Ehrcke, c.r., et *W. J. Scott Bell*, pour l'appelante.

Manuel A. Azevedo et *Albert C. Peeling*, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE BASTARACHE (dissidents) — Nous sommes d'accord avec le juge 1

of Appeal properly exercised its discretion in admitting the fresh evidence.

2 Once the evidence is admitted, it must be determined whether the Court of Appeal has jurisdiction to order a new trial to establish whether the accused should be found not criminally responsible by reason of mental disorder, or whether its jurisdiction is limited to either upholding the conviction or substituting a verdict of not criminally responsible by reason of mental disorder.

3 The powers of the Court of Appeal are set out in s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The relevant provisions are as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

. . .

(*d*) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(*b*) order a new trial.

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

Major pour dire que la Cour d'appel a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en admettant la nouvelle preuve.

Une fois la preuve admise, il faut décider si la Cour d'appel a compétence pour ordonner un nouveau procès afin d'établir si l'accusé devrait être déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, ou si sa compétence se limite à confirmer la déclaration de culpabilité ou à y substituer un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

Les pouvoirs de la Cour d'appel sont énoncés à l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont voici les dispositions pertinentes:

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:

. . .

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

. . .

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(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) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

. . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

Section 686(1)(*d*) refers specifically to the question of mental illness. It creates an obligation on the Court of Appeal to exercise its powers to set aside a conviction and find the accused unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder when such a case arises. This section confers no discretion to order a new trial. The powers given under this section mandate a court of appeal to hold a disposition hearing. In such a hearing, a court of appeal sits as a trier of fact and decides the issue of mental disorder. It does not, nor can it order that issues be returned to the trial court.

4 L'alinéa 686(1)*d*) mentionne expressément la question de la maladie mentale. Il crée une obligation pour la Cour d'appel d'exercer ses pouvoirs d'écarter une déclaration de culpabilité et de déclarer l'accusé inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, le cas échéant. Cet article ne confère aucun pouvoir discrétionnaire d'ordonner un nouveau procès. Les pouvoirs qu'il accorde obligent une cour d'appel à tenir une audience en vue de prendre une décision. Lors de cette audience, la cour d'appel siège comme juge des faits et décide de la question des troubles mentaux. Elle ne peut pas ordonner que des questions soient renvoyées au tribunal de première instance.

The appellant's submission is that where an issue of mental illness is raised for the first time on appeal, the Court of Appeal may act either under s. 686(1)(*d*) to set aside the conviction and find the accused not criminally responsible on account of mental disorder, or under s. 686(1)(*a*)(iii) (in conjunction with s. 686(2)(*b*)) to order a new trial on the basis that there has been a miscarriage of justice. The appellant submits that by enacting s. 686(1)(*d*) Parliament has not ousted the court's jurisdiction to act under s. 686(1)(*a*)(iii).

5 L'appelante allègue que, lorsqu'une question de maladie mentale est soulevée pour la première fois en appel, la Cour d'appel peut agir soit en vertu de l'al. 686(1)*d*) pour écarter la déclaration de culpabilité et déclarer l'accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, soit en vertu du sous-al. 686(1)*a*)(iii) (conjointement avec le par. 686(2)*b*)) pour ordonner un nouveau procès parce qu'il y a eu erreur judiciaire. L'appelante soutient qu'en adoptant l'al. 686(1)*d*) le législateur n'a pas éliminé la compétence du tribunal pour agir en vertu du sous-al. 686(1)*a*)(iii).

The rules of interpretation applicable in the present circumstances do not support the position of the appellant. From reading the legislation in context, the courts infer the legislature's reasons for including a particular provision or detail. In drawing these inferences courts pay special attention to the scheme of the legislation. As R. Sullivan puts it in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 56 and 248:

6 Les règles d'interprétation applicables dans les présentes circonstances n'étayent pas le point de vue de l'appelante. L'interprétation de la mesure législative dans son contexte permet aux tribunaux d'inférer les motifs pour lesquels le législateur a inclus une disposition ou un détail particuliers. Lorsqu'ils font ces inférences, les tribunaux prêtent une attention spéciale à l'économie de la mesure législative. Comme R. Sullivan le souligne dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), aux pp. 56 et 248:

Inferences about purpose are often drawn from analyzing the structure or scheme embodied in an Act. In carrying out this analysis the court, in effect, retraces the steps of the legislative drafter, examining the relationship among provisions to surmise the overall plan. It attempts to discover why each provision was included and the contribution each makes toward implementing the legislature's goals. It looks at the way provisions are

[TRADUCTION] Les inférences portant sur l'objet visé découlent souvent de l'analyse de la structure ou de l'économie d'une loi. En procédant à cette analyse, le tribunal retrace, en fait, la démarche du rédacteur de la loi, en examinant la relation entre les dispositions pour deviner le plan d'ensemble. Il tente de découvrir la raison de l'inclusion de chaque disposition et la contribution de chacune d'elles à la réalisation des objectifs du

grouped under headings or divided into parts to discover a common theme or rationale.

. . .

When analyzing the scheme of an Act, the court tries to discover how the provisions or parts of the Act work together to give effect to a plausible and coherent plan. It then considers how the provision to be interpreted can be understood in terms of that plan.

7 The court's reasoning is described by Greschuk J. in *Melnychuk v. Heard* (1963), 45 W.W.R. 257 (Alta. S.C.), at p. 263:

> The court must not only consider one section but all sections of an Act including the relation of one section to the other sections, the relation of a section to the general object intended to be secured by the Act, the importance of the section, the whole scope of the Act and the real intention of the enacting body.

Reliance on this type of analysis to determine purpose is also illustrated in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 130-34; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. 64576 Manitoba Ltd.*, [1990] 5 W.W.R. 419 (Man. Q.B.), aff'd [1991] 2 W.W.R. 323 (Man. C.A.); *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at pp. 90 and 97-98; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at pp. 1160 and 1163-64, *per* La Forest J., dissenting; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1740-41, 1752 and 1756.

8 Our position in regard to the proper interpretation of ss. 686(1)(*d*) and 686(1)(*a*)(iii) is consistent with the reasons of this Court in *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, at p. 1040:

législateur. Il regarde comment les dispositions sont groupées en rubriques ou divisées en parties pour découvrir un thème ou un raisonnement communs.

. . .

Dans son analyse de l'économie d'une loi, le tribunal tente de découvrir de quelle façon les dispositions ou les parties de la loi interagissent pour mettre à exécution un plan plausible et cohérent. Il examine ensuite comment la disposition à interpréter peut se comprendre eu égard à ce plan.

Le juge Greschuk décrit le raisonnement du tribunal dans *Melnychuk c. Heard* (1963), 45 W.W.R. 257 (C.S. Alb.), à la p. 263:

> [TRADUCTION] Le tribunal doit tenir compte non pas uniquement d'un seul article, mais de tous les articles d'une loi, y compris la relation d'un article avec les autres, la relation d'un article avec l'objet général que vise la loi en cause, l'importance de l'article, la portée entière de la loi et l'intention véritable de l'autorité qui l'a adoptée.

Le recours à ce type d'analyse pour déterminer l'objet visé est également illustré dans *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, aux pp. 130 à 134; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. 64576 Manitoba Ltd.*, [1990] 5 W.W.R. 419 (B.R. Man.), conf. par [1991] 2 W.W.R. 323 (C.A. Man.); *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, aux pp. 90, 97 et 98; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, aux pp. 1160, 1163 et 1164, le juge La Forest, dissident; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, aux pp. 1740 et 1741, ainsi que 1752 et 1756.

Notre point de vue sur la bonne façon d'interpréter l'al. 686(1)*d*) et le sous-al. 686(1)*a*)(iii) est compatible avec les motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, à la p. 1040:

What was then the purpose of s. 1016(4) [the predecessor section to s. 686(1)(*d*)]? In seeking an answer one must not overlook the fact that a new trial could be triggered through the general provisions of s. 1014 [the predecessor section to s. 686(1)(*a*)] only if there had been below an error of law, unreasonable findings, or miscarriage of justice as regards the issue of insanity. This could occur only if insanity was an issue raised at trial. In my view, s. 1016(4) was introduced to enable a court of appeal to give some relief, albeit incomplete, to the accused when the insanity issue was raised for the first time in appeal.

Quel était donc l'objet du par. 1016(4) [remplacé par l'al. 686(1)*d*)]? En cherchant la réponse à cette question, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'un nouveau procès ne pouvait être déclenché en vertu des dispositions générales de l'art. 1014 [remplacé par l'al. 686(1)*a*)] que s'il y avait eu, en première instance, une erreur de droit, des conclusions déraisonnables ou un déni de justice en ce qui concernait la question de l'aliénation mentale. Pour cela, il fallait absolument que la question de l'aliénation mentale ait été soulevée au procès. À mon avis, le par. 1016(4) visait à permettre à une cour d'appel d'accorder à l'accusé un certain redressement, pour incomplet qu'il fût, dans les cas où la question de l'aliénation mentale avait été soulevée pour la première fois en appel.

The application of s. 686(1)(*a*)(iii) involves an assessment of the evidence before the trial judge so as to determine whether there was a miscarriage of justice. However, no miscarriage of justice can be found by the Court of Appeal as a result of fresh evidence that was not before the original trier of fact. 9

L'application du sous-al. 686(1)*a*)(iii) comporte une évaluation de la preuve soumise au juge du procès, afin de décider s'il y a eu erreur judiciaire. Toutefois, la Cour d'appel ne peut pas conclure à l'existence d'une erreur judiciaire à partir d'une nouvelle preuve dont le premier juge des faits ne disposait pas.

Thus, where the issue of mental illness is raised for the first time on appeal by way of fresh evidence, the Court of Appeal cannot order a new trial on the basis of s. 686(1)(*a*). Section 686(1)(*d*) exclusively governs the Court of Appeal's jurisdiction in circumstances such as these. 10

Ainsi, lorsque la question de la maladie mentale est soulevée pour la première fois en appel au moyen d'une nouvelle preuve, la Cour d'appel ne peut pas ordonner un nouveau procès en se fondant sur l'al. 686(1)*a*). L'alinéa 686(1)*d*) régit de façon exclusive la compétence de la Cour d'appel dans des circonstances comme celles de la présente affaire.

Consequently, the admission of new evidence, in this case, calls for the application of para. (*d*), which creates an obligation on the Court of Appeal to exercise the same powers as the trial court and decide the litigious issue of mental illness. In this case, the Court of Appeal ordered a new trial on the limited issue of insanity. It did so without statutory jurisdiction. We would therefore allow the appeal, quash the decision and send the matter back to the Court of Appeal for disposition according to the terms of s. 686(1)(*d*). 11

Par conséquent, l'admission d'une nouvelle preuve, en l'espèce, commande l'application de l'al. *d*), qui oblige la Cour d'appel à exercer les mêmes pouvoirs que le tribunal de première instance et à trancher la question litigieuse de la maladie mentale. Dans la présente affaire, la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès limité à la question de l'aliénation mentale. Elle l'a fait sans avoir la compétence légale pour le faire. Nous accueillerions donc le pourvoi et nous annulerions cette décision et renverrions l'affaire devant la Cour d'appel pour qu'elle la tranche conformément à l'al. 686(1)*d*).

In passing, we would add that if the Court of Appeal had had jurisdiction to send it back for a new trial, we are then in full agreement with 12

Nous tenons à ajouter, en passant, que si la Cour d'appel avait eu compétence pour ordonner la tenue d'un nouveau procès, nous serions alors

Major J. for the majority that the new trial could not have been limited to the issue of not criminally responsible on account of mental disorder.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

13 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — This appeal concerns the admission of a psychiatric opinion as fresh evidence by the Court of Appeal, allowing the respondent to raise for the first time the defence of not criminally responsible by reason of a mental disorder ("NCRMD"), and its jurisdiction, on the basis of such evidence, to order a new trial limited to the issue of whether the respondent was NCRMD at the time of the commission of the offences.

14 I have had the benefit of the reasons of Major J. and of the Chief Justice and Bastarache J. I agree substantially with the reasons of Major J. as they relate to the admission of the fresh evidence and the jurisdiction of the Court of Appeal, on the basis of that evidence, to order a new trial. However, for reasons similar to those I expressed in *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, judgment rendered concurrently, I disagree with Major J.'s conclusion that the Court of Appeal did not have the power to order a new trial limited to the question of the mental capacity of the accused.

15 Before addressing this last question, I wish to add some comments on the question of the admission of fresh evidence on appeal.

I. New Issues Raised on Appeal

16 The general rule is that courts of appeal will not allow an issue to be raised on appeal for the first time. I stressed in my dissenting opinion *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918, at p. 923, that the rationale for the severity of that rule is twofold: "first, prejudice to the other side caused by the lack of opportunity to respond and adduce evidence at

entièrement d'accord avec le juge Major, auteur des motifs de la majorité, pour dire que le nouveau procès n'aurait pas pu être limité à la question de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — Le présent pourvoi porte sur l'admission par la Cour d'appel d'une opinion psychiatrique à titre de nouvelle preuve, permettant à l'intimé de soulever pour la première fois la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux («NRCTM»). Il porte aussi sur la compétence de la Cour d'appel, compte tenu de cette nouvelle preuve, d'ordonner un nouveau procès limité à la question de la NRCTM de l'intimé au moment de la perpétration des infractions.

J'ai pris connaissance des motifs du juge Major ainsi que de ceux du Juge en chef et du juge Bastarache. Je souscris, pour l'essentiel, aux motifs du juge Major concernant l'admission de la nouvelle preuve et la compétence de la Cour d'appel, vu cette nouvelle preuve, d'ordonner un nouveau procès. Cependant, pour des motifs analogues à ceux que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, rendu simultanément, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Major que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'ordonner un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé.

Avant d'aborder cette dernière question, je tiens à ajouter certains commentaires en ce qui concerne l'admission d'une nouvelle preuve en appel.

I. Nouvelles questions soulevées en appel

Règle générale, les cours d'appel ne permettent pas qu'une question soit soulevée pour la première fois en appel. J'ai souligné, en dissidence, dans *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918, à la p. 923, que la raison de la rigueur de cette règle est de deux ordres: «premièrement, le préjudice qu'entraîne pour l'autre partie l'impossibilité de répondre et de

trial and second, the lack of a sufficient record upon which to make the findings of fact necessary to properly rule on the new issue". (See also *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), *R. v. Trabulsey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 147 (Ont. C.A.).) I also expressed in *Brown, supra*, at pp. 923-24, the basis for the general ban against entertaining issues on appeal which were not raised at trial:

[T]he general prohibition against new arguments on appeal supports the overarching societal interest in the finality of litigation in criminal matters. Were there to be no limits on the issues that may be raised on appeal, such finality would become an illusion. Both the Crown and the defence would face uncertainty, as counsel for both sides, having discovered that the strategy adopted at trial did not result in the desired or expected verdict, devised new approaches. Costs would escalate and the resolution of criminal matters could be spread out over years in the most routine cases. Moreover, society's expectation that criminal matters will be disposed of fairly and fully at the first instance and its respect for the administration of justice would be undermined. Juries would rightfully be uncertain if they were fulfilling an important societal function or merely wasting their time. For these reasons, courts have always adhered closely to the rule that such tactics will not be permitted.

See also *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391 (C.A.), at pp. 398-99.

In addition, this rule recognizes the important responsibility of defence counsel to make decisions that represent his or her client's best interests and put forward all appropriate arguments throughout the trial. Counsel too has a responsibility to ensure the finality of the litigation process.

However, the general rule prohibiting new issues on appeal is not absolute. There are a number of exceptions, one of which is the admission of fresh evidence on appeal. The statutory power to admit fresh evidence on appeal is granted by

présenter de preuve au procès et, deuxièmement, l'absence d'un dossier suffisant pour pouvoir tirer les conclusions de fait requises pour trancher adéquatement la nouvelle question». (Voir également *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), *R. c. Trabulsey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 147 (C.A. Ont.).) J'ai également exposé, dans l'arrêt *Brown*, précité, aux pp. 923 et 924, la raison qui sous-tend l'interdiction générale d'instruire en appel des questions non soulevées en première instance:

. . . de façon générale, l'interdiction de présenter de nouveaux arguments en appel vient étayer l'intérêt supérieur qu'a la société à ce que les litiges en matière criminelle soient tranchés de façon définitive. S'il n'y avait pas de limites aux questions qui peuvent être soulevées en appel, ce caractère définitif deviendrait illusoire. Le ministère public et la défense seraient plongés dans l'incertitude si les avocats des deux parties, ayant découvert que la stratégie adoptée au procès n'a pas entraîné le verdict souhaité ou escompté, concevaient de nouvelles façons de procéder. Les coûts augmenteraient et le règlement des affaires criminelles pourrait prendre plusieurs années dans les cas les plus courants. De plus, cela aurait pour effet de miner l'attente qu'a la société à ce que les affaires criminelles se règlent équitablement et complètement en première instance, ainsi que le respect qu'elle a pour l'administration de la justice. Les jurés auraient raison de ne pas être certains d'avoir rempli une fonction sociale importante ou d'avoir simplement perdu leur temps. Pour ces raisons, les tribunaux ont toujours observé scrupuleusement la règle interdisant le recours à ces tactiques.

Voir également *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391 (C.A.), aux pp. 398 et 399.

17 En outre, cette règle reconnaît l'importante responsabilité qu'ont les avocats de la défense de prendre des décisions qui sont dans le meilleur intérêt de leur client et d'avancer tous les arguments appropriés pendant le procès. Les avocats ont, eux aussi, la responsabilité d'assurer le caractère définitif de l'instance.

18 Toutefois, la règle générale qui interdit la présentation de nouvelles questions en appel n'est pas absolue. Il existe un certain nombre d'exceptions, dont l'une est l'admission d'une nouvelle preuve en appel. Le pouvoir d'admettre une nouvelle

s. 683(1)(*d*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

. . .

(*d*) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

19 This Court's decision in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, provides a framework for the exercise of that discretionary power. McIntyre J., writing for the Court, specified that a court of appeal's overriding consideration in exercising its discretion to admit fresh evidence must be "the interests of justice" and formulated the following criteria at p. 775:

(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen.*

(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

20 As the first criterion set out by McIntyre J. indicates, the due diligence requirement will not be applied as strictly in criminal cases, since the liberty of the subject is usually at stake. As Major J. notes, this Court has recognized that, in criminal cases, the lack of due diligence will not always be fatal and will have to be weighed against the strength of the other criteria and the interests of justice (*McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501, and *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633).

preuve en appel est conféré par l'al. 683(1)*d*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46:

683. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice:

. . .

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appelant, qui est habile à témoigner mais non contraignable;

L'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, a établi le cadre d'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Le juge McIntyre a précisé, au nom de la Cour, que le souci primordial d'une cour d'appel dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'admettre une nouvelle preuve doit être «l'intérêt de la justice» et il a formulé les critères suivants, à la p. 775:

(1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine.*

(2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

(3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et

(4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Comme l'indique le premier critère énoncé par le juge McIntyre, l'obligation de diligence raisonnable ne s'applique pas de manière aussi stricte dans les affaires criminelles, étant donné que la liberté du sujet est habituellement en jeu. Comme le juge Major le souligne, notre Cour a reconnu qu'en matière criminelle l'absence de diligence raisonnable n'est pas toujours fatale et doit être évaluée en fonction du poids des autres critères et de l'intérêt de la justice (*McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501, et *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633).

The interests of justice must take into account the special treatment our criminal justice system grants the defence of NCRMD. As noted by Major J., the special treatment of the NCRMD defence emerges from the principle of fundamental justice that a person who was "insane" at the time of the offence should not be convicted of a crime (*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; see also s. 16 of the *Criminal Code*). The special character of the NCRMD defence is further reflected in the power granted to appellate courts under s. 686(1)(*d*) of the *Criminal Code* to set aside a conviction and impose a finding of NCRMD, which effectively permits the defence to be raised for the first time on appeal. Pursuant to *Swain*, *supra*, the common law also allows the defence of NCRMD to be raised after a finding that the accused committed the guilty act but before the conviction is entered. Thus, the mental state of an accused at the time of the offence has always been of primary importance in our criminal justice system.

L'intérêt de la justice doit tenir compte du traitement spécial que notre système de justice criminelle réserve à la défense de NRCTM. Comme l'a fait observer le juge Major, le traitement spécial de la défense de NRCTM découle du principe de justice fondamentale selon lequel une personne qui était «aliénée» au moment de l'infraction ne devrait pas être déclarée coupable d'un crime (*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; voir également l'art. 16 du *Code criminel*). Le caractère particulier de la défense de NRCTM ressort également du pouvoir, accordé aux cours d'appel par l'al. 686(1)*d*) du *Code criminel*, d'écarter une déclaration de culpabilité et d'imposer une conclusion de NRCTM, ce qui permet, en fait, d'invoquer ce moyen de défense pour la première fois en appel. Conformément à l'arrêt *Swain*, précité, la common law permet aussi d'invoquer la défense de NRCTM après que le juge des faits a conclu que l'accusé a accompli l'acte coupable, mais avant l'inscription de la déclaration de culpabilité. Ainsi, l'état mental d'un accusé au moment de l'infraction a toujours été d'une importance primordiale dans notre système de justice criminelle. 21

I agree with Major J. that all the criteria of the *Palmer* test for the admission of fresh evidence were met in this case except for that of due diligence. Therefore, while the due diligence requirement of the *Palmer* test was not met, I agree with McEachern C.J.B.C., for the majority of the Court of Appeal, that "the rule requiring due diligence, the practice of not permitting new defences to be raised on appeal, and the need for finality in the trial process, must all give way in such unusual circumstances to the principle that a person incapable of criminal intent should not be convicted" ((1997), 97 B.C.A.C. 137, at para. 72). In the particular circumstances of this case the respondent should be allowed to raise the defence of NCRMD for the first time on appeal and, therefore, I agree with the conclusion of Major J. that the psychiatric

Je partage l'opinion du juge Major que tous les critères de l'arrêt *Palmer* applicables à l'admission d'une nouvelle preuve ont été respectés en l'espèce, sauf celui de la diligence raisonnable. Par conséquent, bien que l'obligation de diligence raisonnable du test de l'arrêt *Palmer* n'ait pas été remplie, je suis d'accord avec le juge en chef McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, au nom de la majorité, pour dire que [TRADUCTION] «la règle exigeant la diligence raisonnable, la pratique interdisant de soulever de nouveaux moyens de défense en appel et la nécessité du caractère définitif du procès doivent tous, dans des circonstances aussi exceptionnelles, céder le pas au principe selon lequel une personne incapable de former une intention criminelle ne devrait pas être déclarée coupable» ((1997), 97 B.C.A.C. 137, au par. 72). Dans les circonstances particulières de la présente affaire, l'intimé devrait être autorisé à invoquer pour la première fois en appel la défense de NRCTM et, par conséquent, je suis d'accord avec la conclusion du juge Major que 22

evidence was properly admitted by the Court of Appeal.

23 This brings us to the proper remedy in cases where fresh evidence is admitted on appeal.

II. The Remedy

24 The power of a court of appeal to admit fresh evidence is granted by s. 683(1)(*d*) of the *Criminal Code*. However, s. 683 does not specify the appropriate remedy in such cases. Appellate courts have frequently ordered new trials in criminal matters when admitting fresh evidence without specifically referring to a particular section of the *Criminal Code* (see *McMartin*, *supra*, and *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480). The jurisdiction to order a new trial in the context of fresh evidence, in my view, comes from the general powers conferred on appellate courts by s. 686 and in particular s. 686(1)(*a*). The relevant provisions read:

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;

. . .

(*d*) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

c'est à juste titre que la Cour d'appel a admis la preuve psychiatrique.

Cela nous amène à la question de la réparation appropriée lorsqu'un nouvel élément de preuve est admis en appel.

II. La réparation

Le pouvoir d'une cour d'appel d'admettre un nouvel élément de preuve est conféré par l'al. 683(1)*d*) du *Code criminel*. Cependant, l'art. 683 ne précise pas la réparation appropriée en pareil cas. Les cours d'appel ont souvent ordonné la tenue de nouveaux procès en matière criminelle lorsqu'elles admettaient de nouveaux éléments de preuve sans toutefois faire référence à un article particulier du *Code criminel* (voir *McMartin*, précité, et *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480). La compétence pour ordonner la tenue d'un nouveau procès lorsqu'un nouvel élément de preuve est présenté découle, à mon avis, des pouvoirs généraux conférés aux cours d'appel par l'art. 686 et, en particulier, par l'al. 686(1)*a*). Les dispositions pertinentes se lisent ainsi:

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;

. . .

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(*b*) order a new trial.

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

The very broad terms of s. 686(1)(*a*)(iii) in particular support such an interpretation by spelling out the power to "allow the appeal where it is of the opinion that on any ground there was a miscarriage of justice" (emphasis added). (See G. D. McKinnon, *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice* (1997), at p. 93; I. Lagarde, *Droit pénal canadien* (2nd ed. 1974), vol. II, at p. 1685, and *R. v. Thomson* (1995), 102 C.C.C. (3d) 350 (B.C.C.A.), where the Court of Appeal ordered a new trial after it admitted fresh evidence in order to make sure that there was no miscarriage of justice.) This is consistent with the "free and unrestricted discretion" vested to courts of appeal in allowing an appeal under s. 686(1)(*a*)(iii) (*Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, *per* McIntyre J. at p. 845). Therefore, I agree with Major J. that the power to order a new trial where fresh evidence is admitted is found under s. 686(1)(*a*)(iii) in conjunction with s. 686(2)(*b*).

The position of the Chief Justice and Bastarache J. that "no miscarriage of justice can be found by the Court of Appeal as a result of fresh evidence that was not before the original trier of fact" (para. 9) is contrary to the broad interpretation given to s. 686(1)(*a*)(iii) and its application by appellate courts. Their position greatly restricts the jurisdiction of appellate courts under that section and essentially removes the jurisdiction of appellate courts to order a new trial after admitting fresh evidence in all cases, and not only those relating to the NCRMD defence. No other subsection of s. 686 would apply in such a case. There is nothing

(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) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

. . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

25 Le libellé très général du sous-al. 686(1)*a*)(iii), notamment, favorise cette interprétation en énonçant clairement le pouvoir d'«admettre l'appel, si elle est d'avis [. . .] que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire» (je souligne). (Voir G. D. McKinnon, *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice* (1997), à la p. 93; I. Lagarde, *Droit pénal canadien* (2e éd. 1974), vol. II, à la p. 1685, et l'arrêt *R. c. Thomson* (1995), 102 C.C.C. (3d) 350 (C.A.C.-B.), où la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès après avoir admis un nouvel élément de preuve afin de s'assurer qu'il n'y avait pas d'erreur judiciaire.) Cela est compatible avec le «pouvoir discrétionnaire absolu» qu'ont les cours d'appel d'admettre un appel en vertu du sous-al. 686(1)*a*)(iii) (*Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, le juge McIntyre, à la p. 845). Par conséquent, je suis d'accord avec le juge Major que le pouvoir d'ordonner un nouveau procès lorsqu'un nouvel élément de preuve est admis est prévu conjointement par le sous-al. 686(1)*a*)(iii) et l'al. 686(2)*b*).

26 Le point de vue du Juge en chef et du juge Bastarache selon lequel «la Cour d'appel ne peut pas conclure à l'existence d'une erreur judiciaire à partir d'une nouvelle preuve dont le premier juge des faits ne disposait pas» (par. 9) est contraire à l'interprétation large donnée au sous-al. 686 (1)*a*) (iii) et à son application par les cours d'appel. Cette position restreint considérablement la compétence que les cours d'appel tiennent de cet article et essentiellement leur retire la compétence pour ordonner la tenue d'un nouveau procès après l'admission d'un nouvel élément de preuve dans tous les cas et non seulement dans ceux ayant trait

in the wording of s. 686(1)(*a*)(iii) that restricts its application to evidence produced at trial, and I fail to see any reason to do so.

à la défense de NRCTM. Aucune autre disposition de l'art. 686 ne s'appliquerait dans un tel cas. Il n'y a rien dans le texte du sous-al. 686(1)*a*)(iii) qui restreigne son application à la preuve présentée au procès, et je ne vois aucune raison de le faire.

27 On the basis that no miscarriage of justice can be found under s. 686(1)(*a*)(iii) from evidence that was not before the trier of fact, the Chief Justice and Bastarache J. conclude, for their part, that s. 686(1)(*d*) "exclusively governs the Court of Appeal's jurisdiction in circumstances such as these" (para. 10) and, therefore, the matter should be sent back to the Court of Appeal for disposition according to the terms of that section (para. 11). I disagree. As noted by Major J., the plain wording of s. 686(1)(*d*) and, in particular, the use of the word "may" do not exclude the application of s. 686(1)(*a*) when dealing with mental disorder issues. Furthermore, I agree with Major J. at para. 66 that the "reference to the issue of NCRMD in the opening passage of s. 686(1) must allow a court of appeal to order a new trial to prevent a miscarriage of justice flowing from a failure to raise the issue of NCRMD at the trial". This Court's decision in *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, is not determinative of the jurisdiction issue raised here for the reasons expressed by Major J. Sections 686(1)(*a*)(iii) and 686(1)(*d*) read together provide the Court of Appeal with the possibility of either ordering a new trial or substituting a verdict of NCRMD in cases where the defence of NCRMD is raised for the first time on appeal.

Tenant pour acquis qu'il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une erreur judiciaire, au sens du sous-al. 686(1)*a*)(iii), à partir d'une preuve dont le juge des faits ne disposait pas, le Juge en chef et le juge Bastarache concluent, pour leur part, que l'al. 686(1)*d*) «régit de façon exclusive la compétence de la Cour d'appel dans des circonstances comme celles de la présente affaire» (par. 10) et que, par conséquent, l'affaire devrait être renvoyée devant la Cour d'appel pour qu'elle décide conformément à cette disposition (par. 11). Je ne suis pas de cet avis. Comme l'a souligné le juge Major, le texte clair de l'al. 686(1)*d*) et, en particulier, l'utilisation du mot «peut» n'excluent pas l'application de l'al. 686(1)*a*) lorsque des questions de troubles mentaux sont examinées. En outre, je suis d'accord avec le juge Major lorsqu'il affirme, au par. 66, que la «mention de la NRCTM au début du par. 686(1) doit permettre à une cour d'appel d'ordonner un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire découlant de l'omission de soulever la question de la NRCTM lors du procès». Pour les motifs exposés par le juge Major, l'arrêt *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, n'est pas déterminant en ce qui concerne la question de compétence soulevée en l'espèce. Le sous-alinéa 686(1)*a*)(iii) et l'al. 686(1)*d*), lus conjointement, donnent à la Cour d'appel la possibilité soit d'ordonner un nouveau procès, soit de substituer un verdict de NRCTM dans les cas où la défense de NRCTM est invoquée pour la première fois en appel.

28 I would add that this approach is consistent with the general rules concerning the admission of fresh evidence developed in *Stolar*, *supra*, at p. 492, where this Court held that, once a court of appeal decides to admit the evidence, it may either dispose of the matter immediately, if the evidence is conclusive, or if not, order a new trial.

J'ajouterais que cette approche est en accord avec les règles générales concernant l'admission d'une nouvelle preuve établies dans l'arrêt *Stolar*, précité, à la p. 492, où notre Cour a statué que, dès qu'une cour d'appel décide d'admettre la preuve, elle peut trancher l'affaire immédiatement si la preuve est concluante, ou, si elle ne l'est pas, ordonner un nouveau procès.

To adopt the Chief Justice and Bastarache J.'s approach would mean that in a case where the fresh evidence is not conclusive but could potentially affect the verdict, such as the psychiatric evidence in this case, the Court of Appeal could allow the appeal but it could not provide a remedy. As a result, the court would have no option, even if the admitted fresh evidence were not tested in court, other than to allow the appeal and enter a finding of NCRMD or to uphold the conviction. This cannot be what justice requires, particularly since it is not generally the function of a court of appeal to act as a court of first instance and conduct a trial on this issue. In this connection McEachern C.J.B.C. observed at para. 64:

> [T]he fact pattern here is complex and a number of witnesses, possibly on both sides, may be required. In my view, it will be better if these matters are decided in a new trial, presumably with a judge and jury.

Having concluded that the remedy of a new trial is the proper one and that it is within a court of appeal's jurisdiction, I will now deal with the order made by the Court of Appeal limiting the new trial to the issue of whether the respondent was NCRMD at the time of the commission of the offences.

III. Power to Order a Limited New Trial

I cannot agree with Major J. that the Court of Appeal does not have the authority to order a limited new trial. In *Thomas*, judgment released concurrently, I expressed the view that s. 686(8) grants a court of appeal a broad jurisdiction to decide what type of order would be "appropriate considering the nature and the extent of the wrong occasioned below", including the power to restrict the new trial to manslaughter or second degree murder verdicts (para. 74). Further, such an order will be an exceptional one dictated by what "justice requires" (s. 686(8)) for the reasons I expressed in

29 Adopter l'opinion du Juge en chef et du juge Bastarache signifierait que, dans une affaire où la nouvelle preuve est non concluante, mais susceptible d'influer sur le verdict, comme la preuve psychiatrique en l'espèce, la Cour d'appel pourrait accueillir l'appel, mais ne pourrait prescrire un redressement. Par conséquent, même si le nouvel élément de preuve admis n'était pas examiné devant elle, la cour n'aurait d'autre choix que d'accueillir l'appel et d'inscrire une conclusion de NRCTM, ou de confirmer la déclaration de culpabilité. Ce ne saurait être ce que la justice exige, étant donné, notamment, qu'en général il n'appartient pas à une cour d'appel d'agir comme un tribunal de première instance et de tenir un procès sur cette question. À cet égard, le juge en chef McEachern a fait remarquer, au par. 64:

> [TRADUCTION] [L]es faits sont complexes en l'espèce et il risque d'être nécessaire d'entendre un nombre de témoins, possiblement des deux côtés. À mon avis, il serait préférable que ces questions soient tranchées dans le cadre d'un nouveau procès, vraisemblablement devant un juge et un jury.

30 Après avoir conclu que la tenue d'un nouveau procès est le redressement approprié et que ce redressement relève de la compétence d'une cour d'appel, j'examinerai maintenant l'ordonnance de la Cour d'appel qui limite le nouveau procès à la question de savoir si l'intimé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux au moment de la perpétration des infractions.

III. Le pouvoir d'ordonner un nouveau procès de portée limitée

31 Je ne partage pas l'avis du juge Major que la Cour d'appel n'a pas le pouvoir d'ordonner un nouveau procès de portée limitée. Dans l'arrêt *Thomas*, rendu simultanément, j'ai émis l'opinion que le par. 686(8) confère à une cour d'appel une large compétence pour décider quelle ordonnance serait «appropriée, compte tenu de la nature et de l'étendue de l'erreur lors du procès», y compris le pouvoir de limiter le nouveau procès aux verdicts d'homicide involontaire coupable ou de meurtre au deuxième degré (par. 74). En outre, une telle ordonnance sera exceptionnelle et dictée par ce

Thomas to which I refer as if herein recited at length.

32 The Court of Appeal in this case was concerned about the risk of convicting someone who might be suffering from a mental disorder, since the defence of NCRMD had not been raised at trial. On the basis of the procedure set out in *Swain*, *supra*, the court ordered a new trial limited to the issue of whether the respondent was NCRMD at the time of the commission of the offences.

33 This Court held in *Swain*, *supra*, that the issue of whether the accused is NCRMD may be determined by a hearing conducted after a finding that the accused committed the criminal acts, but before a conviction is entered. The issue of NCRMD may be tried by the jury after it has determined that the accused committed the guilty act in order to decide whether the result of that finding should be a conviction, or a finding of NCRMD. This new common law rule was found to be consistent with an accused's right to have the Crown prove all the elements of the offence before raising other matters. The order contemplated by the Court of Appeal in this case is of the same nature as a "*Swain*-type hearing", since the Crown proved beyond a reasonable doubt that the respondent committed the guilty act before the NCRMD defence was raised. Therefore, since the trial process itself contemplates a two-stage procedure, I find the order to be consistent with the NCRMD defence raised by the respondent on appeal.

34 This Court's judgment in *Swain, supra*, shows, in my view, that a limited new trial on the issue of whether the accused is NCRMD is consistent with what "justice requires" in these circumstances. A new trial is being granted because of the fresh evi-

que «la justice exige» (par. 686(8)), pour les raisons que j'ai exposées dans l'arrêt *Thomas* et auxquelles je renvoie comme si elles étaient ici au long récitées.

La Cour d'appel, dans la présente affaire, était préoccupée par le risque qu'une personne susceptible de souffrir de troubles mentaux soit déclarée coupable, vu que la défense de NRCTM n'avait pas été soulevée au procès. Se fondant sur la procédure énoncée dans l'arrêt *Swain*, précité, la cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'intimé était ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux au moment de la perpétration des infractions.

La Cour a statué dans l'arrêt *Swain*, précité, que la question de savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux peut être déterminée lors d'une audience à être tenue après en être venu à la conclusion qu'il a accompli les actes criminels reprochés, mais avant l'inscription d'une déclaration de culpabilité. La question de la NRCTM peut être tranchée par le jury après qu'il a conclu que l'accusé a accompli l'acte coupable afin de déterminer si cette conclusion devrait donner lieu à une déclaration de culpabilité ou à une conclusion qu'il est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Cette nouvelle règle de common law a été jugée compatible avec le droit d'un accusé à ce que le ministère public prouve tous les éléments de l'infraction avant de soulever d'autres points. L'ordonnance envisagée par la Cour d'appel en l'espèce est de même nature qu'une «audience de type *Swain*», car le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'intimé a accompli l'acte coupable, avant que la défense de NRCTM ne soit invoquée. Par conséquent, étant donné qu'une procédure en deux étapes est prévue pour le procès lui-même, je conclus que l'ordonnance est compatible avec la défense de NRCTM soulevée par l'intimé en appel.

J'estime que l'arrêt *Swain*, précité, démontre qu'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux est compatible avec ce que «la justice exige» dans les circons-

dence relating to the question of whether the accused is NCRMD. This evidence in no way relates to the determination that the accused committed the guilty act. Had the accused put forward this evidence at trial after the jury found he had committed the guilty act, it would have been considered in a *Swain*-type hearing, where the only issue for determination by the jury would have been whether there should be a conviction or a finding of NCRMD. It is consistent with the requirements of justice that the same procedure be followed when a new trial is granted, to allow consideration of the fresh evidence. This avoids determining for a second time issues which have already been decided by the jury and which are in no way implicated by the reasons for granting the new trial.

tances. Un nouveau procès est ordonné parce que le nouvel élément de preuve porte sur la question de savoir si l'accusé est non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Cet élément de preuve n'a aucun rapport avec la conclusion selon laquelle l'accusé a accompli l'acte coupable. Si l'accusé avait présenté cet élément de preuve au procès après que le jury eut décidé qu'il avait accompli l'acte coupable, cela aurait été considéré lors d'une audience de type *Swain*, dans le cadre de laquelle le jury aurait eu à déterminer uniquement s'il devait y avoir déclaration de culpabilité ou conclusion de NRCTM. Il est conforme aux exigences de la justice de suivre la même procédure lorsqu'un nouveau procès est ordonné, de manière à ce que la nouvelle preuve soit examinée. Cela permet d'éviter de revenir sur des questions qui ont déjà été tranchées par le jury et qui n'ont absolument rien à voir avec les raisons qui justifient l'ordonnance de nouveau procès.

There are ample precedents to support an order of this kind in the context of entrapment, which also provides a two-stage procedure where the defence of entrapment is separated from the issue of whether the accused committed the essential elements of the offence (*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903). In *R. v. Pearson*, [1998] S.C.R. 620, released concurrently, this Court upheld the order limiting the new trial to the issue of entrapment under s. 686(8). A new trial limited to the defence of entrapment was ordered in *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), where the procedural aspects of that order were based on s. 686(8) (see supplementary reasons delivered November 1, 1990, Victoria Registry V00270; see also *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368 (B.C.C.A.), aff'd [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.), and *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, *per* Sopinka J., at p. 1019, also *per* McLachlin J., at pp. 1017-18, both in dissent on another issue). It is worth mentioning that a five-member panel of the Ontario Court of Appeal decided in *Reference re Regina v. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 135, to order a new trial limited to the defence of insanity, much before this Court decided in *Swain*, *supra*, that the insanity issue could be raised after a finding that

35 Il existe une jurisprudence abondante qui appuie l'émission d'une telle ordonnance dans un contexte de provocation policière et prescrit également une procédure en deux étapes où la défense de provocation policière est distincte de la question de savoir si l'accusé a accompli les éléments essentiels de l'infraction (*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903). Dans l'arrêt *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, rendu simultanément, notre Cour a confirmé l'ordonnance limitant le nouveau procès à la question de la provocation policière en vertu du par. 686(8). Un nouveau procès limité à la défense de provocation policière a été ordonné dans *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), où les aspects procéduraux de cette ordonnance étaient fondés sur le par. 686(8) (voir les motifs supplémentaires rendus le 1er novembre 1990, greffe de Victoria V00270; voir aussi *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368 (C.A.C.-B.), conf. par [1991] 1 R.C.S. 449, *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), et *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, le juge Sopinka, à la p. 1019, et le juge McLachlin, aux pp. 1017 et 1018, tous les deux dissidents sur une autre question). Il est intéressant de noter qu'un banc de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Reference re Regina c. Gorecki (No. 2)* (1976), 32 C.C.C. (2d)

the accused committed the guilty act. These authorities clearly demonstrate that justice may require an order limiting the new trial to the defence of NCRMD.

135, a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la défense d'aliénation mentale, bien avant que notre Cour ait décidé dans l'arrêt *Swain*, précité, que la question de l'aliénation mentale pouvait être invoquée après en être venu à la conclusion que l'accusé a accompli l'acte coupable. Cette jurisprudence démontre clairement que la justice peut exiger une ordonnance limitant la portée du nouveau procès à la défense de NRCTM.

36 The respondent contends that this order offends the principles of fundamental justice and the presumption of innocence enshrined in ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I disagree for the following reasons. First, the situation of the respondent in this new trial will be the same as in a *Swain*-type hearing and, accordingly, he will not benefit from the presumption of innocence during the stage where the issue of NCRMD is examined. The Crown has already proved all the elements of the offences and a jury was satisfied beyond a reasonable doubt that the respondent had committed the crimes. The only issue outstanding is whether he possessed the mental capacity to be held criminally responsible for them.

L'intimé soutient que cette ordonnance contrevient aux principes de justice fondamentale et à la présomption d'innocence consacrés à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je ne suis pas d'accord pour les raisons suivantes. Premièrement, la situation de l'intimé lors de ce nouveau procès sera la même que lors d'une audience de type *Swain* et il ne bénéficiera donc pas de la présomption d'innocence pendant l'examen de la question de la NRCTM. Le ministère public a déjà établi l'existence de tous les éléments des infractions et un jury a été convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intimé avait commis les crimes en question. La seule question non résolue est de savoir s'il avait la capacité mentale nécessaire pour être déclaré criminellement responsable de ces crimes.

37 Second, contrary to Major J., I do not see how an order of the same nature as the procedure established in *Swain*, *supra*, which was found to respect the principles of fundamental justice, could possibly violate those same principles. Rather, I believe that the limited new trial in this case guarantees the respondent's opportunity to make a full answer and defence. Indeed, this Court held in *Swain*, *supra*, at p. 986, that the new common law rule permitting the insanity defence to be raised after a finding that the accused committed the criminal act "would safeguard an accused's right to control his or her defence". Under such a rule the accused can present at trial any type of defence, even one that is inconsistent with insanity. If these defences are unsuccessful, and it is determined that the accused committed the guilty act, the accused can still raise the insanity defence. In this case, the respondent presented a defence that his stepmother had committed the crimes, this defence was

Deuxièmement, contrairement au juge Major, je ne vois pas comment une ordonnance de même nature que la procédure établie dans l'arrêt *Swain*, précité, qui a été jugée conforme aux principes de justice fondamentale, pourrait éventuellement violer ces mêmes principes. Au contraire, je crois que, dans la présente affaire, la tenue d'un nouveau procès de portée limitée garantit à l'intimé la possibilité de présenter une défense pleine et entière. En effet, notre Cour a statué dans l'arrêt *Swain*, précité, à la p. 986, que la nouvelle règle de common law qui permet d'invoquer la défense d'aliénation mentale après que le juge des faits a conclu que l'accusé a accompli l'acte criminel «protégerait le droit de l'accusé de contrôler sa défense». Selon une telle règle, l'accusé peut invoquer n'importe quel moyen de défense au procès, même un moyen incompatible avec l'aliénation mentale. Si ces moyens de défense échouent et qu'il est décidé que l'accusé a accompli l'acte coupable, celui-ci peut

rejected and the respondent was found by a jury to have committed the essential elements of the offences. The Court of Appeal's order allows him to present his NCRMD defence, and he will be able to raise any evidentiary and *Charter* issues he wishes on the issue of NCRMD. Therefore, the respondent will suffer no prejudice arising from the Court of Appeal's order for a limited new trial in this case.

encore invoquer l'aliénation mentale comme moyen de défense. En l'espèce, l'intimé a fait valoir pour sa défense que sa belle-mère avait commis les crimes. Ce moyen de défense a été rejeté et un jury a conclu qu'il avait accompli les éléments essentiels des infractions reprochées. L'ordonnance de la Cour d'appel lui permet d'invoquer la défense de NRCTM et il sera en mesure de soulever toutes les questions qu'il souhaite en matière de preuve et de *Charte* relativement à la question de la NRCTM. Par conséquent, l'intimé ne subira aucun préjudice découlant de l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant la tenue, en l'espèce, d'un nouveau procès de portée limitée.

Third, Major J. referring to *Swain*, *supra*, alludes to the possibility that "if evidence led with respect to a mental disorder was not sufficient to convince the trier of fact that the accused was NCRMD, such evidence could be considered on the issue of whether the accused had the requisite *mens rea*" (para. 74). That possibility was discussed in *Swain*, *supra*, concerning certain cases where the NCRMD defence is raised during the course of the trial, but does not extend to the second stage of the procedure provided in *Swain*, where the defence is raised after a finding that the accused committed the guilty act has been rendered. As such, the post-verdict *Swain* hearing is not different from an entrapment hearing which does not involve *mens rea*; see *Pearson*, *supra*. As I already mentioned above, this Court has established that in a *Swain*-type hearing, the trier of fact only has to determine whether the result of that finding that the accused committed the essential elements of the offence should be a conviction or a finding of NCRMD. The order made by the Court of Appeal in this case is to the same effect.

38 Troisièmement, invoquant l'arrêt *Swain*, précité, le juge Major fait allusion à la possibilité que «si la preuve produite relativement à des troubles mentaux n'était pas suffisante pour convaincre le juge des faits que l'accusé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, cette preuve pouvait être prise en compte pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise» (par. 74). Cette possibilité a été analysée dans l'arrêt *Swain*, précité, relativement à certains cas où la défense de NRCTM est invoquée pendant le procès, mais elle ne s'étend pas à la deuxième étape de la procédure prévue dans l'arrêt *Swain*, lorsque la défense est invoquée après la conclusion que l'accusé a accompli l'acte coupable. Ainsi, l'audience de type *Swain* tenue après le verdict n'est pas différente d'une audience en matière de provocation policière qui ne met pas en cause la *mens rea*; voir *Pearson*, précité. Comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour a établi que, dans une audience de type *Swain*, le juge des faits n'a qu'à décider si la conclusion que l'accusé a accompli les éléments essentiels de l'infraction doit donner lieu à une déclaration de culpabilité ou à un verdict de NRCTM. L'ordonnance de la Cour d'appel, en l'espèce, est au même effet.

The fresh evidence relates solely to the defence of NCRMD. Therefore, there is no need to relitigate the jury's findings that the respondent committed the crimes, which is not the object of the appeal. The only issue raised by the respondent is his claim of NCRMD, and I believe that justice will be done by ordering a new trial on this sole

39 Le nouvel élément de preuve ne se rapporte qu'à la défense de NRCTM. Il n'est donc pas nécessaire de remettre en question les conclusions du jury que l'intimé a perpétré les crimes reprochés, ce qui n'est pas l'objet du pourvoi. La seule question que soulève l'intimé a trait à sa défense de NRCTM et j'estime que justice sera rendue si un nouveau pro-

issue. Therefore, considering the nature of the NCRMD defence and the possible miscarriage of justice the court's order was made to remedy, I find that the Court of Appeal correctly exercised its discretion to order a limited new trial on this issue in the present case.

IV. Disposition

40 For these reasons, I would uphold the Court of Appeal's order of a new trial limited to the issue of whether the respondent was NCRMD at the time of the commission of offences. Therefore, I would dismiss the appeal.

The judgment of Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

MAJOR J. —

I. Facts

41 The respondent, Warsing, was convicted by a jury of two counts of first degree murder and one count of attempted murder in relation to the death of his two siblings and injuries to his stepmother. The defence of not being criminally responsible on account of mental disorder ("NCRMD") was not raised at trial. Subsequent to his conviction, the respondent was committed to a mental health institution and examined by several psychiatrists, one of whom diagnosed the respondent as suffering from a "Manic Depressive Disorder", otherwise known as "Bipolar Affective Disorder", and concluded that Warsing was suffering from this illness at the time of the offences and should have been found NCRMD.

42 The respondent applied to the British Columbia Court of Appeal to have the expert evidence of the psychiatrist admitted as fresh evidence and to raise, for the first time, the defence of NCRMD. The majority of the British Columbia Court of

cès limité à cette seule question était ordonné. Par conséquent, compte tenu de la nature de la défense de NRCTM et de la possibilité d'erreur judiciaire à laquelle l'ordonnance de la cour avait pour but de remédier, je conclus que la Cour d'appel a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant, en l'espèce, la tenue d'un nouveau procès limité à cette question.

IV. Dispositif

Pour ces motifs, je confirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'intimé était ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux au moment de la perpétration des infractions. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Les faits

Un jury a déclaré l'intimé Warsing coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré et à un chef d'accusation de tentative de meurtre, à la suite du décès de son frère et de sa sœur et des blessures subies par sa belle-mère. Le moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux («NRCTM») n'a pas été invoqué au procès. Après sa déclaration de culpabilité, l'intimé a été interné dans un établissement psychiatrique et examiné par plusieurs psychiatres, dont l'un a diagnostiqué chez lui une «psychose maniaco-dépressive», également connue sous le nom de «trouble affectif bipolaire», et a conclu que Warsing souffrait de cette maladie au moment des infractions, de sorte qu'il aurait dû être déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux.

L'intimé a demandé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'admettre le témoignage d'expert de ce psychiatre comme nouvel élément de preuve et de lui permettre d'invoquer pour la première fois le moyen de défense de la

Appeal held that Warsing was entitled to enter the psychiatric evidence and ordered a new trial on the limited issue of NCRMD.

II. Relevant Statutory Provisions

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

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

. . .

(*b*) order any witness who would have been a compellable witness at the trial, whether or not he was called at the trial,

(i) to attend and be examined before the court of appeal, or

(ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;

. . .

(*d*) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

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;

. . .

(*d*) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of

NRCTM. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé, à la majorité, que Warsing avait le droit de déposer la preuve psychiatrique, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la NRCTM.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 43

683. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice:

. . .

b) ordonner qu'un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu'il ait été appelé ou non au procès:

(i) ou bien comparaisse et soit interrogé devant la cour d'appel,

(ii) ou bien soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d'appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d'appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d'appel;

. . .

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appelant, qui est habile à témoigner mais non contraignable;

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;

. . .

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles men-

the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(*b*) order a new trial.

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make an order, in addition, that justice requires.

taux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(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) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

. . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

III. Judicial History

British Columbia Court of Appeal (1997), 97 B.C.A.C. 137

(1) Majority

44 McEachern C.J.B.C. (Finch J.A. concurring) identified three issues:

(a) Does the fresh evidence meet the test for admissibility?

(b) If not, can the accused be permitted to adduce this new evidence given his failure to disclose why he did not plead insanity at his trial?

(c) Is it possible for the accused to have a trial on the insanity issue under the authority of *Swain*?

45 McEachern C.J.B.C. held that the accused failed to meet the test of due diligence set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. He noted that the defence of NCRMD would have been apparent to anyone who was familiar with the bizarre conduct of the accused and the statements made by him about the offences with which he had been charged. In spite of that, he concluded that the failure to satisfy the due diligence portion of *Palmer* was not fatal to the accused's appeal as the other

III. L'historique des procédures judiciaires

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 97 B.C.A.C. 137

(1) L'opinion majoritaire

Le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique (avec l'appui du juge Finch) ont dégagé trois questions:

a) Le nouvel élément de preuve satisfait-il au critère d'admissibilité?

b) Dans la négative, est-il possible de permettre à l'accusé de présenter ce nouvel élément de preuve compte tenu de son omission de révéler la raison pour laquelle il n'a pas plaidé l'aliénation mentale lors de son procès?

c) L'accusé peut-il bénéficier d'un procès sur la question de l'aliénation mentale en application de l'arrêt *Swain*?

Le juge en chef McEachern a décidé que l'accusé ne satisfaisait pas au critère de diligence raisonnable énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Il a noté que la possibilité d'invoquer le moyen de défense de la NRCTM aurait été évidente pour toute personne au courant du comportement bizarre de l'accusé et de ses déclarations concernant les infractions qui lui étaient reprochées. Malgré cela, il a conclu que l'omission de se conformer à l'élément de dili-

three requirements of the *Palmer* test had been satisfied and it was in the interests of justice to admit the evidence.

On the second issue, McEachern C.J.B.C. held that *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, was not relevant. He found that the appeal before the court turned primarily on whether the accused having made a deliberate decision not to plead insanity should now be entitled to raise that defence and to introduce evidence with respect to it. While in most cases the accused will be barred from raising the defence of NCRMD for the first time on appeal, McEachern C.J.B.C. found that in light of the extraordinary circumstances surrounding this case and the support found in *R. v. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (Ont. C.A.), the court should do what is just and admit the evidence.

On the third issue, McEachern C.J.B.C. relying on *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, concluded that the fresh evidence should be admitted and ordered a new trial on the limited issue of the mental capacity of the accused at the time of the offences.

(2) Dissent

Ryan J.A. agreed with the majority that in extraordinary circumstances it would be proper to order a new trial notwithstanding that the accused made a strategic decision not to pursue an NCRMD defence at trial. She dissented because in her view there was insufficient evidence to convince her that it was in the interests of justice to order a new trial.

IV. Issues

Four issues arise in this appeal:

(1) Did the British Columbia Court of Appeal err in admitting fresh evidence when all the conditions of the *Palmer* test had been satisfied and it was in the interests of justice to admit the evidence?

gence raisonnable du critère de l'arrêt *Palmer* n'était pas fatale à l'appel de l'accusé étant donné que les trois autres conditions de ce critère avaient été remplies et qu'il était dans l'intérêt de la justice d'admettre la preuve en cause.

46 En ce qui concerne la deuxième question, le juge en chef McEachern a statué que l'arrêt *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, n'était pas pertinent. Il a décidé que l'appel dont la cour était saisie portait principalement sur la question de savoir si l'accusé, qui avait pris délibérément la décision de ne pas plaider l'aliénation, devait maintenant pouvoir invoquer ce moyen de défense et présenter une preuve à ce sujet. Bien que, dans la plupart des cas, il soit interdit à l'accusé d'invoquer le moyen de défense de la NRCTM pour la première fois en appel, le juge en chef McEachern a conclu que, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'affaire et s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (C.A. Ont.), la cour devrait faire ce qui est juste et admettre la preuve.

47 Quant à la troisième question, le juge en chef McEachern s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, pour statuer qu'il y avait lieu d'admettre le nouvel élément de preuve et pour ordonner la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions.

(2) La dissidence

48 Madame le juge Ryan a convenu avec les juges majoritaires qu'il convenait, dans des circonstances exceptionnelles, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès malgré la décision stratégique de l'accusé de ne pas invoquer le moyen de défense de la NRCTM au procès. Sa dissidence tenait à son opinion que la preuve était insuffisante pour la convaincre qu'il était dans l'intérêt de la justice d'ordonner un nouveau procès.

IV. Les questions en litige

49 Le pourvoi porte sur quatre questions:

(1) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en admettant un

tions for the admission of fresh evidence on appeal had not been met?

(2) Did the British Columbia Court of Appeal err by permitting the respondent to raise an entirely new defence on appeal which was not raised at trial?

(3) Did the British Columbia Court of Appeal err in ordering a new trial based on the fresh evidence adduced on appeal?

(4) Did the British Columbia Court of Appeal err in ordering a new trial limited to the issue of NCRMD?

V. Analysis

Issue 1

50 The rule for the admission of fresh evidence on appeal has been set out in *Palmer*, *supra*, at p. 775:

(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.

(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

The parties agree that the evidence tendered meets the second test in *Palmer*, the relevance criterion, but the appellant submitted that the first, third and fourth criteria were not satisfied.

51 In this case the psychiatric evidence was undoubtedly available upon the exercise of due dil-

nouvel élément de preuve qui ne satisfaisait pas à toutes les conditions d'admission d'une nouvelle preuve en appel?

(2) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en permettant à l'intimé d'invoquer en appel un moyen de défense entièrement nouveau qui n'avait pas été invoqué au procès?

(3) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès fondé sur le nouvel élément de preuve soumis en appel?

(4) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la NRCTM?

V. Analyse

Première question

La règle relative à l'admission d'une nouvelle preuve en appel a été établie dans l'arrêt *Palmer*, précité, à la p. 775:

(1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*.

(2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

(3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et

(4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Les parties s'entendent pour dire que la preuve offerte satisfait au deuxième critère de l'arrêt *Palmer*, soit celui de la pertinence, mais l'appelante soutient que les premier, troisième et quatrième critères ne sont pas respectés.

En l'espèce, on aurait certainement pu obtenir la preuve psychiatrique en faisant preuve de diligence

igence. The respondent's counsel at the Court of Appeal, hampered by solicitor-client privilege, was unable to provide an explanation as to why the evidence of NCRMD was not led. This privilege could have been waived by the respondent and his failure to do so would usually weigh against admitting the fresh evidence, however that is only one factor. See *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, *per* Ritchie J., at p. 491:

> In all the circumstances, if the evidence is considered to be of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of the jury, I do not think it should be excluded on the ground that reasonable diligence was not exercised to obtain it at or before the trial.

In *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501, the Court rejected fresh evidence on the appeal that was available at the sentencing portion of the trial; see Sopinka J. at pp. 502-3:

> [W]e are of the opinion that the respondent failed to satisfy the criterion of due diligence. While this factor is not applied strictly in criminal cases and is not to be considered in isolation, the strength of the other factors is not such that failure to satisfy the due diligence requirement in this case is overborne by the other factors. [Emphasis in original.]

It is desirable that due diligence remain only one factor and its absence, particularly in criminal cases, should be assessed in light of other circumstances. If the evidence is compelling and the interests of justice require that it be admitted then the failure to meet the test should yield to permit its admission.

The appellant submitted that the evidence of insanity was not credible and failed the third component of the *Palmer* test. The respondent was examined by a psychiatrist within days of the murders but no finding of mental disorder was made. However, this examination was conducted to determine whether the respondent was fit to stand trial, not to determine his mental capacity at the time of the offences. The appellant cited *R. v.*

raisonnable. Lié par le secret professionnel, l'avocat de l'intimé en Cour d'appel a été incapable d'expliquer pourquoi la preuve de la NRCTM n'a pas été produite. L'intimé aurait pu renoncer au secret professionnel et son omission de le faire militerait normalement contre l'admission du nouvel élément de preuve, mais ce n'est là qu'un facteur parmi d'autres. Voir l'arrêt *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, le juge Ritchie, à la p. 491:

> [TRADUCTION] Dans tous les cas, si la preuve est jugée assez probante pour être raisonnablement susceptible d'influer sur le verdict du jury, je ne crois pas qu'elle devrait être exclue pour le motif qu'on n'a pas fait montre de diligence raisonnable pour l'obtenir avant ou pendant le procès.

Dans *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501, la Cour a rejeté en appel un nouvel élément de preuve qui était disponible au procès, à l'étape de la détermination de la peine; voir le juge Sopinka, aux pp. 502 et 503:

> [N]ous sommes d'avis que l'intimé n'a pas satisfait au critère de la diligence raisonnable. Bien que ce facteur ne soit pas appliqué strictement dans les causes criminelles et qu'il ne doive pas être pris en considération isolément, les autres facteurs n'ont pas un poids tel en l'espèce qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de la diligence raisonnable. [Souligné dans l'original.]

Il est souhaitable que la diligence raisonnable ne reste qu'un facteur parmi d'autres, et son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d'autres circonstances. Si la preuve est convaincante et s'il est dans l'intérêt de la justice de l'admettre, alors le défaut de satisfaire à ce critère ne devrait pas être retenu pour en écarter l'admission.

L'appelante a soutenu que la preuve de l'aliénation mentale n'était pas plausible et ne satisfaisait pas au troisième élément du critère de l'arrêt *Palmer*. L'intimé a été examiné par un psychiatre dans les jours qui ont suivi les meurtres, sans qu'aucun trouble mental ne soit constaté. Toutefois, cet examen a été effectué dans le but de déterminer si l'intimé était apte à subir son procès, et non pas pour établir sa capacité mentale au moment des

52

Stolar, [1988] 1 S.C.R. 480, for the proposition that an assessment of credibility should be carried out against the whole background of the case and not restricted to the fresh evidence application. McEachern C.J.B.C. recognized this proposition at para. 28 where he stated "it is credible, in the sense that it is reasonably capable of belief when viewed in the context of other evidence relevant to that issue" and at para. 63 where he referred to "the apparently consistent psychiatric assessment based upon the facts and the family history of the accused". It is apparent that the evidence is reasonably capable of belief. Whether it is actually believed is up to the trier of fact.

53 Finally, the appellant submitted that the evidence, if admitted, should be accorded no weight because it is an expert opinion based on self-reported facts from the respondent that have not been proven: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852. This submission overlooks the fact that there was some evidence adduced at the trial related to the respondent's family history and past conduct that supported the findings of the psychiatrist. In many cases the evidence of experts depends on the hypothesis or assumptions that they are asked to make. The value of the opinion will depend on the validity of the assumptions and is related to weight not admissibility.

54 The appellant's submissions on the strict application of the rule in *Abbey* should be assessed in light of Wilson J.'s later decision in *Lavallee*, which considered *Abbey*. Wilson J., there, set out four propositions which represented the *ratio* of *Abbey* (at p. 893):

1. An expert opinion is admissible if relevant, even if it is based on second-hand evidence.

2. This second-hand evidence (hearsay) is admissible to show the information on which the expert opinion is

infractions. L'appelante a cité l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, comme établissant qu'il y avait lieu d'évaluer la crédibilité en fonction de toute l'affaire et non pas seulement en fonction de la demande d'autorisation de produire un nouvel élément de preuve. Le juge en chef McEachern a retenu ce principe, au par. 28, en déclarant que [TRADUCTION] «elle est plausible en ce sens qu'on peut raisonnablement y ajouter foi si on la considère en fonction d'autres éléments de preuve pertinents quant à cette question», puis, au par. 63, où il a mentionné «l'évaluation psychiatrique, apparemment cohérente, fondée sur les faits et les antécédents familiaux de l'accusé». Il est évident qu'il est raisonnablement possible d'ajouter foi à la preuve. Il appartient au juge des faits de décider s'il y ajoutera effectivement foi.

Enfin, l'appelante fait valoir qu'il n'y a lieu d'accorder aucune valeur probante à la preuve, si elle est admise, parce qu'il s'agit d'une opinion d'expert fondée sur des faits non prouvés qui ont été relatés par l'intimé lui-même: *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852. Cet argument ne tient pas compte du fait qu'on a soumis au procès, au sujet des antécédents familiaux et du comportement antérieur de l'intimé, des éléments de preuve qui étayaient les conclusions du psychiatre. Dans bien des cas, le témoignage des experts repose sur les hypothèses ou suppositions qu'on leur demande de formuler. La valeur de leur opinion dépend alors de la validité de ces suppositions et est liée à la valeur probante qui lui sera attribuée plutôt qu'à son admissibilité.

Les arguments de l'appelante concernant l'application stricte de la règle de l'arrêt *Abbey* doivent être appréciés en fonction des motifs ultérieurs du juge Wilson dans *Lavallee*, où elle a examiné l'arrêt *Abbey*. Le juge Wilson y a formulé quatre propositions qui expriment le fondement de l'arrêt *Abbey* (à la p. 893):

1. Une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main.

2. Cette preuve de seconde main (ouï-dire) est admissible pour montrer les renseignements sur lesquels est

based, not as evidence going to the existence of the facts on which the opinion is based.

3. Where the psychiatric evidence is comprised of hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion.

4. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

Wilson J. in considering the fourth principle held that as long as there is some admissible evidence on which the expert's testimony is based it cannot be ignored; but it follows that the more the expert relies on facts not in evidence, the weight given to the opinion will diminish.

In the present appeal the issue of weight has not yet arisen as the Court of Appeal did not decide whether the respondent was NCRMD, but instead found that the expert's opinion convinced them that it was an issue that should be heard. The expert opinion combined with the fact that the respondent had been diagnosed with bipolar mood disorder raised an issue regarding the mental condition of the respondent at the time of the offences. Such evidence was credible, and depending on the findings of the trier of fact it could have affected the outcome of the trial.

While the fresh evidence failed the due diligence test in *Palmer*, the evidence sought to be introduced was credible and if believed could affect the verdict. It is my opinion that the Court of Appeal's decision to admit the evidence after balancing the factors described was correct and should be upheld. The respondent's failure to meet the due diligence requirement is serious and in many circumstances would be fatal; however it is overborne by the interests of justice and as Carthy J.A. stated in *R. v. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84 (Ont. C.A.), at p. 87, a failure to meet the due

fondée l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels se fonde cette opinion.

3. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion.

4. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

En ce qui a trait au quatrième principe, le juge Wilson a conclu que, dans la mesure où il existe quelque élément de preuve admissible sur lequel repose l'opinion de l'expert, on ne peut faire abstraction de celle-ci; il s'ensuit toutefois que plus l'expert s'appuie sur des faits non établis par la preuve, moins on accordera de valeur probante à son opinion.

Dans le présent pourvoi, la question de la valeur probante n'a pas encore été soulevée vu que la Cour d'appel n'a pas décidé si l'intimé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux; elle a plutôt conclu que l'opinion de l'expert l'avait convaincue que c'était une question qui devrait être instruite. L'opinion d'expert, conjuguée au diagnostic de trouble bipolaire de l'humeur établi à l'égard de l'intimé, soulevait une question touchant son état mental au moment des infractions. Cette preuve était plausible et, selon les conclusions tirées par le juge des faits, elle aurait pu influer sur l'issue du procès. 55

Même si le nouvel élément de preuve ne satisfaisait pas au critère de diligence raisonnable énoncé dans l'arrêt *Palmer*, la preuve que l'on cherchait à produire était plausible et pourrait influer sur le verdict, si on y ajoutait foi. Je suis d'avis que la décision de la Cour d'appel d'admettre cette preuve après avoir soupesé les facteurs décrits était juste et doit être confirmée. Le défaut de l'intimé de satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable est grave et serait fatal dans bien des cas; toutefois, l'intérêt de la justice l'emporte et, comme le juge Carthy de la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84 (C.A. Ont.), à la p. 87, le défaut de satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable ne doit 56

diligence requirement should not "override accomplishing a just result".

Issue 2

57 The appellant submitted that the finality of litigation mitigated against the respondent raising a defence that was disavowed at trial: *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.). However, the Court of Appeal had a discretion to allow a new issue or defence to be raised for the first time on appeal: *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391, and in the absence of an error that discretion should not be disturbed. The record is not clear whether the respondent actually disavowed the defence of NCRMD, and as the respondent did not waive his solicitor client privilege that avenue of information remains closed.

58 The defence of NCRMD is complex and relatively unclear. While *Mailloux*, *supra*, is not directly applicable, it offers some guidance. Mailloux was accused of two second degree murders and at trial he unsuccessfully raised insanity as his primary defence. On appeal, this Court examined s. 613(1)(*d*), the predecessor to s. 686(1)(*d*), and Lamer J. (as he then was), in *obiter*, held that it was enacted to permit a court of appeal to quash the verdict even in those cases where there was no error of law made, but the issue of insanity had not been raised at first instance. Section 613(1)(*d*) read:

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

. . .

(*d*) may set aside a conviction and find the appellant not guilty on account of insanity and order the appellant to be kept in safe custody to await the pleasure of

pas [TRADUCTION] «l'emporter sur l'obtention d'un résultat juste».

Deuxième question

L'appelante a affirmé que le principe du caractère définitif de la décision commandait de refuser à l'intimé l'autorisation de se prévaloir d'un moyen de défense auquel il a renoncé lors du procès: *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.). Toutefois, la Cour d'appel avait le pouvoir discrétionnaire de permettre qu'une nouvelle question ou une nouvelle défense soit soulevée pour la première fois en appel: *R. c. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391, et, en l'absence d'erreur, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit être respecté. Le dossier ne précise pas si l'intimé a réellement renoncé au moyen de défense de la NRCTM et, comme ce dernier n'a pas renoncé à la protection du secret professionnel de l'avocat, cette source d'information demeure inaccessible.

Le moyen de défense de la NRCTM est complexe et relativement obscur. Bien que l'arrêt *Mailloux*, précité, ne s'applique pas directement, il peut nous guider dans une certaine mesure. Mailloux a été accusé de deux meurtres au deuxième degré et, lors de son procès, il a invoqué sans succès l'aliénation mentale comme moyen de défense principal. En appel, notre Cour a examiné l'al. 613(1)*d*), qui a été remplacé par l'al. 686(1)*d*), et le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a statué, dans une remarque incidente, que cet alinéa avait été adopté pour permettre à une cour d'appel d'annuler un verdict même dans les cas où aucune erreur de droit n'avait été commise, mais où la question de l'aliénation mentale n'avait pas été soulevée en première instance. Voici le libellé de l'al. 613(1)*d*):

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

. . .

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant non coupable pour cause d'aliénation mentale et ordonner que l'appelant soit détenu sous

> the lieutenant governor where it is of the opinion that, although the appellant committed the act or made the omission charged against him, he was insane at the time the act was committed or the omission was made, so that he was not criminally responsible for his conduct .... [Emphasis added.]

> bonne garde jusqu'à ce que le lieutenant-gouverneur ait fait connaître son bon plaisir, quand elle estime que, même si l'appelant a accompli l'acte, ou est responsable de l'omission, dont il est accusé, il était aliéné au moment de l'acte ou de l'omission, de façon à ne pas être criminellement responsable de sa conduite ... [Je souligne.]

Although there have been considerable changes to the *Code* in this area, I am of the view that Lamer J.'s comments support my position that it is permissible to allow the accused to raise NCRMD for the first time on appeal under appropriate circumstances.

Bien que le *Code* ait subi des changements importants en la matière, je suis d'avis que les observations du juge Lamer appuient mon opinion qu'il est acceptable d'autoriser l'accusé à invoquer la NRCTM pour la première fois en appel lorsque cela est indiqué.

A second factor assisting the accused in raising the insanity defence for the first time on appeal is *Swain*, *supra*, and the legislative response to that decision. *Swain* recognized that it would be unfair to force the accused to plead insanity as an alternative defence, as this might prejudice both his claim of insanity and his claim of innocence. *Swain* allowed the accused to wait until a finding of guilt had been made before the defence of insanity had to be raised. While an accused is seldom allowed to "hold back" a defence in anticipation of using it on appeal if convicted, *Swain* provides that option and confirms that the policy concerns about raising an NCRMD defence for the first time on appeal are not stringent because of the nature of the defence of NCRMD. *Swain* confirms that it is a principle of fundamental justice that a person who was not criminally responsible at the time of the offence should not be convicted.

59 Un deuxième élément qui aide l'accusé à invoquer le moyen de défense de l'aliénation mentale pour la première fois en appel est l'arrêt *Swain*, précité, et la réponse du législateur à cet arrêt. L'arrêt *Swain* a reconnu qu'il serait injuste d'obliger l'accusé à plaider l'aliénation mentale comme moyen de défense subsidiaire, étant donné que cela pourrait lui nuire à la fois lorsqu'il plaide l'aliénation mentale et lorsqu'il clame son innocence. L'arrêt *Swain* permettait à l'accusé d'attendre qu'une conclusion de culpabilité ait été tirée avant d'invoquer le moyen de défense de l'aliénation mentale. Même si on permet rarement à un accusé de garder un moyen de défense en réserve en vue de l'utiliser en appel s'il est déclaré coupable, l'arrêt *Swain* offre cette possibilité et confirme que les questions de principe liées à la possibilité d'invoquer le moyen de défense de la NRCTM pour la première fois en appel se posent de façon mitigée en raison de la nature du moyen de défense de la NRCTM. L'arrêt *Swain* confirme qu'il est de justice fondamentale qu'une personne qui n'était pas criminellement responsable au moment de l'infraction ne soit pas déclarée coupable.

This procedure is an exception to the general rule, but the circumstances and evidence of this case run in favour of allowing the respondent to raise the defence of NCRMD for the first time at his appeal.

60 Cette façon de procéder fait exception à la règle générale, mais les circonstances et la preuve en l'espèce militent en faveur de permettre à l'intimé d'invoquer le moyen de défense de la NRCTM pour la première fois en appel.

Issue 3

Troisième question

This issue relates to the jurisdiction of the Court of Appeal to order a new trial on the issue of

61 Cette question touche la compétence de la Cour d'appel pour ordonner un nouveau procès sur la

insanity as contemplated by *Swain*. The appellant and respondent both take the position that the Court of Appeal has the power pursuant to s. 686(1)(*d*) to set aside the conviction and find the accused NCRMD, or order a new trial on the basis that there has been a miscarriage of justice under ss. 686(1)(*a*)(iii) and 686(2). However, the appellant submitted that the Court of Appeal has the ability to send the trial back on a limited issue while the respondent argues that the trial should be a trial *de novo*.

62 Section 686(l)(*a*) and (*d*) and s. 686(2) of the *Criminal Code* provide:

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;

. . .

(*d*) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(*b*) order a new trial.

question de l'aliénation mentale, tel que prévu dans l'arrêt *Swain*. L'appelante et l'intimé soutiennent tous les deux que la Cour d'appel a, en vertu de l'al. 686(1)*d*), le pouvoir d'écarter la déclaration de culpabilité et de déclarer l'accusé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, ou d'ordonner un nouveau procès pour cause d'erreur judiciaire en vertu du sous-al. 686(1)*a*)(iii) et du par. 686(2). Toutefois, l'appelante fait valoir que la Cour d'appel est habilitée à ordonner que l'affaire fasse l'objet d'un nouveau procès limité à une question précise, alors que l'intimé prétend qu'il y a lieu d'ordonner un procès *de novo*.

Voici ce que prévoient les al. 686(1)*a*) et *d*) et le par. 686(2) du *Code criminel*:

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;

. . .

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(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) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

In *Mailloux* it was held that a court of appeal should substitute a verdict of NCRMD in place of a conviction when insanity is raised for the first time pursuant to s. 613(1)(*d*), the predecessor of s. 686(1)(*d*). In the present case, the Court of Appeal declined to make a finding with respect to NCRMD and instead ordered a new trial because, as the majority stated at para. 64, "the fact pattern here is complex and a number of witnesses, possibly on both sides, may be required".

Dans l'arrêt *Mailloux*, la Cour a conclu qu'une cour d'appel devrait substituer un verdict de NRCTM à une déclaration de culpabilité lorsque l'aliénation mentale est invoquée pour la première fois conformément à l'al. 613(1)*d*), qui a été remplacé par l'al. 686(1)*d*). En l'espèce, la Cour d'appel a refusé de tirer une conclusion au sujet de la NRCTM et a préféré ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que, comme l'ont affirmé les juges majoritaires, au par. 64, [TRADUCTION] «les faits sont complexes en l'espèce et le concours de nombreux témoins risque d'être nécessaire, peut-être des deux côtés». 63

While the *Criminal Code* clearly contemplates a court of appeal making a determination on the issue of NCRMD, it is ambiguous as to whether a court of appeal has the power to order a new trial if it comes to the conclusion that it cannot make a dispositive determination with respect to NCRMD.

Bien que le *Code criminel* prévoie clairement qu'une cour d'appel peut trancher la question de la NRCTM, il est ambigu quant à savoir si une telle cour a le pouvoir d'ordonner un nouveau procès lorsqu'elle conclut qu'elle est incapable de trancher de manière décisive la question de la NRCTM. 64

In *Mailloux* Lamer J. in discussing the predecessor sections to s. 686 stated at p. 1040:

> What was then the purpose of s. 1016(4)? In seeking an answer one must not overlook the fact that a new trial could be triggered through the general provisions of s. 1014 only if there had been below an error of law, unreasonable findings, or miscarriage of justice as regards the issue of insanity. This could occur only if insanity was an issue raised at trial. In my view, s. 1016(4) was introduced to enable a court of appeal to give some relief, albeit incomplete, to the accused when the insanity issue was raised for the first time in appeal.

À la page 1040 de l'arrêt *Mailloux*, le juge Lamer a affirmé, relativement aux dispositions qui ont précédé l'art. 686:

> Quel était donc l'objet du par. 1016(4)? En cherchant la réponse à cette question, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'un nouveau procès ne pouvait être déclenché en vertu des dispositions générales de l'art. 1014 que s'il y avait eu, en première instance, une erreur de droit, des conclusions déraisonnables ou un déni de justice en ce qui concernait la question de l'aliénation mentale. Pour cela, il fallait absolument que la question de l'aliénation mentale ait été soulevée au procès. À mon avis, le par. 1016(4) visait à permettre à une cour d'appel d'accorder à l'accusé un certain redressement, pour incomplet qu'il fût, dans les cas où la question de l'aliénation mentale avait été soulevée pour la première fois en appel.

In *Buxbaum*, *supra*, similar circumstances arose, and the Ontario Court of Appeal in reviewing *Mailloux* was of the opinion that it was not open to a court of appeal to order a new trial. At pp. 32-33 the court held:

Dans l'arrêt *Buxbaum*, précité, portant sur des circonstances similaires, la Cour d'appel de l'Ontario, en examinant l'arrêt *Mailloux*, a exprimé l'avis qu'une cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'ordonner un nouveau procès. La cour a affirmé, aux pp. 32 et 33:

> It appears then that in circumstances such as these, when the defence of insanity was not raised at trial for whatever reason, no appeal lies to this court under s. 686(1)(*a*) on the grounds that there has been a miscar-

> [TRADUCTION] Il appert donc que, dans des circonstances comme celles dont nous sommes saisis, lorsque le moyen de défense de l'aliénation mentale n'a pas été invoqué lors du procès pour quelque raison que ce soit,

riage of justice, and there is no power to set aside the verdict and direct a new trial on such grounds. Nor have we the power in such circumstances to direct a new trial before a jury limited to the defence of insanity, as was done by this court in *Gorecki*, supra.

aucun appel fondé sur une allégation d'erreur judiciaire ne peut être interjeté devant notre Cour en vertu de l'al. 686(1)*a*), et il n'existe aucun pouvoir d'annuler le verdict et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour ce motif. Nous n'avons pas non plus le pouvoir, en pareilles circonstances, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès devant jury, limité au moyen de défense de l'aliénation mentale, comme l'a fait notre cour dans l'affaire *Gorecki*, précitée.

65 *Mailloux* dealt with the reasonableness of the jury's finding on a defence of NCRMD, not with the defence of NCRMD being raised for the first time at the appeal. To that extent and in the context of this appeal the observations of Lamer J. are not determinative of the question raised here. McEachern C.J.B.C. distinguished *Buxbaum* on its facts, noting that it did not involve the unusual history and conduct of an accused like the respondent. It is my opinion that it is in the interests of justice that *Mailloux* be read to recognize that where the defence of NCRMD is not raised at the trial and if the court of appeal concludes that it cannot make a determination with respect to NCRMD it is within the jurisdiction of the court of appeal in avoiding a miscarriage of justice, to order a new trial. In most cases it is likely that the court of appeal would have sufficient evidence to determine the NCRMD question. It is only in cases where the facts are complex and the court concludes that further evidence is required that a new trial would be ordered.

L'arrêt *Mailloux* portait sur le caractère raisonnable de la conclusion du jury sur le moyen de défense de la NRCTM, et non sur le fait que ce moyen de défense était invoqué pour la première fois en appel. Dans cette mesure et dans le contexte du présent pourvoi, les observations du juge Lamer ne sont pas déterminantes quant à la question soulevée en l'espèce. Le juge en chef McEachern a fait une distinction avec les faits de l'affaire *Buxbaum*, soulignant qu'elle ne mettait pas en cause les antécédents et le comportement inusités d'un accusé comme l'intimé. Je suis d'avis qu'il est dans l'intérêt de la justice d'interpréter l'arrêt *Mailloux* comme reconnaissant que, dans les cas où le moyen de défense de la NRCTM n'est pas invoqué lors du procès et où la cour d'appel conclut qu'elle ne peut pas trancher la question de la NRCTM, la cour d'appel a compétence pour ordonner un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire. Dans la plupart des cas, il est probable que la cour d'appel disposera d'une preuve suffisante pour trancher la question de la NRCTM. Ce ne serait que lorsque les faits sont complexes et où la cour conclut que d'autres éléments de preuve sont nécessaires qu'elle ordonnerait la tenue d'un nouveau procès.

66 Sections 686(1)(*a*)(iii) and 686(2)(*b*) provide a court of appeal with the jurisdiction to order a new trial. The submission that s. 686(1)(*d*) is an all-encompassing stand-alone section regarding the court of appeal's jurisdiction governing an appeal from a conviction with respect to an issue of NCRMD is not persuasive. The reference to the issue of NCRMD in the opening passage of s. 686(1) must allow a court of appeal to order a new trial to prevent a miscarriage of justice flowing

Le sous-alinéa 686(1)*a*)(iii) et l'al. 686(2)*b*) habilitent une cour d'appel à ordonner la tenue d'un nouveau procès. L'argument voulant que l'al. 686(1)*d*) constitue une disposition exhaustive indépendante concernant la compétence de la cour d'appel relativement à une question de NRCTM, dans le cadre d'un appel d'une déclaration de culpabilité, n'est pas convaincant. La mention de la NRCTM au début du par. 686(1) doit permettre à une cour d'appel d'ordonner un nouveau procès

from a failure to raise the issue of NCRMD at the trial.

Paragraphs (*a*), (*b*), (*c*) and (*d*) of s. 686(1) all begin with the permissive word "may" clearly indicating that Parliament was conferring permissive powers on the courts of appeal in this regard. The permissive nature of these paragraphs allows a court of appeal the flexibility to act in the interests of justice as fully discussed in *Buxbaum.*

This conclusion is buttressed by the comments of Lamer J. in *Mailloux* at pp. 1037-38 where a similar issue with respect to the interplay between ss. 613(1)(*a*) and 613(1)(*d*), the predecessor sections to ss. 686(1)(*a*) and 686(1)(*d*), is discussed. Allowing s. 686(1)(*a*) to operate in conjunction with s. 686(1)(*d*) does not render s. 686(1)(*d*) redundant. Without s. 686(1)(*d*) a court of appeal would not be able to substitute a verdict of NCRMD as ss. 686(1)(*a*) and 686(2) alone do not provide for this remedy.

Issue 4

While I agree with the decision of the British Columbia Court of Appeal to order a new trial I respectfully disagree with their decision to limit the trial to the issue of NCRMD. The appellant submitted that the Court of Appeal is empowered to limit a new trial pursuant to s. 686(8).

686. . . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

The appellant submitted that the setting aside or quashing of a conviction does not necessarily result in a full presumption of innocence for the accused on re-trial unless the factual finding of guilt is set aside. According to the appellant this proposition is particularly so when dealing with the defence of mental disorder as that defence is

afin d'éviter une erreur judiciaire découlant de l'omission de soulever la question de la NRCTM lors du procès.

Les alinéas 686(1)*a*), *b*), *c*) et *d*) commencent tous par le mot «peut» qui exprime une faculté, ce qui indique clairement que le législateur conférait des pouvoirs facultatifs aux cours d'appel à cet égard. La nature facultative de ces alinéas donne aux cours d'appel la souplesse nécessaire pour agir dans l'intérêt de la justice, comme en traite pleinement l'arrêt *Buxbaum.* 67

Cette conclusion est étayée par les observations formulées par le juge Lamer aux pp. 1037 et 1038 de l'arrêt *Mailloux,* où on analyse une question semblable concernant l'interaction des al. 613(1)*a*) et 613(1)*d*), remplacés par les al. 686(1)*a*) et 686(1)*d*). Le fait de permettre à l'al. 686(1)*a*) de s'appliquer conjointement avec l'al. 686(1)*d*) ne rend pas l'al. 686(1)*d*) superflu. En l'absence de l'al. 686(1)*d*), une cour d'appel serait incapable de substituer un verdict de NRCTM, vu qu'à eux seuls l'al. 686(1)*a*) et le par. 686(2) ne prévoient pas ce redressement. 68

Quatrième question

Bien que je sois d'accord avec la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, en toute déférence, je ne souscris pas à sa décision de limiter ce procès à la question de la NRCTM. L'appelante a soutenu que la Cour d'appel a le pouvoir de limiter la portée d'un nouveau procès conformément au par. 686(8): 69

686. . . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

L'appelante a soutenu que, lorsqu'une déclaration de culpabilité est écartée ou annulée, l'accusé ne bénéficie pas nécessairement d'une présomption complète d'innocence lors du nouveau procès, à moins que la conclusion factuelle de culpabilité soit annulée. Selon l'appelante, cela est particulièrement vrai lorsqu'il est question du moyen de

usually raised after a finding of guilt has been made, but before a conviction has been entered. This is in contrast to most other defences that are raised prior to a finding of guilt.

70 The respondent countered by raising concerns related to the respondent's right to a fair trial and presumption of innocence as guaranteed by ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent disagreed with Doherty J.A.'s interpretation of ss. 686(8) and 686(2) in *R. v. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39 (Ont. C.A.). While s. 686(8) overlaps with s. 686(2) the respondent submitted that s. 686(2) is a specific provision and the general provision of s. 686(8) cannot derogate from it. It is a rudimentary principle of statutory interpretation that general words do not derogate from special provisions.

71 The principles enunciated by the Chief Justice, for the majority, in *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535 (being released concurrently with these reasons), are helpful in resolving the case on appeal. Thomas was charged with the second degree murder of his common law spouse and pleaded the defence of intoxication in an effort to vitiate the specific intent element required for second degree murder and raise the option of manslaughter. The British Columbia Court of Appeal ordered a new trial restricted only to whether Thomas was guilty of second degree murder or the lesser included offence of manslaughter.

72 As determined in *Thomas*, orders issued pursuant to s. 686(8) are ancillary in nature and cannot be inconsistent or at direct variance with a court of appeal's disposition under s. 686(2). When a new trial is ordered pursuant to s. 686(2) a court of appeal's ability to make an ancillary order pursuant to s. 686(8) is caveated by the condition that justice requires that order. In *Thomas*, the Chief Justice held that when a court of appeal quashes a

défense des troubles mentaux étant donné que ce moyen de défense est habituellement soulevé à la suite d'une conclusion de culpabilité, mais avant l'inscription d'une déclaration de culpabilité. Cela contraste avec la plupart des autres moyens de défense qui sont invoqués avant une conclusion de culpabilité.

L'intimé a répliqué en exprimant des craintes quant à son droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence garantis par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a rejeté l'interprétation que le juge Doherty a donnée aux par. 686(8) et 686(2) dans l'arrêt *R. c. Wade* (1994), 89 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Ont.). Bien qu'il existe un chevauchement entre les par. 686(8) et 686(2), l'intimé fait valoir que le par. 686(2) est une disposition particulière et que la disposition générale du par. 686(8) ne saurait y déroger. Un principe rudimentaire d'interprétation législative veut que des termes généraux ne dérogent pas à des dispositions particulières.

Les principes énoncés par le Juge en chef, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535 (déposé en même temps que les présents motifs), sont utiles pour régler le présent pourvoi. Thomas était accusé du meurtre au deuxième degré de sa conjointe de fait et il a invoqué le moyen de défense de l'intoxication pour contester l'existence de l'élément d'intention spécifique nécessaire pour qu'il y ait meurtre au deuxième degré, et pour soulever la possibilité d'un homicide involontaire coupable. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si Thomas était coupable de meurtre au deuxième degré ou de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable.

Comme l'établit l'arrêt *Thomas*, les ordonnances rendues conformément au par. 686(8) sont de nature accessoire et ne peuvent être inconciliables ou directement incompatibles avec une décision de la cour d'appel fondée sur le par. 686(2). Lorsque la cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès conformément au par. 686(2), sa capacité de rendre une ordonnance accessoire en vertu du par. 686(8) est subordonnée à la condition que la

trial by jury conviction on the basis that a miscarriage of justice has occurred and orders a new trial, it must order a full new trial. Section 686(8) does not in such circumstances provide the authority to order a limited new trial.

In following the principles of *Thomas*, the British Columbia Court of Appeal did not have the jurisdiction to limit the scope of the new trial to which the accused was entitled. The Court of Appeal quashed the accused's conviction but restricted his new trial to the issue of NCRMD. This order restricted the outcome of the respondent's trial to two possible verdicts, not guilty by reason of NCRMD or guilty. The presumption of innocence is integral to ensuring a fair trial which is the mission of our criminal justice system. The principle of a fair trial is obviously offended by a trial that precludes a verdict of not guilty.

A limited trial which restricts the accused's right to control his defence, offends a fundamental principle of justice and is an untenable result. The accused must be able to put forward whatever defence he has. In the circumstances of this case the respondent should be granted that opportunity. An accused is able to raise the defence of NCRMD at any time during his or her trial or wait to raise the defence once the trier of fact has made a determination of guilt. *Swain* also contemplated that if evidence led with respect to a mental disorder was not sufficient to convince the trier of fact that the accused was NCRMD, such evidence could be considered on the issue of whether the accused had the requisite *mens rea.* In this light, it is evident that an accused's ability to make full answer and defence could be significantly prejudiced in his defence by restricting his trial to the issue of NCRMD. In this respect, the issue of NCRMD is different from the issue of entrapment and, as the reasons in *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620

justice l'exige. Dans l'arrêt *Thomas*, le Juge en chef a statué que la cour d'appel qui annule, pour cause d'erreur judiciaire, une déclaration de culpabilité prononcée à la suite d'un procès devant jury, et qui ordonne un nouveau procès, doit ordonner de recommencer le procès au complet. En pareil cas, le par. 686(8) ne donne pas le pouvoir d'ordonner un nouveau procès de portée limitée.

Selon les principes de l'arrêt *Thomas*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour limiter la portée du nouveau procès auquel l'accusé avait droit. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé, mais elle a limité son nouveau procès à la question de la NRCTM. Cette ordonnance limitait l'issue du procès de l'intimé à deux verdicts possibles: il pourrait être déclaré soit coupable, soit non coupable pour cause de NRCTM. La présomption d'innocence est essentielle pour assurer la tenue d'un procès équitable, qui est la mission de notre système de justice criminelle. La tenue d'un procès qui ne peut pas mener à un verdict d'acquittement porte manifestement atteinte au principe du procès équitable. 73

Un procès de portée limitée qui restreint le droit de l'accusé de contrôler sa défense porte atteinte à un principe de justice fondamentale et ce résultat est insoutenable. L'accusé doit être en mesure de faire valoir tous ses moyens de défense. Dans les circonstances de la présente affaire, l'intimé doit avoir cette possibilité. Un accusé peut invoquer le moyen de défense de la NRCTM n'importe quand pendant son procès ou attendre que le juge des faits ait conclu à sa culpabilité pour le faire. L'arrêt *Swain* prévoyait également que, si la preuve produite relativement à des troubles mentaux n'était pas suffisante pour convaincre le juge des faits que l'accusé était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, cette preuve pouvait être prise en compte pour décider si l'accusé avait la *mens rea* requise. Cela étant, il est évident que la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière pourrait être grandement compromise si son procès était limité à la question de la NRCTM. À cet égard, la question de la NRCTM diffère de celle de la provocation policière et, 74

(released at the same time as these reasons), indicate, the latter allows a distinct approach.

75 The appellant (Crown) in their supplementary factum raised the issue of whether an appellant can leave this Court with less than obtained in the Court of Appeal: *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, at p. 466, and *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356, at p. 364. The respondent did not file a cross appeal with respect to the issue of the limited trial and therefore if the appellant (Crown) had not appealed to this Court the new trial would still be limited to the issue of NCRMD. Two difficulties arise from this proposition. *Barnes* and *Guillemette* both dealt with the position of an accused person as opposed to that of the Crown. In addition, the issue of whether to order a new trial or a limited trial is an issue of jurisdiction and accordingly one that this Court can raise on its own. Given our finding that the Court of Appeal did not have jurisdiction to order a limited trial, this Court is left with no option but to order a new trial. Section 695(1) of the *Criminal Code* states:

695. (1) The Supreme Court of Canada may, on an appeal under this Part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment.

VI. Disposition

76 The appeal is dismissed and a full new trial is ordered.

Appeal dismissed and a full new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting in part and* LAMER C.J. *and* BASTARACHE J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

comme l'indiquent les motifs de l'arrêt *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620 (déposés en même temps que les présents motifs), la dernière question permet de procéder autrement.

L'appelante (le ministère public) a soulevé, dans son mémoire supplémentaire, la question de savoir si un appelant peut quitter notre Cour avec moins que ce qu'il a obtenu en cour d'appel: *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, à la p. 466, et *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356, à la p. 364. L'intimé n'a pas déposé de pourvoi incident concernant la question de la portée limitée du procès et, en conséquence, si l'appelante (le ministère public) n'avait pas interjeté appel devant notre Cour, le nouveau procès serait encore limité à la question de la NRCTM. Cette proposition pose deux difficultés. Les arrêts *Barnes* et *Guillemette* portaient tous les deux sur la situation d'un accusé, par opposition à celle du ministère public. De plus, la question de savoir s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'un procès de portée limitée est une question de compétence, de sorte que notre Cour peut la soulever de son propre chef. Compte tenu de notre conclusion que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour ordonner un procès de portée limitée, nous n'avons d'autre choix que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le paragraphe 695(1) du *Code criminel* prévoit:

695. (1) La Cour suprême du Canada peut, sur un appel aux termes de la présente partie, rendre toute ordonnance que la cour d'appel aurait pu rendre et peut établir toute règle ou rendre toute ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement.

VI. Dispositif

Le pourvoi est rejeté et un nouveau procès complet est ordonné.

Pourvoi rejeté et nouveau procès complet ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *et* MCLACHLIN *sont dissidents en partie et le juge en chef* LAMER *et le juge* BASTARACHE *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Azevedo & Peeling, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Azevedo & Peeling, Vancouver.

Edwin Pearson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PEARSON

File No.: 24107.

Hearing and judgment: December 9, 1998.

Reasons delivered: December 17, 1998.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Powers of courts of appeal — Accused convicted of trafficking in narcotics following jury trial — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of entrapment — Whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

The accused was convicted by a jury of trafficking in narcotics. At his trial, his motion for a stay of proceedings based on entrapment was dismissed after a hearing on the issue. The Court of Appeal allowed the accused's appeal in part and ordered a new trial limited to the issue of entrapment on the basis that the Crown had failed to disclose information which could have been relevant to that issue. The accused appealed to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: Entrapment is completely separate from the issue of guilt or innocence. It is concerned with the conduct of the police and the Crown and is dealt with at a separate proceeding from the trial on the merits. Once the accused is found guilty of the offence, the accused alone bears the burden of establishing that the conduct of the Crown and/or the police amounted to an abuse of process deserving of a stay of proceedings. Since entrapment is not related to the

Edwin Pearson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* PEARSON

N° du greffe: 24107.

Audition et jugement: 9 décembre 1998.

Motifs déposés: 17 décembre 1998.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appel — Pouvoirs des cours d'appel — Accusé reconnu coupable de trafic de stupéfiants à la suite d'un procès devant jury — Cour d'appel ordonnant un nouveau procès limité à la question de la provocation policière — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

L'accusé a été reconnu coupable de trafic de stupéfiants par un jury. Lors de son procès, sa requête en arrêt des procédures fondée sur la provocation policière a été rejetée après une audience sur la question. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel de l'accusé et ordonné un nouveau procès limité à la question de la provocation policière, pour le motif que le ministère public avait omis de divulguer des renseignements qui auraient pu être pertinents relativement à cette question. L'accusé se pourvoit devant notre Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: La question de la provocation policière est tout à fait distincte de celle de la culpabilité ou de l'innocence. Elle se rapporte au comportement de la police et du ministère public et est examinée dans le cadre d'une procédure distincte du procès sur le fond. Une fois que l'accusé est déclaré coupable de l'infraction, il lui incombe à lui seul de démontrer que le comportement du ministère public ou de la police, ou des deux à la fois, équivalait à un abus de procédure

innocence of the accused but to the faulty conduct of the state, it does not bring into play the presumption of innocence. Under s. 686(8) of the *Criminal Code*, a court of appeal has the power to make an ancillary order limiting the scope of a new trial under s. 686(2) when "justice requires" such an order. In light of the unique nature of an entrapment proceeding after a verdict of guilty, s. 686(8) provides broad enough statutory authority on which to rest the direction by an appeal court of an entrapment proceeding. A new trial limited to the issue of entrapment cannot be said to be at direct variance with a court of appeal's judgment. Similarly, an order limiting a new trial to the issue of entrapment does not contravene the principle that a "new trial" under s. 686 means a full new trial since entrapment allegations lead to a two-stage trial in which the two stages are autonomous. The result of an order limiting a new trial to entrapment is thus an order for a full hearing on that issue. Consequently, a court of appeal finding errors in the trial judge's ruling on entrapment has jurisdiction to limit a new trial to that sole issue. While in most successful appeals against conviction, the court of appeal which quashes the conviction will also overturn the finding of guilt, the latter is not a legally necessary consequence of the former. Under s. 686(8), the court of appeal retains the jurisdiction to make an "additional order" to the effect that, although the formal order of conviction is quashed, the verdict of guilt is affirmed, and the new trial is to be limited to the post-verdict entrapment motion.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: For the reasons given by the minority in *Thomas* and *Warsing*, the Court of Appeal had jurisdiction to order a limited new trial on the issue of entrapment under ss. 686(2) and 686(8) of the *Criminal Code*. A new trial limited to the question of entrapment is consistent on the facts of this case with what "justice requires".

justifiant un arrêt des procédures. Vu que la provocation policière a trait non pas à l'innocence de l'accusé mais au comportement fautif de l'État, elle ne met pas en question la présomption d'innocence. Selon le par. 686(8) du *Code criminel*, une cour d'appel a le pouvoir de rendre une ordonnance accessoire limitant la portée d'un nouveau procès fondé sur le par. 686(2), lorsque la «justice [l']exige». Compte tenu de la nature exceptionnelle d'une procédure en matière de provocation policière engagée après un verdict de culpabilité, le par. 686(8) accorde un pouvoir suffisamment large pour qu'une cour d'appel puisse ordonner une telle procédure. On ne peut pas dire qu'un nouveau procès limité à la question de la provocation policière est directement incompatible avec le jugement d'une cour d'appel. De même, une ordonnance limitant un nouveau procès à la question de la provocation policière ne va pas à l'encontre du principe qu'un «nouveau procès» fondé sur l'art. 686 signifie un nouveau procès complet, étant donné que les allégations de provocation policière mènent à un procès en deux étapes, dont chacune est autonome. Une ordonnance limitant un nouveau procès à la question de la provocation policière équivaut donc à une ordonnance visant la tenue d'une audience complète sur cette question. Par conséquent, une cour d'appel qui conclut que le juge du procès a commis des erreurs dans sa décision sur la question de la provocation policière a compétence pour limiter un nouveau procès à cette seule question. Bien que, dans la plupart des cas où l'appel d'une condamnation est accueilli, la cour d'appel qui annule la condamnation annule également la déclaration de culpabilité, cette deuxième annulation n'est pas une conséquence légalement nécessaire de la première. Selon le par. 686(8), la cour d'appel conserve la compétence pour rendre une «ordonnance additionnelle» voulant que, même si l'ordonnance formelle de condamnation est annulée, le verdict de culpabilité soit confirmé, et le nouveau procès doit se limiter à la requête en matière de provocation policière déposée après le verdict.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Pour les raisons exposées par les juges dissidents dans les arrêts *Thomas* et *Warsing*, la Cour d'appel avait compétence pour ordonner un nouveau procès limité à la question de la provocation policière en vertu des par. 686(2) et 686(8) du *Code criminel*. Un nouveau procès limité à la question de la provocation policière est compatible, considérant les faits, avec ce que la «justice exige».

Cases Cited

By Lamer C.J. and Major J.

Distinguished: *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; **referred to:** *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, aff'd [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (2), (4) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145], (8).
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4(3).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1994), 89 C.C.C. (3d) 535, 60 Q.A.C. 103, [1994] Q.J. No. 66 (QL), allowing in part the accused's appeal and ordering a new trial limited to the issue of entrapment. Appeal dismissed.

Gérald Danis, for the appellant.

Bernard Laprade and *Caroline Alarie*, for the respondent.

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

1 THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. — This appeal raises a similar issue to that which this Court was asked to consider in *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, and *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, released with this judgment: does a court of appeal have jurisdiction, by virtue of its power to make additional orders under s. 686(8) of the *Criminal*

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Major

Distinction d'avec les arrêts: *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; **arrêts mentionnés:** *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, conf. par [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 145; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (2), (4) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 145], (8).
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1994), 89 C.C.C. (3d) 535, 60 Q.A.C. 103, [1994] A.Q. nº 66 (QL), qui a accueilli en partie l'appel de l'accusé et ordonné un nouveau procès limité à la question de la provocation policière. Pourvoi rejeté.

Gérald Danis, pour l'appelant.

Bernard Laprade et *Caroline Alarie*, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève une question semblable à celle dont notre Cour a été saisie dans les arrêts *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, et *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, rendus simultanément, à savoir, une cour d'appel a-t-elle compétence, dans le cadre de son pouvoir de rendre des ordonnances

Code, R.S.C., 1985, c. C-46, to order a new trial limited to a specific issue? The appellant, Mr. Pearson, is challenging a decision of the Quebec Court of Appeal to allow his appeal in part and order a new trial limited to the issue of entrapment: (1994), 89 C.C.C. (3d) 535. It is contended, amongst other things, that the Court of Appeal did not have the power to issue such an order.

additionnelles en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour ordonner la tenue d'un nouveau procès limité à une question précise? L'appelant, M. Pearson, conteste une décision de la Cour d'appel du Québec d'accueillir son appel en partie et d'ordonner un nouveau procès limité à la question de la provocation policière: (1994), 89 C.C.C. (3d) 535. Il soutient notamment que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de rendre cette ordonnance.

The appellant was convicted by a jury of four counts of trafficking in narcotics contrary to s. 4(3) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. During the course of the trial, the appellant brought a motion for a stay of proceedings based on entrapment. This motion was dismissed by the trial judge after a hearing on the issue.

2 L'appelant a été reconnu coupable par un jury relativement à quatre chefs d'accusation de trafic de stupéfiants, en contravention du par. 4(3) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Pendant le procès, l'appelant a déposé une requête en arrêt des procédures fondée sur la provocation policière. Après une audience sur la question, le juge du procès a rejeté cette requête.

On appeal to the Quebec Court of Appeal, the appellant raised 26 grounds to overturn his conviction. Fish J.A., for the court, allowed the appeal in part, ordering a new trial limited to the issue of entrapment, on the basis that the Crown had failed to disclose information (a police informant's notes) which could have been relevant to the appellant's case on entrapment. Fish J.A. considered this information to be relevant only to the issue of entrapment, ruling that it had no bearing on the accused's liability on the charges as such. A second trial was held before Boilard J. of the Superior Court. Once again, the appellant's motion for a stay of proceedings based on entrapment was dismissed. Pearson appealed that judgment to the Court of Appeal. That appeal is still pending.

3 En appel devant la Cour d'appel du Québec, l'appelant a exposé 26 moyens pour annuler sa déclaration de culpabilité. Le juge Fish, au nom de la cour, a accueilli l'appel en partie et ordonné un nouveau procès limité à la question de la provocation policière, pour le motif que le ministère public avait omis de divulguer des renseignements (les notes d'un indicateur de police) qui auraient pu être utiles à la preuve de l'appelant en matière de provocation policière. Le juge Fish a estimé que ces renseignements n'étaient pertinents que pour la question de la provocation policière, statuant qu'ils n'avaient aucune incidence sur la responsabilité de l'accusé relativement aux accusations portées contre lui. Un second procès a eu lieu devant le juge Boilard de la Cour supérieure. Là encore, la requête de l'appelant en arrêt des procédures, fondée sur la provocation policière, a été rejetée. Pearson a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel. Cet appel est toujours en instance.

The Legislation

The relevant portions of s. 686 of the *Criminal Code* state:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to

Les dispositions législatives

4 Les dispositions pertinentes de l'art. 686 du *Code criminel* se lisent ainsi:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir

stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(*b*) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (*a*),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (*a*)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

(*c*) may refuse to allow the appeal where it is of the opinion that the trial court arrived at a wrong conclusion respecting the effect of a special verdict, may order the conclusion to be recorded that appears to the court to be required by the verdict and may pass a sentence that is warranted in law in substitution for the sentence passed by the trial court; or

(*d*) may set aside a conviction and find the appellant unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder and may exercise any of the powers of the trial court conferred by or referred to in section 672.45 in any manner deemed appropriate to the court of appeal in the circumstances.

son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(i) elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa *a*),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa *a*)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

c) peut refuser d'admettre l'appel lorsqu'elle est d'avis que le tribunal de première instance en est venu à une conclusion erronée quant à l'effet d'un verdict spécial, et elle peut ordonner l'inscription de la conclusion que lui semble exiger le verdict et prononcer, en remplacement de la sentence rendue par le tribunal de première instance, une sentence justifiée en droit;

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'article 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de la façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(*b*) order a new trial.

. . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(*a*) dismiss the appeal; or

(*b*) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

(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) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

. . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

. . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

Power of a Court of Appeal to Order a New Trial Limited to the Issue of Entrapment

In *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, this Court recognized entrapment as an issue that could in the proper circumstances be raised by an accused following a finding of guilt to stay the proceedings against him prior to the entering of a formal order of conviction.

Entrapment is a unique area of the criminal law. In our view, it has been somewhat inappropriately referred to as an affirmative defence. In our opinion, that misdescribes it.

It is, in fact, completely separate from the issue of guilt or innocence as is reflected by the fact that it is dealt with at a separate proceeding from the

Le pouvoir d'une cour d'appel d'ordonner un nouveau procès limité à la question de la provocation policière

Dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, notre Cour a reconnu qu'un accusé pouvait, dans les circonstances appropriées, soulever la question de la provocation policière en vue de faire arrêter les procédures engagées contre lui, à la suite d'une déclaration de culpabilité, mais avant l'inscription d'une ordonnance formelle de condamnation. 5

La provocation policière est un élément unique du droit criminel. Elle a été qualifiée de défense affirmative, ce qui, à notre avis, est plutôt inapproprié. Nous croyons que cette qualification décrit mal ce qu'est la provocation policière. 6

Comme l'a indiqué l'arrêt *Mack* et comme on le fait en l'espèce, la provocation policière est examinée dans le cadre d'une procédure distincte du 7

trial on the merits, as directed by *Mack* and implemented in this appeal.

8 A claim of entrapment is in reality a motion for a stay of proceedings based on the accused's allegation of an abuse of process. It does not rely on the underlying charge and does not affect the admissibility of any evidence which might influence the jury on the merits.

9 In particular, unlike a claim of not criminally responsible on account of mental disorder which was the issue raised in *Warsing*, entrapment does not go to or involve *mens rea* or "criminal responsibility" in any way.

10 That entrapment is not a conventional avenue of defence is clear from the circumstances under which it is raised. It arises after a fair trial has found the accused guilty.

11 Entrapment concerns the conduct of the police and the Crown. The question to be answered is not whether the accused is guilty, but whether his guilt was uncovered in a manner that shocks the conscience and offends the principle of decency and fair play.

12 One of the most important distinguishing features of entrapment is that it does not bring into play the presumption of innocence. Unlike other defence protections, entrapment is not related to the innocence of the accused but to the faulty conduct of the state. Once the accused is found guilty of the offence, the accused alone bears the burden of establishing that the conduct of the Crown and/or the police amounted to an abuse of process deserving of a stay of proceedings, a standard this Court has held will arise only in the clearest of cases: see *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Given that concerns about protecting the presumption of innocence do not arise in the case

procès sur le fond, ce qui démontre qu'elle est, en réalité, tout à fait distincte de la question de la culpabilité ou de l'innocence.

Plaider la provocation policière équivaut en réalité pour l'accusé à demander un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure. Cette démarche ne se fonde pas sur le chef d'accusation sous-jacent et n'a aucune incidence sur l'admissibilité des éléments de preuve susceptibles d'influencer le jury sur le fond.

En particulier, contrairement au plaidoyer de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux qui était la question soulevée dans l'arrêt *Warsing*, la provocation policière ne fait d'aucune façon intervenir la *mens rea* ou la «responsabilité criminelle».

Les circonstances dans lesquelles la question de la provocation policière est soulevée montrent bien qu'il ne s'agit pas d'un moyen de défense classique. Ce moyen est invoqué après que l'accusé ait été déclaré coupable à la suite d'un procès équitable.

La provocation policière se rapporte au comportement de la police et du ministère public. Il s'agit de déterminer non pas si l'accusé est coupable, mais si sa culpabilité a été découverte d'une manière qui choque la conscience et va à l'encontre du principe de la décence et du franc-jeu.

Le fait que la question de la provocation policière ne met pas en question la présomption d'innocence en constitue l'un des traits distinctifs les plus importants. Contrairement aux autres moyens de défense, la provocation policière a trait non pas à l'innocence de l'accusé, mais au comportement fautif de l'État. Une fois que l'accusé est déclaré coupable de l'infraction, il lui incombe à lui seul de démontrer que le comportement du ministère public ou de la police, ou des deux à la fois, équivalait à un abus de procédure justifiant un arrêt des procédures, une norme qui, selon notre Cour, ne s'applique que dans les cas les plus clairs: voir *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

of entrapment, this case is quite unlike the situation in *Thomas*.

Comme des préoccupations relatives au maintien de la présomption d'innocence ne se posent pas dans le cas de la provocation policière, la présente affaire est complètement différente de la situation dans l'arrêt *Thomas*.

In such circumstances, it is unnecessary and wasteful to reopen the issue of the appellant's guilt or innocence on the substantive charges in a new trial. Such a result is not mandated by any fundamental right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under s. 686(8) of the *Criminal Code* of Canada, a court of appeal has the power to make an ancillary order limiting the scope of a new trial under s. 686(2) when "justice requires" that order. In our view, given the unique nature of an entrapment proceeding after a verdict of guilty, s. 686(8) provides broad enough statutory authority on which to rest the direction by an appeal court of an entrapment proceeding.

13 Dans ces circonstances, il est inutile et superflu de rouvrir dans un nouveau procès la question de la culpabilité ou de l'innocence de l'appelant relativement aux accusations de fond. Aucun droit fondamental garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* ne commande un tel résultat. Selon le par. 686(8) du *Code criminel* du Canada, une cour d'appel a le pouvoir de rendre une ordonnance accessoire limitant la portée d'un nouveau procès fondé sur le par. 686(2), lorsque la «justice [l']exige». À notre avis, compte tenu de la nature exceptionnelle d'une procédure en matière de provocation policière engagée après un verdict de culpabilité, le par. 686(8) accorde un pouvoir suffisamment large pour qu'une cour d'appel puisse ordonner une telle procédure.

In both *Thomas* and in *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, it was specifically stated that a court of appeal does not have the power to make an additional order which is at direct variance with the court's underlying judgment. Given the fact that the entrapment hearing has no bearing on the accused's guilt or innocence, and given that no error has been found in the finding of guilt, a new trial limited to the issue of entrapment cannot be said to be at direct variance with a court of appeal's judgment.

14 Tant dans *Thomas* que dans *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, il a été précisé qu'une cour d'appel n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance additionnelle directement incompatible avec son jugement sous-jacent. Comme l'audience sur la provocation policière n'a aucune incidence sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et comme la déclaration de culpabilité n'a pas été jugée erronée, on ne peut pas dire qu'un nouveau procès limité à la question de la provocation policière est directement incompatible avec le jugement d'une cour d'appel.

Similarly, given the nature of an entrapment hearing, the assertion made in *Thomas* that a "new trial" under s. 686 means a full new trial is not contravened. Entrapment allegations lead to a two-stage trial, in which the two stages are autonomous. Thus, the result of an order limiting a new trial to entrapment is an order for a full hearing on that issue. It could not possibly revive the issue of the accused's guilt, an issue which has been

15 De même, étant donné la nature d'une audience sur la provocation policière, l'affirmation, dans *Thomas*, qu'un «nouveau procès» fondé sur l'art. 686 signifie un nouveau procès complet n'est pas contredite. Les allégations de provocation policière mènent à un procès en deux étapes, dont chacune est autonome. Une ordonnance limitant un nouveau procès à la question de la provocation policière équivaut donc à une ordonnance visant la tenue d'une audience complète sur cette question. Elle ne pourrait pas relancer la question de la cul-

conclusively decided in the first stage of the proceedings and which was not successfully attacked.

16 A court of appeal which orders a new trial limited to the issue of entrapment exercises its statutory jurisdiction under s. 686 of the *Criminal Code* in the following manner: where an accused successfully impugns the finding of no entrapment at his or her first entrapment hearing, the court of appeal "allows an appeal against conviction", in accordance with the wording of s. 686(1). Then, pursuant to s. 686(2), the court of appeal "quashes the conviction" and "orders a new trial". However, the quashing of the formal order of conviction does not, without more, entail the quashing of the underlying verdict of guilt. In most successful appeals against conviction, the court of appeal which quashes the conviction will also overturn the finding of guilt; however, the latter is not a legally necessary consequence of the former. Under s. 686(8), the court of appeal retains the jurisdiction to make an "additional order" to the effect that, although the formal order of conviction is quashed, the verdict of guilt is affirmed, and the new trial is to be limited to the post-verdict entrapment motion.

17 Consequently, a court of appeal finding errors in the trial judge's ruling on entrapment has jurisdiction to limit a new trial to this sole issue. It should be stated that the reverse is not true, as the new trial ordered on the accused's guilt or innocence will almost always have a direct effect on the entrapment hearing. It would not be advisable for a court of appeal to restrict a new trial to exclude the advancement of entrapment.

18 The reasoning adopted here is similar to that adopted by Sopinka J. (dissenting) in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1019. He stated:

pabilité de l'accusé, qui a été tranchée de façon déterminante à la première étape des procédures et qui n'a pas été contestée avec succès.

Une cour d'appel qui ordonne un nouveau procès limité à la question de la provocation policière exerce la compétence que lui accorde l'art. 686 du *Code criminel* de la façon suivante: lorsqu'un accusé conteste avec succès la conclusion d'absence de provocation policière à la première audience en matière de provocation policière, la cour d'appel «admet un appel d'une déclaration de culpabilité» au sens du par. 686(1). Ensuite, conformément au par. 686(2), la cour d'appel «annule la condamnation» et «ordonne un nouveau procès». Cependant, l'annulation de l'ordonnance formelle de condamnation n'entraîne pas, sans plus, l'annulation du verdict de culpabilité sous-jacent. Dans la plupart des cas où l'appel d'une condamnation est accueilli, la cour d'appel qui annule la condamnation annule également la déclaration de culpabilité; toutefois, cette deuxième annulation n'est pas une conséquence légalement nécessaire de la première. Selon le par. 686(8), la cour d'appel conserve la compétence pour rendre une «ordonnance additionnelle» voulant que, même si l'ordonnance formelle de condamnation est annulée, le verdict de culpabilité soit confirmé, et le nouveau procès doit se limiter à la requête en matière de provocation policière déposée après le verdict.

Par conséquent, une cour d'appel qui conclut que le juge du procès a commis des erreurs dans sa décision sur la question de la provocation policière a compétence pour limiter un nouveau procès à cette seule question. Il y a lieu de signaler que l'inverse n'est pas vrai étant donné que le nouveau procès sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé a presque toujours un effet direct sur l'audience en matière de provocation policière. Il ne serait pas souhaitable qu'une cour d'appel limite un nouveau procès de façon à exclure l'argument de la provocation policière.

Le raisonnement suivi en l'espèce est semblable à celui que le juge Sopinka (dissident) a adopté dans *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, à la p. 1019:

Notwithstanding error on the part of the trial judge, it does not follow that there need be a new trial. In view of the procedure required by *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, the substantive verdict of guilty rendered by the trial judge need not be disturbed, since the evidence relevant to a *Mack* application is not relevant to culpability: *Mack*, *supra*, at pp. 965, 972 and 975. In order to rectify the error and restore the appellant's opportunity to make full answer and defence, it is only necessary to vacate the formal conviction and remit the matter to the trial judge for an evidentiary hearing on the issue of entrapment.

Nonobstant l'erreur du juge du procès, il n'est pas nécessaire de tenir un nouveau procès. Compte tenu de la procédure imposée par l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, il n'est pas nécessaire de modifier le verdict de culpabilité prononcé par le juge du procès puisque la preuve relative à une demande selon l'arrêt *Mack* ne porte pas sur la culpabilité: *Mack*, précité, aux pp. 965, 972 et 975. Pour corriger l'erreur et redonner à l'appelant la possibilité de présenter une défense pleine et entière, il suffit d'écarter la déclaration de culpabilité et de renvoyer la question au juge du procès pour que la preuve relative à la question de la provocation policière soit entendue.

In the same case, McLachlin J. (also dissenting) indicated she would also have directed a new hearing on the issue of entrapment had she not been convinced that the Crown's conduct constituted an abuse of process which could not be rectified by a new trial.

19 Dans la même affaire, le juge McLachlin (également dissidente) a indiqué qu'elle aurait également ordonné un nouveau procès sur la question de la provocation policière si elle n'avait pas été convaincue que le comportement du ministère public constituait un abus de procédure qui ne pouvait être corrigé par un nouveau procès.

Similar orders were also issued by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; additional unreported reasons delivered November 1, 1990 (Victoria Registry V00270), and *R. v. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, affirmed [1991] 1 S.C.R. 449, and by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289.

20 Des ordonnances semblables ont également été rendues par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Laverty* (1990), 80 C.R. (3d) 231; motifs additionnels non publiés rendus le 1er novembre 1990 (greffe de Victoria V00270), et *R. c. Barnes* (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, confirmé par [1991] 1 R.C.S. 449, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Maxwell* (1990), 61 C.C.C. (3d) 289.

It should also be mentioned that Parliament has not modified the process established in *Mack*, nor has Parliament provided appellate courts with specific powers to deal with the issue of entrapment. It is therefore open to the courts to rely on s. 686(8) to make orders on appeal dealing with that issue. Parliament retains the ability, if it wishes to do so, to amend the *Criminal Code* to enact otherwise.

21 Il y a également lieu de mentionner que le législateur n'a pas modifié le processus établi dans *Mack*, et n'a pas non plus accordé aux cours d'appel des pouvoirs spécifiques relativement à la question de la provocation policière. Il est donc loisible aux tribunaux de se fonder sur le par. 686(8) pour rendre des ordonnances concernant cette question dans le contexte d'un appel. Le législateur conserve la possibilité de modifier le *Code criminel* à ce sujet, s'il le souhaite.

The appellant also raised several other grounds of appeal before this Court. Most of these grounds relate to violations of his *Charter* rights or to the trial judge's instructions to the jury. Fish J.A.'s analysis of these issues is sound and we do not wish to add to it. The appellant also raised new grounds before us, submitting that the Court of

22 L'appelant a également invoqué plusieurs autres moyens d'appel devant notre Cour. La plupart de ces moyens concernent la violation des droits que lui garantit la *Charte* ou les directives du juge du procès au jury. L'analyse que le juge Fish a faite de la question est juste et nous ne souhaitons rien y ajouter. L'appelant a invoqué de nouveaux moyens

Appeal ought not to have considered new evidence presented by the Crown (the informant's notes referred to above). He also presented this Court with evidence discovered in the course of the second trial on entrapment, which is now pending on appeal before the Quebec Court of Appeal. This evidence mostly relates to the testimony of undercover RCMP officers that the appellant alleges are contradictory. These matters are more appropriately dealt with by the courts below and are irrelevant to our disposition. In any case, if new evidence is discovered that questions the validity of the convictions, the appellant may apply to have his case reopened on the basis of the new evidence.

devant nous, faisant valoir que la Cour d'appel n'aurait pas dû tenir compte de la nouvelle preuve présentée par le ministère public (les notes susmentionnées de l'indicateur). Il nous a aussi présenté des éléments de preuve découverts au cours du second procès sur la question de la provocation policière, qui est actuellement en instance devant la Cour d'appel du Québec. Cette preuve se rapporte surtout aux témoignages d'agents d'infiltration de la GRC qui, selon l'appelant, sont contradictoires. Ces questions n'ont rien à voir avec notre décision et doivent plutôt être examinées par les tribunaux d'instance inférieure. Quoi qu'il en soit, en cas de découverte d'une nouvelle preuve mettant en doute la validité des déclarations de culpabilité, l'appelant peut demander une réouverture de procès en raison de cette nouvelle preuve.

23 To conclude, the Court of Appeal's decision is upheld. It respects the verdict of the jury while acknowledging that the accused may have benefited from the full disclosure of relevant information at the entrapment stage of the hearing. In the result, the appeal is dismissed and the decision of the Court of Appeal confirming the verdict and ordering a new hearing on the issue of entrapment is confirmed.

En conclusion, la décision de la Cour d'appel est confirmée. Elle respecte le verdict du jury tout en reconnaissant que l'accusé aurait pu bénéficier de la divulgation complète de renseignements pertinents à l'étape de l'audience sur la provocation policière. Par conséquent, le pourvoi est rejeté et la décision de la Cour d'appel confirmant le verdict et ordonnant un nouveau procès sur la question de la provocation policière est confirmée.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

24 L'HEUREUX-DUBÉ J. — At the oral hearing, this appeal was dismissed, reasons to follow. I agree with the opinion of the Chief Justice and Justice Major concerning all arguments raised by the appellant, except for those relating to entrapment. I find, as they do, that they are without merit.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi a été rejeté lors de l'audience, motifs à suivre. Je partage l'opinion du Juge en chef et du juge Major en ce qui concerne les motifs d'appel soulevés par l'appelant, autres que celui relatif à la provocation policière. J'estime, comme eux, qu'ils sont sans fondement.

25 I would also reject the appellant's arguments relating to entrapment, for the reasons I expressed in *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, and *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, released concurrently. As I explained in those cases, it is clear that the Court of Appeal has the power to order a new trial limited to the question of entrapment under ss. 686(2) and 686(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. I also emphasized in

Je ne retiendrais pas non plus le motif concernant la provocation policière pour les raisons que j'ai exprimées dans les arrêts *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, et *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, rendus simultanément. Comme je l'ai énoncé dans ces arrêts, il est clair que la Cour d'appel possède le pouvoir d'ordonner un nouveau procès limité à la question de la provocation policière en vertu des par. 686(2) et 686(8) du *Code criminel*,

Warsing that there are many examples of this type of order in the jurisprudence (see para. 35).

I believe that the procedure established for the issues of entrapment and not criminally responsible by reason of mental disorder, which was in question in *Warsing*, are largely similar. In fact, under the procedure adopted by this Court in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, the issue of entrapment is considered by the trier of fact only after it is determined beyond a reasonable doubt that the accused committed the acts charged. It is, therefore, a two-step procedure, where the determination of the accused's guilt or innocence is distinct from the examination of the entrapment issue.

For the same reasons I articulated in *Thomas* and *Warsing*, I believe that a new trial limited to the question of entrapment is consistent on the facts of this case with what "justice requires" as specified in s. 686(8) of the *Criminal Code*. The undisclosed evidence, the notes of the police informant, is only relevant to the issue of entrapment, and does not change in any way the jury's conclusion that the accused committed the acts charged.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Bourgeois & Danis, Lorraine.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Ottawa.

L.R.C. (1985), ch. C-46. J'ai d'ailleurs souligné dans l'arrêt *Warsing* qu'il existe plusieurs exemples d'ordonnances de ce genre dans la jurisprudence (voir par. 35).

Je suis d'avis qu'il existe une grande similitude entre les procédures établies pour la question de la provocation policière et celle de la non-responsabilité pour causes de troubles mentaux qui faisait l'objet de l'arrêt *Warsing*. En effet, selon la procédure adoptée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, la question de la provocation policière n'est considérée par le juge des faits qu'une fois que celui-ci est satisfait hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis les actes reprochés. Il s'agit donc d'une procédure en deux étapes, où la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé est distincte de l'examen de la question de la provocation policière. 26

Pour les motifs que j'ai énoncés dans les arrêts *Thomas* et *Warsing*, je suis d'avis qu'un nouveau procès limité à la question de la provocation policière est compatible, considérant les faits, avec ce que la «justice exige», tel qu'indiqué au par. 686(8) du *Code criminel*. L'élément de preuve qui n'a pas été divulgué, à savoir les notes de l'indicateur de police, n'est pertinent que pour la question de la provocation policière et ne change en rien la conclusion du jury à l'effet que l'accusé a commis les actes reprochés. 27

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Bourgeois & Danis, Lorraine.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Ottawa.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Natural justice — Judicial inquiry — Municipality authorizing judicial inquiry concerning certain land transactions — Whether requirements of natural justice breached by procedure adopted at inquiry pre-hearing — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1).

CONSORTIUM DEVELOPMENTS (CLEARWATER) LTD. V. SARNIA (CITY), 3.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Division of powers — Judicial inquiry — Municipality authorizing judicial inquiry concerning certain land transactions — Whether judicial inquiry trenches on federal criminal law power — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

CONSORTIUM DEVELOPMENTS (CLEARWATER) LTD. V. SARNIA (CITY), 3.

2. Charter of Rights — Trial within reasonable time — Sentencing delay — Judicial illness — Sentencing delay primarily due to prolonged illness of trial judge — Whether right to be tried within reasonable time applies to sentencing — Principles applicable for proper characterization of delay related to judicial illness — Point at which delay in sentencing related to trial judge's illness violates right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. MACDOUGALL, 45.

R. V. GALLANT, 80.

3. Charter of Rights — Freedom of association — Egg marketing scheme — Egg producers in Northwest Territories unable to market eggs in interprovincial trade because egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in such trade — Whether scheme violating freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646 — Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 3, 4(1), 7(1)(d), (e) — Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986, SOR/86-8, ss. 4(1)(a), 5(2), 6, 7(1).

CANADIAN EGG MARKETING AGENCY V. RICHARDSON, 157.

4. Charter of Rights — Mobility rights — Right to pursue gaining of livelihood in any province — Egg marketing scheme —

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Egg producers in Northwest Territories unable to market eggs in interprovincial trade because egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in interprovincial or export trade of eggs — Whether scheme infringing right to pursue gaining of livelihood in any province — Whether scheme discriminating primarily on basis of residence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(2)(b), (3)(a) — Canadian Egg Marketing Agency Proclamation, C.R.C., c. 646 — Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242, ss. 3, 4(1), 7(1)(d), (e) — Canadian Egg Marketing Agency Quota Regulations, 1986, SOR/86-8, ss. 4(1)(a), 5(2), 6, 7(1).

CANADIAN EGG MARKETING AGENCY V. RICHARDSON, 157.

5. Charter of Rights — Right to fair trial — Right to full answer and defence — Defence required to address jury first if witness called and examined — Crown making implications not addressed by defence in address to jury — Trial judge not addressing issue in charge to jury — Whether provisions requiring order of address to jury contrary to Charter rights to fair trial and to make full answer and defence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 651(3), (4).

R. V. ROSE, 262.

6. Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Standard of proof to be applied to conclusions drawn from similar fact evidence — Whether application of civil standard would offend Charter principles of fundamental justice and right to be presumed innocent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

R. V. ARP, 339.

7. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Body samples given with consent during investigation of earlier crime —Samples seized under warrant and analysed with respect to investigation of second crime — Whether admission of bodily samples offended right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed in ss. 7 and 8 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

R. V. ARP, 339.

8. Charter of Rights — Application — Search and seizure in schools — Student at junior high school suspected of drug dealing and searched at school by vice-principal in presence of RCMP —

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Whether guarantee against unreasonable search and seizure applicable to searches of students in schools — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

R. v. M. (M.R.), 393.

9. Charter of Rights — Detention — Schools — Student suspected of drug dealing compelled to attend at school official's office and to submit to search by vice-principal in presence of RCMP — Whether student detained within meaning of s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. M. (M.R.), 393.

10. Charter of Rights — Search and seizure — Schools — Student at junior high school suspected of drug dealing and searched at school by vice-principal in presence of RCMP — Illegal drugs found — Circumstances in which search by school officials unreasonable — Whether normal standards for search and seizure applicable in school situations — Whether evidence seized admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. M. (M.R.), 393.

11. Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delay unreasonable — Stay of proceedings upheld.

R. v. WHITE, 534.

COURTS

1. Criminal procedure — Order of addresses to jury — Defence required to address jury first if defence called and examined witnesses — Crown making implications not addressed by defence in address to jury — Constitutional rights to fair trial and to make full answer and defence — Inherent jurisdiction of trial judge — Right of reply.

R. v. ROSE, 262.

2. Jurisdiction — Maritime negligence claims — Negligence actions brought in provincial superior court following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Whether Federal Court, Trial Division has exclusive jurisdiction over in personam maritime fatal accident claims by dependants — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 646 — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22.

ORDON ESTATE v. GRAIL, 437.

COSTS

Class actions — Class proceedings fund — Costs of procedural motion awarded against class representative in his personal capacity — Whether costs award should be set aside — Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 59.4 — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.

GARLAND v. CONSUMERS' GAS CO., 112.

CRIMINAL LAW

1. Criminal interest rate — Criminal Code defining criminal interest rate as effective annual rate of interest exceeding 60 percent of credit advanced under agreement or arrangement — Developer receiving mortgage loan from trust company to finance completion of construction project — Debt to be repaid after 11 months but not in fact repaid for more than three years — Whether effective annual rate of interest should be calculated on basis of contractual term of loan or period during which credit was actually outstanding — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347(1)(b).

DEGELDER CONSTRUCTION CO. v. DANCORP DEVELOPMENTS LTD., 90.

2. Criminal interest rate — Late payment penalty — Gas utility charging late payment penalty of five percent on accounts not paid by due date — Whether late payment penalty constitutes "interest at a criminal rate" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 347.

GARLAND v. CONSUMERS' GAS CO., 112.

3. Evidence — Similar fact evidence — Standard of proof to be applied to conclusions drawn from similar fact evidence — Whether application of civil standard would offend Charter principles of fundamental justice and right to be presumed innocent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

R. v. ARP, 339.

4. Murder — Accused and co-accused convicted of second degree murder — Substantial agreement with majority reasons of appeal court upholding accused's conviction.

R. v. CAMPBELL, 533.

5. Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of second degree murder following jury trial — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of whether accused guilty of second degree murder or manslaughter — Whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

R. v. THOMAS, 535.

6. Appeals — Defences — Defence of not criminally responsible on account of mental disorder raised for first time on appeal

CRIMINAL LAW—Concluded

by way of fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in allowing defence.

R. v. WARSING, 579.

7. Appeals — Fresh evidence — Accused applying for admission of psychiatric evidence as fresh evidence on appeal — Due diligence requirement of test for admission of fresh evidence not met — Whether Court of Appeal erred in admitting psychiatric evidence.

R. v. WARSING, 579.

8. Appeals — Powers of court of appeal — Accused convicted of first degree murder and attempted murder following jury trial — Defence of not criminally responsible on account of mental disorder raised for first time on appeal by way of fresh evidence — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of accused's mental capacity at time of offences — Whether Court of Appeal had jurisdiction to order new trial — If so, whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(iii), (1)(d), (2)(b), (8).

R. v. WARSING, 579.

9. Appeals — Powers of courts of appeal — Accused convicted of trafficking in narcotics following jury trial — Court of Appeal ordering new trial limited to issue of entrapment — Whether Court of Appeal had jurisdiction to make order for limited new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

R. v. PEARSON, 620.

INSURANCE

Automobile insurance — Validity of insurance policy — Whether policy tranferred or cancelled.

LAWLOR v. ROYAL, 260.

LIMITATION OF ACTIONS

Maritime negligence claims — Negligence actions brought following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Whether applicable limitation period for bringing dependant's fatal accident claim under s. 646 of Canada Shipping Act is one-year period or two-year period — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 572(1), 649.

ORDON ESTATE v. GRAIL, 437.

MARITIME LAW

Negligence actions — Negligence actions brought following two boating accidents which resulted in deaths and serious injuries — Actions including claims for loss of guidance, care and companionship — Whether provincial legislation constitutionally applicable to maritime negligence claims — Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 646 — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 61(2)(e) – Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23, s. 38(1) — Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1.

ORDON ESTATE v. GRAIL, 437.

MUNICIPAL LAW

Judicial inquiry — Municipality passing resolution to establish judicial inquiry concerning certain land transactions — Land developers causing summonses to be issued to municipal officials — Whether resolution complies with requirements of Municipal Act — Whether judicial inquiry trenches on federal criminal law power — Whether quashing of summonses issued to municipal officials prevented land developers from assembling proper record — Whether requirements of natural justice breached by procedure adopted at inquiry pre-hearing — Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45, s. 100(1) — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

CONSORTIUM DEVELOPMENTS (CLEARWATER) LTD. v. SARNIA (CITY), 3.

PRACTICE

Standing — Corporations — Charter challenge — Egg marketing scheme permitting only producers in provinces belonging to scheme to engage in interprovincial or export trade of eggs — Corporate egg producers in Northwest Territories sued by state organ regulating production and marketing of eggs for damages arising from illegal interprovincial marketing of eggs — Injunction also requested against egg producers — Egg producers alleging in defence that federal legislation regulating egg marketing scheme infringing Charter freedom of association and mobility rights — Whether egg producers entitled to standing to challenge legislation's constitutionality.

CANADIAN EGG MARKETING AGENCY v. RICHARDSON, 157.

INDEX

ASSURANCE

Assurance automobile — Validité d'une police d'assurance — La police a-t-elle été cédée ou annulée?

LAWLOR C. ROYAL, 260.

DÉPENS

Recours collectifs — Fonds d'aide aux recours collectifs — Représentant des membres du groupe de personnes dans un recours collectif condamné personnellement aux dépens d'une motion d'ordre procédural — La condamnation aux dépens devrait-elle être annulée? — Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 59.4 — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6.

GARLAND C. CONSUMERS' GAS CO., 112.

DROIT ADMINISTRATIF

Justice naturelle — Enquête judiciaire — Municipalité autorisant une enquête judiciaire sur certaines opérations immobilières — La procédure adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête dérogeait-elle aux exigences de la justice naturelle? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1).

CONSORTIUM DEVELOPMENTS (CLEARWATER) LTD. C. SARNIA (VILLE), 3.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Partage des compétences — Enquête judiciaire — Municipalité autorisant une enquête judiciaire sur certaines opérations immobilières — L'enquête judiciaire empiète-t-elle sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

CONSORTIUM DEVELOPMENTS (CLEARWATER) LTD. C. SARNIA (VILLE), 3.

2. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de détermination de la peine — Maladie du juge — Délai de détermination de la peine lié principalement à la maladie prolongée du juge du procès — Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable s'applique-t-il à la détermination de la peine? — Principes applicables à la qualification du délai lié à la maladie du juge — Point à partir duquel le délai de détermination de la peine lié à la maladie du juge viole le droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. MACDOUGALL, 45.

R. C. GALLANT, 80.

3. Charte des droits — Liberté d'association — Régime de commercialisation des œufs — Producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest incapables de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial parce que le régime de commercialisation des œufs ne permet de le faire qu'aux producteurs des provinces qui en font partie — Le régime viole-t-il la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646 — Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 3, 4(1), 7(1)d), e) — Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement, DORS/86-8, art. 4(1)a), 5(2), 6, 7(1).

OFFICE CANADIEN DE COMMERCIALISATION DES ŒUFS C. RICHARDSON, 157.

4. Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de gagner sa vie dans toute province — Régime de commercialisation des œufs — Producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest incapables de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial parce que le régime de commercialisation des œufs permet seulement aux producteurs des provinces qui en font partie de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial ou d'exportation — Le régime porte-t-il atteinte au droit de gagner sa vie dans toute province? — Le régime établit-il une distinction fondée principalement sur le lieu de résidence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(2)b), (3)a) — Proclamation visant l'Office canadien de commercialisation des œufs, C.R.C., ch. 646 — Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242, art. 3, 4(1), 7(1)d), e) — Règlement de 1986 de l'Office canadien de commercialisation des œufs sur le contingentement, DORS/86-8, art. 4(1)a), 5(2), 6, 7(1).

OFFICE CANADIEN DE COMMERCIALISATION DES ŒUFS C. RICHARDSON, 157.

5. Charte des droits — Droit à un procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — La défense doit s'adresser au jury en premier si elle a produit et interrogé des témoins — Le ministère public a fait des inférences que la défense n'avait pas abordées dans son exposé au jury — Le juge du procès ne s'est pas prononcé sur ce point dans ses directives au jury — Les dispositions

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

qui prescrivent l'ordre dans lequel les exposés doivent être présentés au jury violent-elles les droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière garantis par la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 651(3), (4).

R. C. ROSE, 262.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Échantillons de substances corporelles obtenus avec le consentement de l'intéressé dans le cours d'une enquête sur un premier crime —Échantillons saisis en vertu d'un mandat et analysés dans le cadre d'une enquête sur un second crime — L'admission en preuve des échantillons de substances corporelles a-t-elle porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par les art. 7 et 8 de la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

R. C. ARP, 339.

7. Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Norme de preuve applicable aux conclusions tirées d'une preuve de faits similaires — L'application de la norme civile porterait-elle atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit à la présomption d'innocence garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).

R. C. ARP, 339.

8. Charte des droits — Application — Fouilles, perquisitions et saisies à l'école — Élève d'école secondaire de premier cycle soupçonné de trafic de drogue et fouillé à l'école par le directeur adjoint en présence de la GRC — La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives s'applique-t-elle aux fouilles d'étudiants à l'école? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

R. C. M. (M.R.), 393.

9. Charte des droits — Détention — Écoles — Élève soupçonné de trafic de drogue forcé de se rendre au bureau d'un responsable d'école et d'y subir une fouille par le directeur adjoint en présence de la GRC — L'élève était-il détenu au sens de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. M. (M.R.), 393.

10. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Élève d'école secondaire de premier cycle soupçonné de trafic de drogue et fouillé à l'école par le directeur adjoint en présence de la GRC — Drogue illégale découverte — Circonstances dans lesquelles une fouille par un responsable d'école est abusive — Les normes habituelles en matière de fouille, perquisition et saisie s'appliquent-elles en contexte scolaire? — La preuve saisie est-elle admissible? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. M. (M.R.), 393.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

11. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai déraisonnable — Arrêt des procédures confirmé.

R. C. WHITE, 534.

DROIT CRIMINEL

1. Taux d'intérêt criminel — Code criminel définissant le taux d'intérêt criminel comme tout taux d'intérêt annuel effectif, appliqué au capital prêté, qui dépasse 60 pour 100 — Promoteur obtenant un prêt hypothécaire d'une société de fiducie pour financer la réalisation d'un projet de construction — Dette devant être remboursée après 11 mois mais ne l'ayant été, en fait, qu'après plus de trois ans — Le taux d'intérêt annuel effectif devrait-il être calculé en fonction de la durée du prêt prévue au contrat ou en fonction de la période durant laquelle le prêt était réellement en cours? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347(1)b).

DEGELDER CONSTRUCTION CO. C. DANCORP DEVELOPMENTS LTD., 90.

2. Taux d'intérêt criminel — Pénalité pour paiement en retard — Entreprise de distribution de gaz imposant une pénalité de 5 pour 100 pour les comptes non payés à la date d'échéance — La pénalité pour paiement en retard équivaut-elle à des «intérêts à un taux criminel»? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 347.

GARLAND C. CONSUMERS' GAS CO., 112.

3. Preuve — Preuve de faits similaires — Norme de preuve applicable aux conclusions tirées d'une preuve de faits similaires — L'application de la norme civile porterait-elle atteinte aux principes de justice fondamentale et au droit à la présomption d'innocence garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).

R. C. ARP, 339.

4. Meurtre — Accusé et coaccusé déclarés coupables de meurtre au deuxième degré — Accord substantiel avec les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé.

R. C. CAMPBELL, 533.

5. Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré à la suite d'un procès devant jury — Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si l'accusé était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

R. C. THOMAS, 535.

DROIT CRIMINEL—Fin

6. Appel — Moyens de défense — Moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux invoqué pour la première fois en appel par la présentation d'un nouvel élément de preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en permettant que soit invoqué le moyen de défense?

R. c. WARSING, 579.

7. Appel — Nouvel élément de preuve — Demande d'admission par l'accusé d'une preuve psychiatrique comme nouvel élément de preuve en appel — Non-respect du critère de diligence raisonnable relatif à l'admission d'un nouvel élément de preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en admettant la preuve psychiatrique?

R. c. WARSING, 579.

8. Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré et de tentative de meurtre à l'issue d'un procès devant jury — Moyen de défense de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux invoqué pour la première fois en appel par la présentation d'un nouvel élément de preuve — Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès limité à la question de la capacité mentale de l'accusé au moment des infractions — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès? — Dans l'affirmative, la Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(iii), (1)d), (2)b), (8).

R. c. WARSING, 579.

9. Appel — Pouvoirs des cours d'appel — Accusé reconnu coupable de trafic de stupéfiants à la suite d'un procès devant jury — Cour d'appel ordonnant un nouveau procès limité à la question de la provocation policière — La Cour d'appel avait-elle compétence pour ordonner un nouveau procès de portée limitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

R. c. PEARSON, 620.

DROIT MARITIME

Actions pour négligence — Actions pour négligence intentées à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — Actions incluant des réclamations pour perte de conseils, de soins et de compagnie — Les lois provinciales sont-elles constitutionnellement applicables aux actions pour négligence en matière maritime? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 646 — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 61(2)e) — Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 38(1) — Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990, ch. N.1.

SUCCESSION ORDON c. GRAIL, 437.

DROIT MUNICIPAL

Enquête judiciaire — Municipalité adoptant une résolution visant l'ouverture d'une enquête judiciaire sur certaines opérations immobilières — Promoteurs immobiliers faisant délivrer des assignations à des élus et à des fonctionnaires municipaux — La résolution satisfait-elle aux exigences de la Loi sur les municipalités? — L'enquête judiciaire empiète-t-elle sur la compétence fédérale en matière de droit criminel? — L'annulation des assignations délivrées aux élus et aux fonctionnaires municipaux a-t-elle empêché les promoteurs immobiliers de constituer un dossier suffisant? — La procédure adoptée à l'audience préparatoire à l'enquête dérogeait-elle aux exigences de la justice naturelle? — Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45, art. 100(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

CONSORTIUM DEVELOPMENTS (CLEARWATER) LTD. c. SARNIA (VILLE), 3.

PRATIQUE

Qualité pour agir — Personnes morales — Contestation fondée sur la Charte — Régime de commercialisation des œufs permettant seulement aux producteurs des provinces qui en font partie de commercialiser des œufs sur le marché interprovincial ou d'exportation — Organisme de l'État qui régit la production et la commercialisation des œufs intentant une action en dommages-intérêts pour commerce interprovincial illégal d'œufs contre des personnes morales produisant des œufs dans les Territoires du Nord-Ouest — Injonction également sollicitée contre ces producteurs d'œufs — Producteurs d'œufs alléguant en défense que la mesure législative fédérale régissant le régime de commercialisation des œufs porte atteinte à la liberté d'association et à la liberté de circulation et d'établissement garanties par la Charte — Les producteurs d'œufs ont-ils qualité pour contester la constitutionnalité de la mesure législative en cause?

OFFICE CANADIEN DE COMMERCIALISATION DES ŒUFS c. RICHARDSON, 157.

PRESCRIPTION DES ACTIONS

Actions pour négligence en matière maritime — Actions pour négligence intentées à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — Le délai dans lequel une personne à charge doit intenter une demande en réparation du préjudice résultant d'un accident mortel en vertu de l'art. 646 de la Loi sur la marine marchande du Canada est-il d'un an ou de deux ans? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 572(1), 649.

SUCCESSION ORDON c. GRAIL, 437.

TRIBUNAUX

1. Procédure criminelle — Ordre de présentation des exposés au jury — La défense doit s'adresser au jury en premier si elle a produit et interrogé des témoins — Le ministère public a fait des inférences que la défense n'avait pas abordées dans son exposé au jury — Droits constitutionnels à un procès équitable et à une défense pleine et entière — Compétence inhérente du juge du procès — Droit de réplique.

R. c. ROSE, 262.

2. Compétence — Actions pour négligence en matière maritime — Actions pour négligence intentées en cour supérieure provinciale à la suite de deux accidents de navigation de plaisance ayant entraîné des morts et des blessures graves — La Cour fédérale, Section de première instance, a-t-elle compétence exclusive quant aux demandes in personam en réparation du préjudice résultant d'un accident de navigation mortel formées par les personnes à charge des victimes? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 646 — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22.

SUCCESSION ORDON c. GRAIL, 437.

TRIBUNAUX—Fin