Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 1999 Vol. 1

1er cahier, 1999 Vol. 1

Cited as [1999] 1 S.C.R. 3-199

Renvoi [1999] 1 R.C.S. 3-199

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

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, 1999.

CONTENTS

Cadbury Schweppes Inc. *v.* FBI Foods Ltd. **142**

Commercial law — Confidential information — Breach of confidence — Remedies — Manufacturer using confidential information obtained under licensing agreement to manufacture competing product — Whether permanent injunction appropriate remedy for breach of confidence in this case — Whether "head start" concept applies — Whether calculation of equitable compensation differs from common law damages.

Chambly (City) *v.* Gagnon **8**

Labour law — Contract of employment — Chief of police force — Dismissal — Police chief's contract of employment not renewed when fixed term set out in contract expired — Whether chief was dismissed — Meaning of word "dismissal".

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

Directeur intérimaire, Recueil
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
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

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, 1999.

SOMMAIRE

Cadbury Schweppes Inc. *c.* Aliments FBI Ltée **142**

Droit commercial — Renseignements confidentiels — Abus de confiance — Réparations — Fabricant utilisant des renseignements confidentiels obtenus aux termes d'un contrat de licence pour fabriquer un produit concurrent — L'injonction permanente est-elle la réparation qu'il convient d'accorder pour un abus de confiance en l'espèce? — La notion de «longueur d'avance» s'applique-t-elle? — Le calcul d'une indemnité fondée sur l'equity diffère-t-il de celui des dommages-intérêts reconnus en common law?

Chambly (Ville) *c.* Gagnon **8**

Droit du travail — Contrat d'emploi — Directeur du Service de police — Destitution — Contrat d'emploi du directeur non

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Del Zotto *v.* Canada 3

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Inquiry under Income Tax Act — Whether s. 231.4 of Income Tax Act infringes s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Inquiry under Income Tax Act — Whether s. 231.4 of Income Tax Act infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Taxation — Income tax — Inquiry — Whether s. 231.4 of Income Tax Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women *v.* M.N.R. 10

Taxation — Charities — Registered charities — Society applying for registration as a charitable organization — Society's primary purpose being to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant and visible minority women to enable them to find employment — Whether purpose for "advancement of education" or "beneficial to community" — Whether society's purposes exclusively charitable — Whether common law definition of charity should be revised — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1), 248(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Charitable registration scheme — Society assisting immigrant and visible minority women denied charitable tax status under Income Tax Act — Whether charitable registration scheme violates equality rights of society's intended beneficiaries — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1), 248(1).

Zink *v.* Graybec Immobilier Inc. 6

Commercial law — Sale of shares — Right of first refusal.

SOMMAIRE (Fin)

renouvelé à l'expiration du terme fixe établi dans le contrat — Le directeur a-t-il été destitué? — Sens du mot «destitution».

Del Zotto *c.* Canada 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Enquête fondée sur la Loi de l'impôt sur le revenu — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu contrevient-il à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Enquête fondée sur la Loi de l'impôt sur le revenu — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu contrevient-il à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Enquête — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women *c.* M.R.N. 10

Droit fiscal — Organismes de bienfaisance — Organismes de bienfaisance enregistrés — Dépôt par une association d'une demande d'enregistrement comme œuvre de bienfaisance — Fin principale poursuivie par l'association consistant à organiser des rencontres, cours, ateliers et séminaires éducatifs à l'intention des immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible afin qu'elles puissent se trouver du travail — S'agit-il d'une fin relevant de la «promotion de l'éducation» ou d'une fin «utile à la société»? — Les fins poursuivies par l'association sont-elles exclusivement des fins de bienfaisance? — La définition d'organisme de bienfaisance en common law doit-elle être révisée? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1), 248(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Régime d'enregistrement des organismes de bienfaisance — Statut d'organisme de bienfaisance en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu refusé à une association venant en aide aux immigrantes et aux femmes appartenant à une minorité visible — Le régime applicable en matière d'enregistrement des organismes de bienfaisance porte-t-il atteinte aux droits des bénéficiaires visés par l'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1), 248(1).

Zink *c.* Graybec Immobilier inc. 6

Droit commercial — Vente d'actions — Droit de premier refus.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 1, 1999

1er volume, 1999

Her Majesty The Queen in right of Canada, the Minister of National Revenue and John Edward Thompson *Appellants*

v.

Angelo Del Zotto and Herbert B. Noble *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: DEL ZOTTO *v.* CANADA

File No.: 26174.

1999: January 20; 1999: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Inquiry under Income Tax Act — Whether s. 231.4 of Income Tax Act infringes s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Inquiry under Income Tax Act — Whether s. 231.4 of Income Tax Act infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Taxation — Income tax — Inquiry — Whether s. 231.4 of Income Tax Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)], s. 231.4 [ad. 1986, c. 6, s. 121].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 3 F.C. 40, 215 N.R. 184, 147

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre du Revenu national et John Edward Thompson *Appelants*

c.

Angelo Del Zotto et Herbert B. Noble *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: DEL ZOTTO *c.* CANADA

N° du greffe: 26174.

1999: 20 janvier; 1999: 21 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Enquête fondée sur la Loi de l'impôt sur le revenu — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu contrevient-il à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Enquête fondée sur la Loi de l'impôt sur le revenu — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu contrevient-il à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Enquête — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.)], art. 231.4 [aj. 1986, ch. 6, art. 121].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 3 C.F. 40, 215 N.R. 184, 147

D.L.R. (4th) 457, 97 D.T.C. 5328, [1997] 3 C.T.C. 199, 46 C.R.R. (2d) 324, 116 C.C.C. (3d) 123, [1997] F.C.J. No. 795 (QL), setting aside a judgment of the Trial Division, [1997] 2 F.C. 428, 125 F.T.R. 161, 143 D.L.R. (4th) 340, 97 D.T.C. 5145, [1997] 2 C.T.C. 103, 41 C.R.R. (2d) 63, [1997] F.C.J. No. 85 (QL), dismissing the respondents' constitutional challenge of s. 231.4 of the *Income Tax Act*. Appeal allowed.

Ivan S. Bloom, Q.C., and *Gordon S. Campbell*, for the appellants.

Edward L. Greenspan, Q.C., and *David Stratas*, for the respondent Del Zotto.

Alan D. Gold and *Mahmud Jamal*, for the respondent Noble.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Monique Rousseau and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert C. Maybank and *Christine L. Enns*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — The appeal is allowed with costs throughout for the reasons given by Strayer J.A. of the Federal Court of Appeal. The judgment of the Court of Appeal is set aside and the trial judgment is restored. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 231.4 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, restrict rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is no.

2. If so, can these restrictions be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

D.L.R. (4th) 457, 97 D.T.C. 5328, [1997] 3 C.T.C. 199, 46 C.R.R. (2d) 324, 116 C.C.C. (3d) 123, [1997] A.C.F. nº 795 (QL), qui a annulé un jugement de la Section de première instance, [1997] 2 C.F. 428, 125 F.T.R. 161, 143 D.L.R. (4th) 340, 97 D.T.C. 5145, [1997] 2 C.T.C. 103, 41 C.R.R. (2d) 63, [1997] A.C.F. nº 85 (QL), qui avait rejeté l'attaque constitutionnelle des intimés contre l'art. 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pourvoi accueilli.

Ivan S. Bloom, c.r., et *Gordon S. Campbell*, pour les appelants.

Edward L. Greenspan, c.r., et *David Stratas*, pour l'intimé Del Zotto.

Alan D. Gold et *Mahmud Jamal*, pour l'intimé Noble.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert C. Maybank et *Christine L. Enns*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours pour les raisons exposées par le juge Strayer de la Cour d'appel fédérale. L'arrêt de la Cour d'appel est annulé et le jugement de première instance est rétabli. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. L'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications, restreint-il des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La réponse est négative.

2. Dans l'affirmative, la justification des restrictions en cause peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Given the answer to the first question, the second question does not arise.

3. Does s. 231.4 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, restrict the right guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is no.

4. If so, can these restrictions be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Given the answer to the third question, the fourth question does not arise.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellants: The Department of Justice, Ontario Regional Office, Toronto.

Solicitors for the respondent Del Zotto: Greenspan, Nenein & White, Toronto.

Solicitors for the respondent Noble: Gold & Fuerst, Toronto.

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 for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Compte tenu de la réponse donnée à la première question, la deuxième question ne se pose pas.

3. L'article 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et ses modifications, restreint-il le droit garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La réponse est négative.

4. Dans l'affirmative, la justification des restrictions en cause peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Compte tenu de la réponse donnée à la troisième question, la quatrième question ne se pose pas.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des appelants: Le ministère de la Justice, Bureau régional de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé Del Zotto: Greenspan, Nenein & White, Toronto.

Procureurs de l'intimé Noble: Gold & Fuerst, Toronto.

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 l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Dr. Donald G. Zink *Appellant*

v.

Graybec Immobilier Inc., Naidot & Co., Hare & Co., Eager & Co., Petro-Canada and Shell Canada Limited *Respondents*

and

Sulconam Inc. and Marsulex Inc. *Respondents*

INDEXED AS: ZINK *v.* GRAYBEC IMMOBILIER INC.

File No.: 26314.

1999: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Commercial law — Sale of shares — Right of first refusal.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] Q.J. No. 3191 (QL), J.E. 97-1956, affirming a judgment of Baker J. dismissing the appellant's application for an injunction and a declaration with respect to a proposed sale of shares. Appeal dismissed.

Colin K. Irving, Doug C. Mitchell and *André Lavigne*, for the appellant.

Jean G. Bertrand, Sophie Melchers and *Judith Harvie*, for the respondents Graybec Immobilier Inc. et al.

Richard J. Rusk and *Éric Vallières*, for the respondent Marsulex Inc.

No one appeared for the respondent Sulconam Inc.

Dr Donald G. Zink *Appelant*

c.

Graybec Immobilier inc., Naidot & Co., Hare & Co., Eager & Co., Petro-Canada et Shell Canada Limited *Intimées*

et

Sulconam inc. et Marsulex inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: ZINK *c.* GRAYBEC IMMOBILIER INC.

N° du greffe: 26314.

1999: 21 janvier.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit commercial — Vente d'actions — Droit de premier refus.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1997] A.Q. n° 3191 (QL), J.E. 97-1956, qui a confirmé un jugement du juge Baker qui avait rejeté la demande de l'appelant visant à obtenir une injonction et un jugement déclaratoire relativement à un projet de vente d'actions. Pourvoi rejeté.

Colin K. Irving, Doug C. Mitchell et *André Lavigne*, pour l'appelant.

Jean G. Bertrand, Sophie Melchers et *Judith Harvie*, pour les intimées Graybec Immobilier inc. et autres.

Richard J. Rusk et *Éric Vallières*, pour l'intimée Marsulex inc.

Personne n'a comparu pour l'intimée Sulconam inc.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — We agree with the conclusion of Dussault J.A. for the Quebec Court of Appeal in holding that the right of refusal contained in Article 4B of the Articles of Continuance of Sulconam Inc. was not validly exercised by the appellant in compliance with the provisions of Article 4B.

Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Colin Irving & Associates, Montréal.

Solicitors for the respondents Graybec Immobilier Inc. et al.: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the respondent Marsulex Inc.: Stikeman, Elliott, Montréal.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes d'accord avec la conclusion du juge Dussault de la Cour d'appel du Québec que le droit de refus contenu dans la clause 4B des statuts de prorogation de Sulconam inc. n'a pas été exercé validement par l'appelant en conformité avec les dispositions de cette clause. 1

En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens. 2

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Colin Irving & Associates, Montréal.

Procureurs des intimées Graybec Immobilier inc. et autres: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intimée Marsulex inc.: Stikeman, Elliott, Montréal.

City of Chambly *Appellant*

v.

Fernand Gagnon *Respondent*

and

The Honourable Jean-Pierre Bourduas, J.C.Q., the Honourable Jacques Désormeau, J.C.Q., and the Honourable Micheline Laliberté, J.C.Q. *Mis en cause*

and

The Minister of Public Security *Mis en cause*

INDEXED AS: CHAMBLY (CITY) *v.* GAGNON

File No.: 26195.

1999: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Contract of employment — Chief of police force — Dismissal — Police chief's contract of employment not renewed when fixed term set out in contract expired — Whether chief was dismissed — Meaning of word "dismissal".

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] Q.J. No. 2256 (QL), J.E. 97-1469, D.T.E. 97T-815, reversing a decision of the Superior Court, [1996] R.J.Q. 398, [1995] Q.J. No. 1196 (QL), which had reversed a decision of the Court of Québec ordering that the respondent be reinstated in his position as chief of the appellant city's police force. Appeal allowed.

Jean-Jacques Rainville and *Réjean Rioux*, for the appellant.

Ville de Chambly *Appelante*

c.

Fernand Gagnon *Intimé*

et

L'honorable Jean-Pierre Bourduas, J.C.Q., l'honorable Jacques Désormeau, J.C.Q., et l'honorable Micheline Laliberté, J.C.Q. *Mis en cause*

et

Le ministre de la Sécurité publique *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: CHAMBLY (VILLE) *c.* GAGNON

N° du greffe: 26195.

1999: 25 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Contrat d'emploi — Directeur du Service de police — Destitution — Contrat d'emploi du directeur non renouvelé à l'expiration du terme fixe établi dans le contrat — Le directeur a-t-il été destitué? — Sens du mot «destitution».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1997] A.Q. n° 2256 (QL), J.E. 97-1469, D.T.E. 97T-815, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1996] R.J.Q. 398, [1995] A.Q. n° 1196 (QL), qui avait infirmé un jugement de la Cour du Québec ordonnant la réintégration de l'intimé dans ses fonctions de directeur du Service de police de la ville appelante. Pourvoi accueilli.

Jean-Jacques Rainville et *Réjean Rioux*, pour l'appelante.

Hugues La Rue and *Serge Vermette*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

GONTHIER J. — For the reasons of Bishop J., we are all of the view that the appeal should be allowed and the judgment of the Superior Court restored. We share in particular his view as to the meaning of the word "dismissal". In this case there was no dismissal since the City did not carry out any act which deprived the respondent of his office or post; his post as chief of police ended owing to the expiry of the fixed term set out in his contract of employment without a new contract being entered into.

The appeal is allowed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Dunton Rainville, Montréal.

Solicitors for the respondent: Des Rivières Vermette, Québec.

Hugues La Rue et *Serge Vermette*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — Pour les motifs du juge Bishop, nous sommes tous d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de la Cour supérieure. Nous partageons notamment son avis quant au sens du mot «destitution». En l'occurrence, il n'y a pas eu destitution puisque la Ville n'a commis aucun acte qui a privé l'intimé de sa charge ou de sa fonction; sa fonction comme chef de police a cessé à cause de l'expiration du terme fixe établi dans son contrat d'emploi sans qu'un nouveau contrat n'intervienne. 1

Le pourvoi est accueilli avec dépens. 2

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Dunton Rainville, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Des Rivières Vermette, Québec.

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women *Appellant*

v.

Minister of National Revenue *Respondent*

and

Minority Advocacy and Rights Council, Canadian Ethnocultural Council, Centre for Research Action on Race Relations and Canadian Centre for Philanthropy *Interveners*

INDEXED AS: VANCOUVER SOCIETY OF IMMIGRANT AND VISIBLE MINORITY WOMEN *v.* M.N.R.

File No.: 25359.

1998: February 23; 1999: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Charities — Registered charities — Society applying for registration as a charitable organization — Society's primary purpose being to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant and visible minority women to enable them to find employment — Whether purpose for "advancement of education" or "beneficial to community" — Whether society's purposes exclusively charitable — Whether common law definition of charity should be revised — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1), 248(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Charitable registration scheme — Society assisting immigrant and visible minority women denied charitable tax status under Income Tax Act — Whether charitable registration scheme violates equality rights of society's intended beneficiaries — Canadian Charter of

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women *Appelante*

c.

Ministre du Revenu national *Intimé*

et

Le Conseil de revendication des droits des minorités, le Conseil ethnoculturel du Canada, le Centre de recherche-action sur les relations raciales et le Centre canadien de philanthropie *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: VANCOUVER SOCIETY OF IMMIGRANT AND VISIBLE MINORITY WOMEN *c.* M.R.N.

N° du greffe: 25359.

1998: 23 février; 1999: 28 janvier.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Organismes de bienfaisance — Organismes de bienfaisance enregistrés — Dépôt par une association d'une demande d'enregistrement comme œuvre de bienfaisance — Fin principale poursuivie par l'association consistant à organiser des rencontres, cours, ateliers et séminaires éducatifs à l'intention des immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible afin qu'elles puissent se trouver du travail — S'agit-il d'une fin relevant de la «promotion de l'éducation» ou d'une fin «utile à la société»? — Les fins poursuivies par l'association sont-elles exclusivement des fins de bienfaisance? — La définition d'organisme de bienfaisance en common law doit-elle être révisée? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1), 248(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Régime d'enregistrement des organismes de bienfaisance — Statut d'organisme de bienfaisance en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu refusé à une association venant en aide aux immigrantes et aux femmes appartenant à une minorité visible — Le régime applicable en matière d'enregistrement des organismes de bienfaisance porte-t-il atteinte aux droits des bénéficiaires visés par l'association? — Charte canadienne

Rights and Freedoms, s. 15 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1), 248(1).

The appellant Society applied to the Minister of National Revenue for registration as a charitable organization under ss. 149.1(1) and 248(1) of the *Income Tax Act*. The Society's purposes, as stated in its amended constitution, were "(a) to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant women in order that they may be able to find or obtain employment or self employment; (b) to carry on political activities provided such activities are incidental and ancillary to the above purposes and provided such activities do not include direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office; (c) to raise funds in order to carry out the above purposes by means of solicitations of funds from governments, corporations and individuals; and (e) to provide services and to do all such things that are incidental or conducive to the attainment of the above stated objects, including the seeking of funds from governments and/or other sources for the implementation of the aforementioned objectives." The Society described its activities as providing a "public benefit" through services and workshops designed to "advance education". The Society's activities included a "career and vocational counselling service" to assist women in obtaining employment, and assistance in such practical skills as résumé writing and interview skills as well as activities such as networking, soliciting job opportunities, maintaining a job skills directory, liaising for accreditation of foreign credentials and offering referral services. Revenue Canada rejected the Society's application mainly because it was not convinced that the organization was constituted exclusively for charitable purposes, as required for registration under the Act. The Federal Court of Appeal dismissed the Society's appeal.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: For an organization to qualify for registration under s. 248(1) of the *Income Tax Act*: (1) the purposes of the organization must be charitable, and must define the scope of the activities engaged in by the organization; and (2) all of the organization's resources must be devoted to these activities unless the organization falls

des droits et libertés, art. 15 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1), 248(1).

L'appelante a présenté au ministre du Revenu national une demande d'enregistrement à titre d'œuvre de bienfaisance en vertu des par. 149.1(1) et 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Aux termes de sa constitution modifiée, l'appelante poursuivait les fins suivantes: «a) organiser des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs à l'intention des immigrantes afin qu'elles puissent se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome; b) mener des activités politiques, dans la mesure où ces activités sont accessoires aux fins énumérées ci-dessus et ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre; c) recueillir des fonds au moyen de sollicitations auprès des gouvernements, des personnes morales et des particuliers afin de poursuivre les fins décrites ci-dessus; et e) offrir des services et faire toutes choses accessoires ou propres à assurer la réalisation des fins énoncées ci-dessus, y compris solliciter des fonds auprès des gouvernements et d'autres sources pour la mise en œuvre des objectifs mentionnés précédemment.» L'appelante a dit mener des activités servant «l'intérêt du public» en offrant des services et des ateliers destinés à «promouvoir l'éducation». Les activités menées par l'appelante comprenaient, entre autres, des «services d'orientation professionnelle» destinés à aider les femmes à trouver du travail et des mesures d'assistance sur des questions pratiques telles que la rédaction de curriculum vitæ et la préparation aux entrevues, ainsi que des activités comme le réseautage, la sollicitation d'offres d'emploi, la tenue à jour d'un répertoire de compétences, les communications en vue de l'attestation des titres de compétences obtenus à l'étranger et les services d'orientation. Revenu Canada a refusé la demande de l'appelante principalement parce qu'il n'était pas convaincu que l'appelante était constituée exclusivement à des fins de bienfaisance, contrairement à ce qu'exige la Loi. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel formé par l'appelante.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Cory, Iacobucci, Major et Bastarache: Les conditions d'enregistrement qu'un organisme doit remplir en vertu du par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont les suivantes: (1) les fins poursuivies par l'organisme doivent être des fins de bienfaisance, et elles doivent définir le champ des activités menées par l'organisme; et (2) la totalité des ressources de l'orga-

within the specific exemptions of s. 149.1(6.1) or (6.2). Since the Act does not define "charitable", Canadian courts have consistently applied the *Pemsel* test to determine that question. The *Pemsel* classification is generally understood to refer to the preamble of the *Statute of Elizabeth*, which gave examples of charitable purposes. While the courts have always had the jurisdiction to decide what is charitable and were never bound by the preamble, the law of charities has proceeded by way of analogy to the purposes enumerated in the preamble. The *Pemsel* classification is subject to the consideration that the purpose must also be "for the benefit of the community or of an appreciably important class of the community" rather than for private advantage.

While the definition of "charitable organization" in s. 149.1(1) focuses on "charitable activities" rather than purposes, it is really the purpose in furtherance of which an activity is carried out, not the character of the activity itself, that determines whether or not the activity is of a charitable nature. Accordingly, in making that determination, the inquiry must focus not only on the activities of an organization but also on its purposes. Subject to the exemptions provided by s. 149.1(6.1) and (6.2), s. 149.1(1) requires that all of the purposes and activities of the organization be charitable. However, even the pursuit of a purpose which would be non-charitable in itself may not disqualify an organization from being considered charitable if it is pursued only as a means of fulfilment of another, charitable purpose and not as an end in itself.

Under the traditional approach, the "advancement of education" head of the *Pemsel* classification is generally limited in Canada to the "formal training of the mind" or the "improvement of a useful branch of human knowledge". While purpose (a) — the primary purpose of the Society — would not qualify as charitable under the traditional approach as it seems to lack the element of systematic instruction, there is no logical or principled reason why a more expansive definition of education for the purposes of the law of charity should not be adopted. To limit the notion of "training of the mind" to structured, systematic instruction or traditional academic subjects reflects an outmoded and underinclusive understanding of education which is of little use in modern Canadian society. So long as information or training

nisme doit être consacrée à ces activités, à moins que celui-ci soit visé par les exemptions expressément prévues au par. 149.1(6.1) ou (6.2). La Loi ne définissant pas le mot «bienfaisance», les tribunaux canadiens ont régulièrement appliqué le critère établi dans l'arrêt *Pemsel* pour trancher cette question. On estime généralement que la classification établie dans l'arrêt *Pemsel* renvoie au préambule du *Statute of Elizabeth*, qui donnait des exemples d'activités de bienfaisance. Bien que les tribunaux aient toujours eu compétence pour décider en quoi consiste un organisme de bienfaisance et n'ont jamais été liés par le préambule, le droit relatif aux organismes de bienfaisance s'est développé par voie d'analogies avec les fins y énumérées. La classification établie dans l'arrêt *Pemsel* est assujettie à une réserve, savoir que les fins doivent également servir «l'intérêt de la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance», plutôt que favoriser des intérêts privés.

Bien que la définition de l'expression «organisme de bienfaisance» au par. 149.1(1) mette l'accent sur les «activités de bienfaisance» plutôt que sur les fins, c'est en réalité la fin pour laquelle une activité est exercée, et non le caractère de l'activité elle-même, qui détermine s'il s'agit d'une activité de bienfaisance. En conséquence, pour trancher cette question, l'examen doit porter non seulement sur les activités d'un organisme, mais aussi sur les fins qu'il poursuit. Sous réserve des exemptions prévues aux par. 149.1(6.1) et (6.2), le par. 149.1(1) exige que toutes les fins ou les activités de l'organisme soient des fins ou activités de bienfaisance. Cependant, même le fait de poursuivre une fin qui n'est pas en soi une fin de bienfaisance peut ne pas avoir pour effet d'empêcher un organisme d'être considéré comme une œuvre de bienfaisance si la fin en question est poursuivie uniquement en tant que moyen de réaliser une autre fin — de bienfaisance celle-là — et non comme une fin en soi.

Suivant l'approche traditionnelle, la catégorie «promotion de l'éducation» de la classification établie dans l'arrêt *Pemsel* a été généralement limitée au Canada à la «formation classique de l'esprit» et à «l'amélioration d'une branche utile du savoir humain». Bien que la fin énoncée à l'alinéa a), savoir la fin principale poursuivie par l'appelante, ne soit pas une fin de bienfaisance selon l'approche traditionnelle, car elle semble dépourvue de l'aspect enseignement systématique, il n'existe pas de raison logique ou fondée sur des principes justifiant de ne pas adopter une définition plus large de l'éducation pour l'application du droit relatif aux organismes de bienfaisance. Le fait de limiter la notion de «formation de l'esprit» à l'enseignement structuré et systématique, ou aux matières théoriques traditionnelles, reflète une

is provided in a structured manner and for a genuinely educational purpose — that is, to advance the knowledge or abilities of the recipients — and not solely to promote a particular point of view or political orientation, it may properly be viewed as falling within the advancement of education. Education should not be broadened beyond recognition but the law ought to accommodate any legitimate form of education. Here, purpose (a) is charitable under the proposed more expansive definition of education. The purpose is to train the minds of immigrant women in certain important life skills, with a specific end in mind: equipping them to find and secure employment in Canada. Moreover, certain activities carried out in furtherance of this purpose, such as the provision of the educational programs contemplated by the purposes clause, are undoubtedly charitable within this expanded definition, whether or not they have the quality of systematic instruction traditionally associated with education in the charitable sense. The purpose also satisfies the requirement that it benefit "the community or . . . an appreciably important class of the community".

To bring a purpose within the fourth head of *Pemsel*, more is required than simple "public benefit", in the ordinary sense of the term. It is incumbent upon the Society to explain just how its purposes are beneficial in a way the law regards as charitable. To assess whether an organization's purposes are charitable under that head, a court should: (1) consider the trend of those decisions which have established certain objects as charitable under this heading, and ask whether, by reasonable extension or analogy, the instant case may be considered to be in line with these; (2) examine certain accepted anomalies to see whether they fairly cover the objects under consideration; and (3) ask whether, consistently with the objects declared, the income and property in question can be applied for purposes clearly falling outside the scope of charity; if so, the argument for charity must fail. To this approach must be added the general requirement that the purpose also be "for the benefit of the community or of an appreciably important class of the community". This approach indicates that the Society's purpose (a) is not charitable under the fourth head. No "trend" can be discerned from previous decisions recognizing that assisting immigrant women

conception démodée et trop limitative de l'éducation, qui est peu utile dans la société canadienne moderne. Dans la mesure où l'information ou la formation est donnée d'une manière structurée et dans une fin véritablement éducative — c'est-à-dire l'amélioration des connaissances ou des aptitudes des bénéficiaires — et non seulement dans le but de promouvoir un point de vue particulier ou une orientation politique donnée, l'information ou la formation peut à bon droit être considérée comme relevant de la promotion de l'éducation. Il ne faut pas élargir la notion d'éducation au point de la rendre méconnaissable, mais le droit devrait faire une place à toute forme légitime d'éducation. En l'espèce, la fin énoncée à l'alinéa a) est une fin de bienfaisance suivant la définition plus large proposée de l'éducation. La fin consiste à former l'esprit des immigrantes en leur enseignant certaines connaissances de base importantes, et ce dans un but bien précis: les préparer à trouver et conserver un emploi au Canada. De plus, certaines activités menées dans la poursuite de cette fin, telles que la mise sur pied des programmes éducatifs envisagés par la clause énonçant les fins poursuivies, sont certainement des activités de bienfaisance au sens de cette définition élargie, qu'elles présentent ou non le caractère d'enseignement systématique traditionnellement associé à l'éducation en matière de bienfaisance. Cette fin satisfait également la condition suivante: servir l'intérêt de «la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance».

Pour qu'une fin relève de la quatrième catégorie énoncée dans *Pemsel*, le seul «intérêt du public», au sens ordinaire de cette expression, ne suffit pas. L'appelante doit expliquer en quoi au juste les fins qu'elle poursuit sont utiles d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance. Pour déterminer si les fins poursuivies par un organisme sont des fins de bienfaisance visées par cette catégorie, le tribunal doit: (1) considérer la tendance qui se dégage des décisions qui ont reconnu certaines fins comme étant des fins de bienfaisance au sens de cette quatrième catégorie et se demander si, par extension ou analogie raisonnable, le cas à l'étude est semblable aux précédents; (2) examiner certaines anomalies acceptées pour voir si elles couvrent les fins en cause; et (3) se demander si, en conformité avec les fins déclarées, le revenu et les biens en question peuvent être affectés à des fins clairement étrangères à la notion de bienfaisance; dans l'affirmative, l'argument qu'il s'agit de fins de bienfaisance ne peut être retenu. À cette approche, il convient d'ajouter la condition générale que la fin doit également servir «l'intérêt de la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance». Il ressort de cette approche que la fin

to integrate into society through helping them to obtain employment is a charitable purpose under the fourth head of charity. Purpose (a) should therefore be characterized solely in terms of education.

A valid charitable organization must be constituted exclusively for charitable purposes. While political purposes are not generally considered charitable, the Society's purposes clause makes clear that the sole purpose of carrying out political activities and raising funds under clause 2(b) and (c) is to facilitate a valid educational purpose. Accordingly, purposes (b) and (c) can be taken as means to the fulfilment of purpose (a), not ends in themselves, and thus do not disqualify the Society from obtaining registration as a charity under the Act. It is difficult, however, to discern whether purpose (e) is a means of fulfilment or an end in itself because of its extremely broad wording, which mandates the Society to do "all such things that are incidental or conducive to the attainment of" its other purposes. One purpose may be conducive to another while still remaining an end in itself, not merely a means to the fulfilment of the second purpose. This, combined with the exceedingly vague content of purpose (e), leads to the conclusion that it cannot be classified as charitable simply on the basis of its relationship to the educational purpose disclosed in purpose (a). Furthermore, the question of whether an organization was constituted exclusively for charitable purposes cannot be determined solely by reference to the objects and purposes for which it was originally established. It is also necessary to consider the nature of the activities presently carried on by the organization as a potential indicator of whether it has since adopted other purposes. Here, the nature of the activities carried out by the Society further supports the conclusion as to the non-charitable character of purpose (e). The provision of a job skills directory and the establishment of support groups for professionals do not constitute educational activities, nor do they appear to be "incidental" to the attainment of purpose (a) of the Society. They must fall under purpose (e) as activities "conducive" to the other purposes. However, while these may well be useful services, they are directly in furtherance of helping immigrant women to find employment, which in itself is not a charitable purpose. The purposes of the Society therefore can and do accommodate non-charitable activities. They are simply too vague and indeterminénoncée à l'alinéa a) que poursuit l'appelante n'est pas une fin de bienfaisance en vertu de la quatrième catégorie. Il ne ressort des décisions antérieures aucune «tendance» reconnaissant que le fait d'assister les immigrantes dans leur intégration à la collectivité en les aidant à se trouver du travail constitue une fin de bienfaisance visée par la quatrième catégorie d'organismes de bienfaisance. Par conséquent, la fin énoncée à l'alinéa a) devrait être qualifiée uniquement de fin éducative.

Un organisme de bienfaisance authentique doit être constitué exclusivement à des fins de bienfaisance. Bien que les fins politiques ne soient généralement pas considérées comme des fins de bienfaisance, la clause énonçant les fins poursuivies par l'appelante indique clairement que les activités politiques et les activités de levée de fonds prévues aux clauses 2b) et c) ont pour seul but de faciliter une fin éducative valide. Par conséquent, les fins énoncées aux alinéas b) et c) peuvent être considérées comme des moyens de réaliser la fin énoncée à l'alinéa a) et non comme des fins en soi et, de ce fait, elles ne rendent pas l'appelante inadmissible à l'enregistrement comme œuvre de bienfaisance en vertu de la Loi. Il est difficile, cependant, de dire si la fin énoncée à l'alinéa e) décrit un moyen de réaliser une fin ou une fin en soi, étant donné que cet alinéa est rédigé en termes extrêmement généraux et qu'il confie à l'appelante le mandat de «faire toutes choses accessoires ou propres à assurer la réalisation» de ses autres fins. Une fin peut être propre à assurer la réalisation d'une autre fin tout en restant une fin en soi, et ne pas constituer simplement un moyen de réaliser la seconde fin. Cette considération, conjuguée à la teneur extrêmement vague de la fin énoncée à l'alinéa e), amène à conclure que cette fin ne peut pas être qualifiée de fin de bienfaisance simplement en se fondant sur son rapport avec la fin éducative indiquée à l'alinéa a). En outre, la question de savoir si un organisme est constitué exclusivement à des fins de bienfaisance ne peut pas être tranchée en se référant seulement aux fins et objets pour lesquels il a été établi à l'origine. Il faut également prendre en compte les activités exercées par l'organisme au moment de l'examen afin de voir si celui-ci n'a pas, depuis sa constitution, adopté d'autres fins. En l'espèce, la nature des activités exercées par l'appelante vient renforcer la conclusion que la fin énoncée à l'alinéa e) n'est pas une fin de bienfaisance. L'établissement d'un répertoire de compétences et la création de groupes de soutien à l'intention de professionnels ne constituent pas des activités éducatives, et de telles activités ne semblent pas «accessoires» à la réalisation de la fin énoncée à l'alinéa a) que poursuit l'appelante. Ces activités ne peuvent que relever de

nate to permit the Society to qualify for charitable status under the fourth head of *Pemsel*. In the result, the Society has not satisfied either of the two criteria for registration as a charity under s. 248(1) of the Act. While some of the Society's purposes contemplate charitable activities, they do not restrict the Society to charitable activities alone.

Even though some substantial change in the law of charity would be desirable and welcome at this time, it would not be appropriate for the Court, in the context of this case, to adopt an entirely new definition of charity. If this is to be done, especially for the purposes of the *Income Tax Act*, the specifics of the desired approach will be for Parliament to decide since a new and more expansive definition of charity, without warning, could have a substantial and serious effect on the taxation system.

The operation of the charitable registration scheme in the *Income Tax Act* does not violate the equality rights of the Society's intended beneficiaries under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The interplay of *Pemsel* and the *Income Tax Act* results in a scheme whereby any organization, by restricting itself to charitable purposes and activities, can qualify for registration as a charitable organization. This requirement applies uniformly to every organization that seeks to be registered as charitable.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The starting point for the courts in determining whether a particular purpose is charitable is the *Pemsel* case, which provides a classification of charitable purposes. The *Pemsel* classification carves out three presumptively charitable categories (relief of poverty, advancement of education, and advancement of religion) and creates a residual fourth category of charitable purposes ("other purposes beneficial to the community"), which itself comprises a number of recognized

l'alinéa e) en tant qu'activités «propres» à assurer la réalisation des autres fins. Toutefois, même si elles peuvent fort bien constituer des services utiles, elles visent directement à aider les immigrantes à se trouver du travail, ce qui en soi n'est pas une fin de bienfaisance. Les fins poursuivies par l'appelante peuvent donner lieu et, de fait, donnent lieu à des activités autres que des activités de bienfaisance. Elles sont simplement trop vagues et imprécises pour rendre l'appelante admissible au statut d'organisme de bienfaisance suivant la quatrième catégorie énoncée dans *Pemsel*. Par conséquent, l'appelante n'a satisfait à aucun des deux critères régissant l'enregistrement en tant qu'organisme de bienfaisance sous le régime du par. 248(1) de la Loi. Quoique certaines des fins poursuivies par l'appelante visent des activités de bienfaisance, elles ne limitent pas l'appelante à de telles activités.

Certains changements substantiels du droit en matière d'organismes de bienfaisance seraient souhaitables et bienvenus à ce moment-ci, mais il ne serait pas opportun, dans le contexte du présent pourvoi, que notre Cour adopte une définition entièrement nouvelle d'organisme de bienfaisance. Si une telle mesure doit être prise, particulièrement pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, c'est au législateur qu'il appartient d'en arrêter le détail, car l'adoption soudaine d'une nouvelle définition élargie de l'expression «organisme de bienfaisance» risquerait d'entraîner des conséquences graves et importantes pour le système fiscal.

L'application du régime prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière d'enregistrement des organismes de bienfaisance ne porte pas atteinte aux droits que garantit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux bénéficiaires visés par l'appelante. L'interaction de l'arrêt *Pemsel* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* donne un régime dans le cadre duquel tout organisme qui se limite à des fins et activités de bienfaisance peut être admissible à l'enregistrement comme œuvre de bienfaisance. Cette condition s'applique uniformément à tout organisme qui demande à être enregistré comme œuvre de bienfaisance.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): Le point de départ de l'analyse, par les tribunaux, de la question de savoir si une fin est une fin de bienfaisance est l'arrêt *Pemsel*, qui fournit une classification de fins de bienfaisance. La classification de l'arrêt *Pemsel* établit trois catégories de fins qui sont présumées être des fins de bienfaisance (soulagement de la pauvreté, promotion de l'éducation et promotion de la religion), et elle crée une catégorie résiduelle de fins de bienfaisance (les «autres fins utiles à la société») qui

subcategories. Any purpose which is charitable must fit into one or more of the four *Pemsel* categories. Further, a valid charitable organization must be constituted exclusively for charitable purposes. This requirement is reflected in the definition of "charitable organization" in s. 149.1(1) of the Act, which also requires that a charitable organization must devote all of its resources to charitable activities. The pursuit of purposes which, though not charitable in themselves, are merely ancillary or incidental to the fulfilment of the primary, charitable, purposes of an organization will not cause the organization to run afoul of the exclusivity requirement. Furthermore, for the organization to qualify as charitable, its purposes must be "for the benefit of the community or of an appreciably important class of the community". The public benefit requirement has two distinct components: there must be an objectively measurable and socially useful benefit conferred; and it must be a benefit available to a sufficiently large section of the population to be considered a public benefit. Although the public benefit requirement applies to all charitable purposes, it is of particular concern under the fourth head of the *Pemsel* classification. This is so because under the first three heads, public benefit is essentially a rebuttable presumption, whereas under the fourth head it must be demonstrated.

In determining whether a particular purpose may be placed within one or more of the *Pemsel* categories, the courts adhere to the analogical approach to legal reasoning familiar to the common law. Since the *Pemsel* classification does not itself provide any enumeration of purposes from which to analogize to putatively charitable purposes under consideration, the courts should consider whether the purpose is analogous to one of the purposes enumerated in the preamble of the *Statute of Elizabeth* or build analogy upon analogy. While the courts should not shy away from the recognition of new purposes which respond to pressing social needs, the pursuit of analogy should not lead the courts astray. To modernize the existing categories of charitable purposes, a court should adhere to the principles of altruism and public benefit in order to identify new charitable purposes and to ensure that existing ones continue to serve the public good. When considering a purpose under the fourth head of the *Pemsel* classification, the mere fact that a purpose is of public benefit does not,

comprend elle-même un certain nombre de sous-catégories reconnues. Toute fin de bienfaisance doit entrer dans une ou plusieurs des quatre catégories énoncées dans *Pemsel*. En outre, une œuvre de bienfaisance authentique doit être constituée exclusivement à des fins de bienfaisance. Cette condition ressort de la définition d'«œuvre de bienfaisance» figurant au par. 149.1(1) de la Loi, qui indique également que l'œuvre doit consacrer la totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance. Le fait pour un organisme de poursuivre des fins qui ne sont pas en elles-mêmes des fins de bienfaisance mais simplement des fins accessoires à la réalisation des fins de bienfaisance principales n'amène pas cet organisme à déroger à la condition d'exclusivité. En outre, pour être considéré un organisme de bienfaisance, l'organisme doit poursuivre des fins servant «l'intérêt de la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance». La condition relative à l'intérêt du public comporte deux éléments distincts: il faut qu'un bienfait objectivement mesurable et socialement utile soit apporté; il faut en outre que ce bienfait soit apporté à un groupe suffisamment large de la population pour être considéré comme un bienfait public. Même si la condition relative à l'intérêt du public s'applique à toutes les fins de bienfaisance, elle revêt une importance particulière en ce qui a trait à la quatrième catégorie de la classification établie dans l'arrêt *Pemsel*. Il en est ainsi parce que, dans le cas des trois premières catégories, l'existence d'un bienfait public est essentiellement une présomption réfutable, alors que, dans le cas de la quatrième catégorie, l'existence d'un tel bienfait doit être démontrée.

Pour déterminer si une fin donnée peut être rangée dans une ou plusieurs des catégories énoncées dans l'arrêt *Pemsel*, les tribunaux appliquent la méthode de raisonnement juridique par analogie usuelle en common law. Étant donné que la classification établie dans *Pemsel* n'énumère pas de fins auxquelles pourraient être assimilées par analogie les fins qui seraient des fins de bienfaisance, les tribunaux doivent se demander si la fin en cause est analogue à une des fins énumérées dans le préambule du *Statute of Elizabeth*, ou faire des analogies à partir d'autres analogies. Bien que les tribunaux ne doivent pas hésiter à reconnaître de nouvelles fins pour tenir compte de besoins sociaux pressants, ils ne doivent pas se laisser égarer par cette recherche d'analogies. Pour moderniser les catégories existantes de fins de bienfaisance, les tribunaux devraient plutôt adhérer aux principes de l'altruisme et de l'intérêt du public afin d'identifier de nouvelles fins de bienfaisance et de s'assurer que celles déjà reconnues continuent de servir l'intérêt du public. Le tribunal qui examine une fin en

without more, render that purpose charitable. To qualify as charitable, a purpose must be beneficial to the public "in a way which the law regards as charitable". The best approach for making such a determination is one which marries adherence to principle with respect for the existing categories as established by the *Pemsel* scheme.

In the law of charity, the courts' primary concern is to determine whether the purposes being pursued are charitable. It is these purposes which are essential, not the activities engaged in, although the activities must bear a coherent relationship to the purposes sought to be achieved. Accordingly, in determining whether an organization should be registered as a charitable organization, the proper approach is to begin by: (a) identifying the primary purposes of the organization; and then (b) determining whether those purposes are charitable. If one concludes that the purposes are not charitable, then the organization is not charitable, and the inquiry ends there. However, if the organization's primary purposes are charitable, then it must be considered (c) whether the other purposes pursued by the organization are ancillary or incidental to its primary purposes; and (d) whether the activities engaged in by the organization are sufficiently related to its purposes to be considered to be furthering them. If positive responses are made to these two latter inquiries, then the organization should be registered as a charitable organization. The Society's purpose is set out in clause 2(a) of its constitution and the other purposes are merely subsidiary to, and in direct furtherance of, this purpose.

The "advancement of education" head of the *Pemsel* classification has traditionally been given a relatively restrictive interpretation in Canada and this traditional definition should be abandoned in favour of a more modern conception. So long as information or training is provided in a structured manner and for a genuinely educational purpose — that is, to advance the knowledge or abilities of the recipients — and not solely to promote a particular point of view or political orientation, it may properly be viewed as falling within the advancement of education. In order to be educational under this head, an organization must pursue "actual teaching" or a "learning component". The concept of education, however, is not amenable to indefinite expansion. The more that purposes stray from traditional conceptions of education, the more difficult it will be to

regard de la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel* doit avoir à l'esprit que le seul fait qu'une fin sert l'intérêt du public n'en fait pas, sans plus, une fin de bienfaisance. Pour être considérée comme une fin de bienfaisance, une fin doit être utile à la société «d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance». La meilleure approche pour trancher une telle question est une approche combinant l'adhésion aux principes et le respect des catégories existantes établies dans *Pemsel.*

En matière de droit relatif aux organismes de bienfaisance, le souci premier des tribunaux est de déterminer si les fins poursuivies sont des fins de bienfaisance. Ce sont les fins qui sont essentielles, et non les activités, encore que les activités menées doivent évidemment avoir un rapport logique avec les fins poursuivies. En conséquence, pour décider si un organisme doit être enregistré comme œuvre de bienfaisance, la bonne approche consiste à commencer par a) dégager les fins principales de l'organisme, puis b) à décider s'il s'agit de fins de bienfaisance. Si on conclut qu'il ne s'agit pas de telles fins, l'organisme n'est pas une œuvre de bienfaisance et l'examen s'arrête là. Toutefois, si les fins principales poursuivies par l'organisme sont des fins de bienfaisance, il faut poursuivre l'examen et se demander c) si les autres fins poursuivies par l'organisme sont accessoires à ses fins principales, et d) si les activités menées par celui-ci se rapportent suffisamment à ses fins pour être considérées comme tendant à leur réalisation. Si des réponses affirmatives sont données à ces deux dernières questions, l'organisme doit alors être enregistré comme œuvre de bienfaisance. La fin poursuivie par l'appelante est énoncée à la clause 2a) de sa constitution, et les autres fins énoncées sont purement accessoires à cette fin et elles sont poursuivies directement en vue de sa réalisation.

La catégorie «promotion de l'éducation» a traditionnellement été interprétée de manière assez restrictive au Canada, et il convient d'abandonner cette définition traditionnelle en faveur d'une conception plus moderne. Dans la mesure où l'information ou la formation est donnée d'une manière structurée et dans une fin véritablement éducative — c'est-à-dire l'amélioration des connaissances ou des aptitudes des bénéficiaires — et non seulement dans le but de promouvoir un point de vue particulier ou une orientation politique donnée, l'information ou la formation peut à bon droit être considérée comme relevant de la promotion de l'éducation. Pour qu'un organisme soit considéré comme poursuivant une fin éducative suivant cette catégorie, ses activités doivent comporter un aspect d'«enseignement véritable» ou d'«acquisition de connaissances». La notion

engage in the task of distinguishing charitable from non-charitable purposes. Here, the "advancement of education" head encompasses the Society's purpose set out in clause 2(a) of its constitution. Accordingly, the Society is *prima facie* charitable because its purpose is charitable under a head of the *Pemsel* classification.

The Society's purpose can also be placed within the fourth head of the *Pemsel* classification. Assisting the settlement of immigrants and refugees, and their integration into national life, is a charitable purpose already recognized under the fourth head and the Society's purpose is subsumed within this subcategory. Immigrants are often in special need of assistance in their efforts to integrate into their new home. The Society provides assistance, guidance, and learning opportunities. It helps immigrants in developing and acquiring vocational skills, so that they may obtain employment. An organization, such as the Society, which assists immigrants through this difficult transition is directed towards a charitable purpose. Clearly, a direct benefit redounds to the individuals receiving assistance from the Society, and the nation as a whole gains from the integration of those individuals into its fabric. That is the public benefit at issue here.

A proper determination of whether the Society's activities are sufficiently connected to its purpose must take into account the unique needs and problems faced by immigrant and visible minority women in obtaining employment. Activities must be evaluated in the light of the purposes they are supposed to further. When this is done on the facts of this appeal, there is no doubt that the Society's activities are charitable. While some of the activities may not be sufficiently connected to the "advancement of education", no position is taken on that question in light of the finding that assisting immigrants so that they may obtain employment or self-employment, and thus become fully integrated into national life, is a valid charitable purpose under the fourth head of the *Pemsel* classification. These activities, which include maintaining a job skills directory, networking, liaising for accreditation of foreign credentials, soliciting job opportunities, and offering referral services, cannot be viewed as other than directly connected to achieving that purpose. Since each of these activities is directly related to the Society's charitable purpose, each

d'éducation ne se prête cependant pas à un élargissement indéfini. Plus les fins s'écartent des conceptions traditionnelles de l'éducation, plus il sera difficile de distinguer les fins de bienfaisance des autres fins. En l'espèce, la catégorie «promotion de l'éducation» englobe la fin poursuivie par l'appelante et énoncée à la clause 2a) de sa constitution. En conséquence, l'appelante est à première vue une œuvre de bienfaisance, parce que la fin qu'elle poursuit est une fin de bienfaisance entrant dans une des catégories de la classification établie dans *Pemsel*.

La fin poursuivie par l'appelante peut également être rangée dans la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*. Le fait d'aider les immigrants et les réfugiés à s'établir dans leur nouveau pays et à s'y intégrer est une fin de bienfaisance déjà reconnue suivant la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*, et la fin poursuivie par l'appelante est subsumée sous cette sous-catégorie. Les immigrants ont souvent un besoin particulier d'assistance pour s'intégrer à leur nouvelle patrie. L'appelante fournit de l'assistance, de l'information et des possibilités d'apprentissage. Elle aide des immigrants à acquérir et à perfectionner des aptitudes professionnelles, dans le but de les aider à se trouver du travail. Un organisme, telle l'appelante, qui aide les immigrantes à accomplir cette difficile transition tend à réaliser une fin de bienfaisance. Il est clair que les individus qui reçoivent l'aide de l'appelante en tirent un avantage direct, et la nation entière profite de leur intégration à la société. Voilà quel est le bienfait public en cause ici.

Pour décider si les activités de l'appelante se rapportent suffisamment à la fin qu'elle poursuit, il faut bien sûr tenir compte des besoins et des problèmes exceptionnels que rencontrent les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible quand elles cherchent du travail. Les activités doivent être évaluées à la lumière des fins qu'elles sont censées tendre à réaliser. Vu les faits du présent pourvoi, il ne fait pas de doute que les activités de l'appelante sont des activités de bienfaisance. Bien qu'il soit possible que certaines des activités ne se rapportent pas suffisamment à la «promotion de l'éducation», cette question n'a pas à être tranchée compte tenu de la conclusion que le fait d'aider les immigrantes à trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome et ainsi s'intégrer pleinement à la société est une fin de bienfaisance valide suivant la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*. Ces activités, qui comprennent la tenue d'un répertoire de compétences, le réseautage, les communications en vue de l'attestation des titres de compétences obtenus à l'étranger, la sollicitation d'offres d'emploi et les ser-

of them constitutes a "charitable activity" under the *Income Tax Act*.

Under the fourth head of the *Pemsel* classification, to qualify as charitable the class of persons eligible to benefit must be the community as a whole, or an appreciably important class of the community. The Society has not impermissibly limited the scope of its class of beneficiaries. Despite its primary focus on immigrant women, there is no indication that in practice the Society's beneficiaries are exclusively women or members of minority groups. On the contrary, the evidence suggests that the Society's services are open to all in need of them.

The political purposes doctrine has no application on the facts of this appeal. It is obvious from a plain reading of clause 2(b) that the Society's purpose is not political. Clause 2(b) does not authorize the Society to pursue political purposes, but merely enables it to engage in political activities in furtherance of its charitable purpose, provided that such political activities are incidental and ancillary to that charitable purpose.

The Society's purpose is not too vague or uncertain to be charitable. The purposes of an organization will almost invariably be phrased in broad, general terms and that cannot, of itself, render those words ambiguous. One should not aspire to an unrealistic degree of precision in such matters. By inserting the words "or conducive" into clause 2(e), the Society did not place itself outside the scope of legal charity. Though notionally a purpose clause, what is contemplated by clause 2(e) is the ability to conduct activities, not purposes. The key observation is that an organization whose purpose is charitable does not surrender that status merely because it engages in some activities which are not in themselves charitable, so long as those activities are subordinate to, and in furtherance of, the exclusively charitable purpose of the organization. That is the case here. The plain language of clause 2(e) indicates the obvious intent of the drafter to enable the Society to carry out certain activities in furtherance of its purpose.

vices d'orientation, ne peuvent être considérées comme ne se rapportant pas directement à la réalisation de cette fin. Chacune de ces activités se rapporte directement à la fin de bienfaisance poursuivie par l'appelante et constitue donc une «activité de bienfaisance» visée par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Pour qu'un organisme soit reconnu comme un organisme de bienfaisance suivant la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*, ses bénéficiaires doivent être soit l'ensemble de la société, soit un groupe d'une certaine importance. L'appelante n'a pas limité de manière inacceptable le groupe de ses bénéficiaires. Même si l'action de l'appelante vise premièrement les immigrantes, rien n'indique que, dans la pratique, les bénéficiaires de l'appelante soient exclusivement des immigrantes ou des membres de groupes minoritaires. Au contraire, la preuve tend à indiquer que les services de l'appelante sont offerts à tous ceux qui en ont besoin.

La doctrine des fins politiques ne s'applique pas vu les faits de l'espèce. Il ressort clairement de la simple lecture de la clause 2b) que l'appelante n'entend pas poursuivre des fins politiques. La clause 2b) n'autorise pas l'appelante à poursuivre des fins politiques, mais l'habilite simplement à mener des activités politiques tendant à la réalisation de la fin de bienfaisance qu'elle poursuit, pourvu que ces activités politiques soient accessoires à cette fin de bienfaisance.

La fin poursuivie par l'appelante n'est pas trop vague ou incertaine pour être une fin de bienfaisance. Les fins poursuivies par un organisme sont invariablement exprimées en termes larges, généraux et ce fait ne saurait, en soi, rendre les mots employés ambigus. Il ne faut pas viser à un degré de précision irréaliste en ces matières. En insérant les mots «ou propres» dans la clause 2e), l'appelante ne s'exclut pas du champ d'application de la notion d'organisme de bienfaisance en droit. Bien qu'elle soit présentée sous la forme d'une clause énonçant une fin, ce que prévoit la clause 2e) c'est la capacité de poursuivre des activités, et non pas des fins. L'important est de constater qu'un organisme qui poursuit une fin de bienfaisance ne perd pas son statut du seul fait qu'il mène des activités qui ne sont pas elles-mêmes des activités de bienfaisance, dans la mesure où ces activités sont accessoires à cette fin exclusive de bienfaisance et tendent à sa réalisation. C'est le cas en l'espèce. Le langage clair de la clause 2e) indique l'intention manifeste du rédacteur d'habiliter l'appelante à mener certaines activités tendant à la réalisation de la fin qu'elle poursuit.

It is unnecessary in this case to engage in a wholesale revision of the common law definition of charity because the Society's purpose can be placed within the existing *Pemsel* categories. Before asking this Court to modify the common law, litigants should demonstrate that they have exhausted the possibilities of the existing law. In the law of charity, those possibilities are considerable.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de procéder à une révision globale de la définition d'organisme de bienfaisance en common law, car la fin poursuivie par l'appelante peut être rangée dans les catégories existantes énoncées dans *Pemsel*. Avant de demander à notre Cour de modifier la common law, les plaideurs doivent démontrer qu'ils ont épuisé les possibilités qu'offre le droit existant. Dans le domaine du droit relatif aux organismes de bienfaisance, ces possibilités sont considérables.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *Guaranty Trust Co. of Canada v. Minister of National Revenue*, [1967] S.C.R. 133; *D'Aguiar v. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31; **disapproved:** *Re Fitzgibbon* (1916), 27 O.W.R. 207; **distinguished:** *Re Stone* (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704; *In re Wallace*, [1908] V.L.R. 636; *In re Cohen*, [1954] N.Z.L.R. 1097; *Re Morrison* (1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757; *Briarpatch Inc. v. The Queen*, 96 D.T.C. 6294; *Maclean Hunter Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, 88 D.T.C. 6096; **referred to:** *The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 S.C.R. 76; *Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 471; *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531; *Positive Action Against Pornography v. M.N.R.*, [1988] 2 F.C. 340; *Morice v. Bishop of Durham* (1805), 10 Ves. Jun. 522, 32 E.R. 947, aff'g (1804), 9 Ves. Jun. 399, 32 E.R. 656; *McGovern v. Attorney-General*, [1982] Ch. 321; *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd. v. Glasgow Corporation*, [1968] A.C. 138; *Verge v. Somerville*, [1924] A.C. 496; *Human Life International in Canada Inc. v. M.N.R.*, [1998] 3 F.C. 202; *British Launderers' Research Association v. Borough of Hendon Rating Authority*, [1949] 1 K.B. 462; *Interfaith Development Education Association, Burlington v. M.N.R.*, 97 D.T.C. 5424; *Inland Revenue Commissioners v. McMullen*, [1981] A.C. 1; *Re Hopkins' Will Trusts*, [1964] 3 All E.R. 46; *Re Koeppler Will Trusts*, [1986] Ch. 423; *Re Societa Unita and Town of Gravenhurst* (1977), 16 O.R. (2d) 785, aff'd (1978), 6 M.P.L.R. 172; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co.*, [1951] A.C. 297; *Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers Association Inc.*, [1942] 1 All E.R. 232; *Institution of Mechanical Engineers v. Cane*,

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts appliqués: *Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue*, [1967] R.C.S. 133; *D'Aguiar c. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31; **arrêt critiqué:** *Re Fitzgibbon* (1916), 27 O.W.R. 207; **distinction faite d'avec les arrêts:** *Re Stone* (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704; *In re Wallace*, [1908] V.L.R. 636; *In re Cohen*, [1954] N.Z.L.R. 1097; *Re Morrison* (1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757; *Briarpatch Inc. c. La Reine*, 96 D.T.C. 6294; *Maclean Hunter Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, 88 D.T.C. 6096; **arrêts mentionnés:** *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76; *Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471; *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531; *Positive Action Against Pornography c. M.R.N.*, [1988] 2 C.F. 340; *Morice c. Bishop of Durham* (1805), 10 Ves. Jun. 522, 32 E.R. 947, conf. (1804), 9 Ves. Jun. 399, 32 E.R. 656; *McGovern c. Attorney-General*, [1982] Ch. 321; *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd. c. Glasgow Corporation*, [1968] A.C. 138; *Verge c. Somerville*, [1924] A.C. 496; *Human Life International in Canada Inc. c. M.R.N.*, [1998] 3 C.F. 202; *British Launderers' Research Association c. Borough of Hendon Rating Authority*, [1949] 1 K.B. 462; *Interfaith Development Education Association, Burlington c. M.R.N.*, 97 D.T.C. 5424; *Inland Revenue Commissioners c. McMullen*, [1981] A.C. 1; *Re Hopkins' Will Trusts*, [1964] 3 All E.R. 46; *Re Koeppler Will Trusts*, [1986] Ch. 423; *Re Societa Unita and Town of Gravenhurst* (1977), 16 O.R. (2d) 785, conf. par (1978), 6 M.P.L.R. 172; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Oppenheim c. Tobacco Securities Trust Co.*, [1951] A.C. 297; *Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers Association Inc.*, [1942] 1

[1961] A.C. 696; *Everywoman's Health Centre Society (1988) v. M.N.R.*, [1992] 2 F.C. 52.

By Gonthier J. (dissenting)

D'Aguiar v. Guyana Commissioner of Inland Revenue, [1970] T.R. 31; *Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 471; *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531; *Everywoman's Health Centre Society (1988) v. M.N.R.*, [1992] 2 F.C. 52; *Positive Action Against Pornography v. M.N.R.*, [1988] 2 F.C. 340; *Vancouver Regional FreeNet Assn. v. M.N.R.*, [1996] 3 F.C. 880; *McGovern v. Attorney-General*, [1982] Ch. 321; *Guaranty Trust Co. of Canada v. Minister of National Revenue*, [1967] S.C.R. 133, rev'g [1965] 2 Ex. C.R. 69; *The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 S.C.R. 76; *Turner v. Ogden* (1787), 1 Cox 316, 29 E.R. 1183; *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales v. Attorney-General*, [1972] Ch. 73; *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd. v. Glasgow Corporation*, [1968] A.C. 138; *In re Strakosch*, [1949] Ch. 529; *British Launderers' Research Association v. Borough of Hendon Rating Authority*, [1949] 1 K.B. 462; *Jones v. T. Eaton Co.*, [1973] S.C.R. 635; *Brewer v. McCauley*, [1954] S.C.R. 645; *Verge v. Somerville*, [1924] A.C. 496; *Inland Revenue Commissioners v. Baddeley*, [1955] A.C. 572; *National Anti-Vivisection Society v. Inland Revenue Commissioners*, [1948] A.C. 31; *Blais v. Touchet*, [1963] S.C.R. 358; *In re Foveaux*, [1895] 2 Ch. 501; *Williams' Trustees v. Inland Revenue Commissioners*, [1947] A.C. 447; *Peggs v. Lamb*, [1994] 2 All E.R. 15; *Royal National Agricultural and Industrial Association v. Chester* (1974), 3 A.L.R. 486; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Scarborough Community Legal Services v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 555; *Toronto Volgograd Committee v. M.N.R.*, [1988] 3 F.C. 251; *Alberta Institute on Mental Retardation v. Canada*, [1987] 3 F.C. 286; *Re Public Trustee and Toronto Humane Society* (1987), 60 O.R. (2d) 236; *Human Life International in Canada Inc. v. M.N.R.*, [1998] 3 F.C. 202; *Stop the Violence . . . Face the Music Society v. The Queen*, 97 D.T.C. 5026; *Attorney General v. Ross*, [1985] 3 All E.R. 334; *Inland Revenue Commissioners v. Oldham Training and Enterprise Council*, [1996] B.T.C. 539; *Briarpatch Inc. v. The Queen*, 96 D.T.C. 6294; *Interfaith Development Education Association, Burlington v. M.N.R.*, 97 D.T.C. 5424; *Maclean Hunter Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, 88 D.T.C. 6096; *Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers* All E.R. 232; *Institution of Mechanical Engineers c. Cane*, [1961] A.C. 696; *Everywoman's Health Centre Society (1988) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.F. 52.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

D'Aguiar c. Guyana Commissioner of Inland Revenue, [1970] T.R. 31; *Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471; *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531; *Everywoman's Health Centre Society (1988) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.F. 52; *Positive Action Against Pornography c. M.R.N.*, [1988] 2 C.F. 340; *Vancouver Regional FreeNet Assn. c. M.R.N.*, [1996] 3 F.C. 880; *McGovern c. Attorney-General*, [1982] Ch. 321; *Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue*, [1967] R.C.S. 133, inf. [1965] 2 R.C. de l'É. 69; *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76; *Turner c. Ogden* (1787), 1 Cox 316, 29 E.R. 1183; *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales c. Attorney-General*, [1972] Ch. 73; *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd. c. Glasgow Corporation*, [1968] A.C. 138; *In re Strakosch*, [1949] Ch. 529; *British Launderers' Research Association c. Borough of Hendon Rating Authority*, [1949] 1 K.B. 462; *Jones c. T. Eaton Co.*, [1973] R.C.S. 635; *Brewer c. McCauley*, [1954] R.C.S. 645; *Verge c. Somerville*, [1924] A.C. 496; *Inland Revenue Commissioners c. Baddeley*, [1955] A.C. 572; *National Anti-Vivisection Society c. Inland Revenue Commissioners*, [1948] A.C. 31; *Blais c. Touchet*, [1963] R.C.S. 358; *In re Foveaux*, [1895] 2 Ch. 501; *Williams' Trustees c. Inland Revenue Commissioners*, [1947] A.C. 447; *Peggs c. Lamb*, [1994] 2 All E.R. 15; *Royal National Agricultural and Industrial Association c. Chester* (1974), 3 A.L.R. 486; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Scarborough Community Legal Services c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 555; *Toronto Volgograd Committee c. M.R.N.*, [1988] 3 C.F. 251; *Alberta Institute on Mental Retardation c. Canada*, [1987] 3 C.F. 286; *Re Public Trustee and Toronto Humane Society* (1987), 60 O.R. (2d) 236; *Human Life International in Canada Inc. c. M.R.N.*, [1998] 3 C.F. 202; *Stop the Violence . . . Face the Music Society c. La Reine*, 97 D.T.C. 5026; *Attorney General c. Ross*, [1985] 3 All E.R. 334; *Inland Revenue Commissioners c. Oldham Training and Enterprise Council*, [1996] B.T.C. 539; *Briarpatch Inc. c. La Reine*, 96 D.T.C. 6294; *Interfaith Development Education Association, Burlington c. M.R.N.*, 97 D.T.C. 5424; *Maclean Hunter Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, 88 D.T.C. 6096; *Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers*

Association Inc., [1942] 1 All E.R. 232; *Inland Revenue Commissioners v. McMullen*, [1981] A.C. 1; *Re Stone* (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704; *In re Wallace*, [1908] V.L.R. 636; *In re Cohen*, [1954] N.Z.L.R. 1097; *Re Morrison* (1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757; *Re Fitzgibbon* (1916), 27 O.W.R. 207; *Re Mariette*, [1915] 2 Ch. 284; *Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights Commission* (1990), 69 D.L.R. (4th) 321; *N.D.G. Neighbourhood Association v. Revenue Canada, Taxation Department*, 88 D.T.C. 6279; *Re Koeppler Will Trusts*, [1986] Ch. 423; *Institution of Mechanical Engineers v. Cane*, [1961] A.C. 696; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

Statutes and Regulations Cited

Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32, Part II.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

Charitable Uses Act, 1601 (Eng.), 43 Eliz. 1, c. 4 (*Statute of Elizabeth* or *Statute of Charitable Uses*), preamble.

Charities Act, 1960 (U.K.), 8 & 9 Eliz. 2, c. 58, s. 38.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 6(8) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 3], 9(1.4) [*idem*, s. 4].

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, as amended, ss. 6.11 to 6.19, 8 to 11.1.

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 110.1(1)(*a*) [repl. 1994, c. 7, Sch. II, s. 79(1)], 118.1(1), (3), 149(1)(*f*), (*l*), 149.1(1) "charitable foundation", "charitable organization", "charitable purposes", (2) [am. 1994, c. 21, s. 74(4)], (4.1), (6.1), (6.2), (14), 168, 172(3) [am. 1994, c. 7, Sch. II, s. 141(1)], 180(3), 188(1) [repl. 1994, c. 21, s. 84(1)], 230(2) [*idem*, s. 105(1)], 248(1) "registered charity".

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 900(8) [rep. & sub. SOR/87-470, s. 1(10); am. SOR/89-346, s. 1(6); am. SOR/92-137, s. 1(10); am. SOR/93-280, s. 1(7); am. SOR/94-495, s. 1(6)].

Income War Tax Act, 1917, S.C. 1917, c. 28, s. 5(*d*).

Mortmain and Charitable Uses Act, 1888 (U.K.), 51 & 52 Vict., c. 42, s. 13(1), (2).

Society Act, R.S.B.C. 1979, c. 390 [now R.S.B.C. 1996, c. 433].

Association Inc., [1942] 1 All E.R. 232; *Inland Revenue Commissioners c. McMullen*, [1981] A.C. 1; *Re Stone* (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704; *In re Wallace*, [1908] V.L.R. 636; *In re Cohen*, [1954] N.Z.L.R. 1097; *Re Morrison* (1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757; *Re Fitzgibbon* (1916), 27 O.W.R. 207; *Re Mariette*, [1915] 2 Ch. 284; *Canada Trust Co. c. Ontario Human Rights Commission* (1990), 69 D.L.R. (4th) 321; *Association communautaire de N.-D.-G. c. Revenu Canada, Ministère du Revenu*, 88 D.T.C. 6279; *Re Koeppler Will Trusts*, [1986] Ch. 423; *Institution of Mechanical Engineers c. Cane*, [1961] A.C. 696; *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Lois et règlements cités

Charitable Uses Act, 1601 (Angl.), 43 Eliz. 1, ch. 4 (*Statute of Elizabeth* ou *Statute of Charitable Uses*), préambule.

Charities Act, 1960 (R.-U.), 8 & 9 Eliz. 2, ch. 58, art. 38.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917, S.C. 1917, ch. 28, art. 5*d*).

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 110.1(1)*a*) [rempl. 1994, ch. 7, ann. II, art. 79(1)], 118.1(1), (3), 149(1)*f*), *l*), 149.1(1) «fins de bienfaisance», «fondation de bienfaisance», «œuvre de bienfaisance», (2) [mod. 1994, ch. 21, art. 74(4)], (4.1), (6.1), (6.2), (14), 168, 172(3) [mod. 1994, ch. 7, ann. II, art. 141(1)], 180(3), 188(1) [rempl. 1994, ch. 21, art. 84(1)], 230(2) [*idem*, art. 105(1)], 248(1) «organisme de bienfaisance enregistré».

Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, ch. C-32, partie II.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 6(8) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 3], 9(1.4) [*idem*, art. 4].

Mortmain and Charitable Uses Act, 1888 (R.-U.), 51 & 52 Vict., ch. 42, art. 13(1), (2).

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 900(8) [abr. & rempl. DORS/87-470, art. 1(10); mod. DORS/89-346, art. 1(6); mod. DORS/92-137, art. 1(10); mod. DORS/93-280, art. 1(7); mod. DORS/94-495, art. 1(6); mod. DORS/94-686, art. 51].

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, et ses modifications, art. 6.11 à 6.19, 8 à 11.1.

Society Act, R.S.B.C. 1979, ch. 390 [maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 433].

Authors Cited

Bagambiire, Davies B. N. *Canadian Immigration and Refugee Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

Bromley, E. Blake. "Contemporary Philanthropy — Is the Legal Concept of "Charity" Any Longer Adequate?" In Donovan W. M. Waters, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts 1993*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, 59.

Cairns, Elizabeth. *Charities: Law and Practice*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

Canada. Revenue Canada. Interpretation Bulletin IT-486R, "Intergenerational Transfers of Shares of a Small Business Corporation", December 31, 1987.

Concise Oxford Dictionary, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "conducive", "incidental".

Cullity, Maurice C. "The Myth of Charitable Activities" (1990), 10 *Est. & Tr. J.* 7.

Drache, Arthur B. C. *Canadian Taxation of Charities and Donations*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated October 1997, supplement 1997-1).

Fridman, G. H. L. "Charities and Public Benefit" (1953), 31 *Can. Bar Rev.* 537.

Jones, Gareth. *History of the Law of Charity 1532-1827*. London: Cambridge University Press, 1969.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Charities*. Toronto: The Commission, 1997.

Smith, David W. "Tax appeal procedure for charities needs improving", in *The National*, vol. 12, No. 4, April 1985, p. 21.

Tudor on Charities, 8th ed. by Jean Warburton. London: Sweet & Maxwell, 1995.

United States. Department of the Treasury. Internal Revenue Service. Cumulative Bulletin 1976-1, Rev. Rul. 76-205, p. 154.

Waters, Donovan W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1996), 195 N.R. 235, 96 D.T.C. 6232, [1996] 2 C.T.C. 88, [1996] F.C.J. No. 307 (QL), affirming the Minister of National Revenue's decision rejecting appellant's application for charitable tax status. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

David W. Mossop, for the appellant.

Doctrine citée

Bagambiire, Davies B. N. *Canadian Immigration and Refugee Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

Bromley, E. Blake. «Contemporary Philanthropy — Is the Legal Concept of "Charity" Any Longer Adequate?» In Donovan W. M. Waters, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts 1993*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, 59.

Cairns, Elizabeth. *Charities: Law and Practice*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

Canada. Revenu Canada. Bulletin d'interprétation IT-486R, «Transferts entre générations d'actions d'une corporation exploitant une petite entreprise», 31 décembre 1987.

Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Report on the Law of Charities*. Toronto: La Commission, 1997.

Cullity, Maurice C. «The Myth of Charitable Activities» (1990), 10 *Est. & Tr. J.* 7.

Drache, Arthur B. C. *Canadian Taxation of Charities and Donations*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated October 1997, supplement 1997-1).

Fridman, G. H. L. «Charities and Public Benefit» (1953), 31 *R. du B. can.* 537.

Jones, Gareth. *History of the Law of Charity 1532-1827*. London: Cambridge University Press, 1969.

Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1996, «accessoire», «propre».

Smith, David W. «Tax appeal procedure for charities needs improving», in *The National*, vol. 12, No. 4, April 1985, p. 21.

Tudor on Charities, 8th ed. by Jean Warburton. London: Sweet & Maxwell, 1995.

United States. Department of the Treasury. Internal Revenue Service. Cumulative Bulletin 1976-1, Rev. Rul. 76-205, p. 154.

Waters, Donovan W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1996), 195 N.R. 235, 96 D.T.C. 6232, [1996] 2 C.T.C. 88, [1996] A.C.F. nº 307 (QL), qui a confirmé la décision du ministre du Revenu national, qui a rejeté la demande d'enregistrement comme œuvre de bienfaisance présentée par l'appelante. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

David W. Mossop, pour l'appelante.

Roger Leclaire and *Johanne D'Auray*, for the respondent.

Emilio S. Binavince and *Uzma Ihsanullah*, for the interveners the Minority Advocacy and Rights Council, the Canadian Ethnocultural Council and the Centre for Research Action on Race Relations.

W. Laird Hunter and *Arthur B. C. Drache, Q.C.*, for the intervener the Canadian Centre for Philanthropy.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

1 GONTHIER J. (dissenting) — This appeal requires the Court to consider the legal definition of charity, and to apply that definition to determine whether the respondent Minister of National Revenue ("Minister") erred in law in refusing to register the appellant Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women ("Society") as a charitable organization under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (formerly R.S.C. 1952, c. 148).

2 I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Iacobucci J. Although there is considerable agreement between Iacobucci J.'s reasoning and my own as to the appropriate scope to be given to the legal categories of charity, I find myself unable to agree with certain aspects of my colleague's reasons. More importantly, I disagree with my colleague as to the manner in which the legal definition of charity should be applied to the particular circumstances of this appeal, and hence, with the result he reaches. Accordingly, I have felt it necessary to set out my own reasons.

I. Facts

3 The appellant Society, which is based in Vancouver, was incorporated on December 19, 1985, under the *Society Act*, R.S.B.C. 1979, c. 390 (now R.S.B.C. 1996, c. 433), as a corporation

Roger Leclaire et *Johanne D'Auray*, pour l'intimé.

Emilio S. Binavince et *Uzma Ihsanullah*, pour les intervenants le Conseil de revendication des droits des minorités, le Conseil ethnoculturel du Canada et le Centre de recherche-action sur les relations raciales.

W. Laird Hunter et *Arthur B. C. Drache, c.r.*, pour l'intervenant le Centre canadien de philanthropie.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à examiner la définition juridique d'organisme de bienfaisance et à l'appliquer pour décider si le ministre du Revenu national intimé (le «ministre») a commis une erreur de droit en refusant d'enregistrer la Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women (l'«association») comme œuvre de bienfaisance sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.) (auparavant S.R.C. 1952, ch. 148).

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Iacobucci. Bien que, sur la question du champ d'application des catégories juridiques d'organismes de bienfaisance, son raisonnement rejoigne sensiblement le mien, je suis dans l'impossibilité de souscrire à certains aspects de ses motifs. Fait plus important encore, je ne suis pas d'accord avec mon collègue sur la manière d'appliquer la définition juridique d'organisme de bienfaisance aux circonstances particulières du présent pourvoi, et donc avec le résultat auquel il arrive. En conséquence, j'estime nécessaire d'exposer mes propres motifs.

I. Les faits

L'association appelante, dont le siège est à Vancouver, a été constituée le 19 décembre 1985, sous le régime de la *Society Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 390 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 433),

without share capital. In 1992, the Society made its first application to Revenue Canada seeking registration as a registered charity under ss. 149.1(1) and 248(1) of the *Income Tax Act* ("*ITA*"). Revenue Canada, in a letter to the Society dated April 10, 1992, refused to register the Society as a registered charity, and gave reasons for its decision. So began a lengthy series of correspondence between the Society, its counsel, and Revenue Canada. Although Revenue Canada's initial refusal decision is not the subject of the present appeal, Revenue Canada's ultimate refusal to register the Society must be interpreted in the light of this long chain of correspondence. Because the correspondence and the constituting documents of the Society make up the entire record in this appeal, I outline them in some detail in the following paragraphs.

comme personne morale sans capital-actions. En 1992, l'association a présenté à Revenu Canada sa première demande d'enregistrement comme organisme de bienfaisance en vertu de l'al. 149.1(1) et du par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* («*LIR*»). Dans une lettre datée du 10 avril 1992, Revenu Canada a indiqué à l'association qu'il refusait de l'enregistrer et a fait état des motifs de cette décision. C'est ainsi que s'est amorcée une longue correspondance entre l'association, son avocat et Revenu Canada. Même si le refus initial de Revenu Canada ne fait pas l'objet du présent pourvoi, son refus définitif d'enregistrer l'association doit être interprété à la lumière de cette longue correspondance. Étant donné que la correspondance et les documents constitutifs de l'association forment l'ensemble du dossier dans le présent pourvoi, je vais les examiner assez en détail dans les paragraphes qui suivent.

In response to Revenue Canada's first refusal decision, the Society amended its constitution on August 21, 1992, to restrict the scope of its purposes, so that the Society's purposes were as set out below:

Par suite du premier refus de Revenu Canada, l'association a modifié ses statuts, le 21 août 1992, afin de restreindre la portée des fins qu'elle poursuit, celles-ci étant désormais énoncées ainsi: 4

[TRADUCTION]

2. (a) To educate members of the Community at large, including immigrant & visible minority women, on the needs and concerns of immigrant & visible minority women in Canada;

   (b) To foster and promote social awareness and community involvement in civic education, volunteer and membership development and preventive social services;

   (c) To facilitate immigrant and visible minority women in achieving economic and social independence and their full potential in Canadian society;

   (d) To co-operate and build a network within British Columbia, especially among immigrant and visible minority women and concerned individuals and groups, in order to provide current information and services for the purpose of mutual support;

2. a) instruire le grand public, y compris les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible, sur les besoins et les préoccupations des immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible au Canada;

   b) favoriser et promouvoir la connaissance et la participation de la collectivité en matière d'éducation civique, de recrutement de bénévoles et de membres ainsi qu'en matière de services sociaux préventifs;

   c) aider les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible à devenir autonomes sur les plans social et financier et à se réaliser pleinement dans la société canadienne;

   d) coopérer en vue d'établir, en Colombie-Britannique, spécialement parmi les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible ainsi que les individus et les groupes intéressés, un réseau permettant, à des fins d'appui mutuel, de communiquer des renseignements à jour et d'offrir des services;

(e) To provide services and to do all such things that are incidental or conducive to the attainment of the above stated objects, including the seeking of funds from governments and/or other sources for the implementation of the aforementioned objectives.

e) offrir des services et faire toutes choses accessoires ou propres à assurer la réalisation des fins énoncées ci-dessus, y compris solliciter des fonds auprès des gouvernements et d'autres sources pour la mise en œuvre des objectifs mentionnés précédemment.

5 On March 17, 1993, the Society replied to Revenue Canada's refusal letter. The Society explained why it should be registered under the *ITA*, and asked that its application be re-assessed. The Society's letter outlined its purposes and activities. It reiterated its earlier assertion that its purposes were "non-political". The Society stated that it sought to assist and educate the community at large, but that its particular (though non-exclusive) focus was upon immigrant and visible minority women. The Society indicated that its services and workshops were designed to "relieve poverty" and "advance education". To these ends, the Society's activities included a "career and vocational counselling service" to assist women in obtaining employment, and assistance in such practical skills as "resume writing, interview skills, and dealing with Canadian employers". In addition, the Society indicated that one of its current projects was an "anti-racism education workshop".

Le 17 mars 1993, l'association a répondu à la lettre de refus de Revenu Canada, faisant valoir les motifs justifiant son enregistrement en application de la *LIR* et demandant le réexamen de sa demande. Dans sa lettre, l'association exposait les fins et les activités qu'elle poursuivait. Elle y réaffirmait poursuivre des fins [TRADUCTION] «non politiques». L'association disait chercher à aider et à instruire le grand public, mais que son action visait particulièrement (quoique non exclusivement) les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible. Elle indiquait que ses services et ses ateliers étaient destinés à [TRADUCTION] «soulager la pauvreté» et à «promouvoir l'éducation». Elle disait offrir, entre autres activités tendant à la réalisation de ces fins, des [TRADUCTION] «services d'orientation professionnelle» destinés à aider les femmes à trouver du travail, ainsi que des mesures d'assistance sur des questions pratiques telles que [TRADUCTION] «la rédaction de curriculum vitæ, la préparation aux entrevues et la façon de traiter avec les employeurs canadiens». L'association précisait également que l'un de ses projets en cours était un [TRADUCTION] «atelier de sensibilisation à la lutte contre le racisme».

6 Revenue Canada replied with a form letter on April 5, 1993 indicating that it would not commence a review of the Society's application until it had received further information from the Society. Revenue Canada's letter stated that the Society's March 17, 1993 application had not been made on the prescribed form, and enclosed a copy of the T2050 form.

Revenu Canada a répondu par une lettre type datée du 5 avril 1993, dans laquelle il indiquait qu'il n'étudierait pas la demande de l'association avant d'avoir reçu des renseignements supplémentaires de celle-ci. Revenu Canada ajoutait que l'association n'avait pas présenté sa demande du 17 mars 1993 sur le formulaire réglementaire, et joignait un exemplaire du formulaire T2050.

7 The Society made a second application for registration on May 10, 1993, by completing the T2050 form and returning it to Revenue Canada, along with a cover letter. A Revenue Canada official telephoned the Society on August 24, 1993, to request further clarification as to how its programs

L'association a présenté une deuxième demande d'enregistrement le 10 mai 1993, remplissant le formulaire T2050 et le renvoyant à Revenu Canada accompagné d'une lettre de présentation. Le 24 août 1993, un fonctionnaire de Revenu Canada a téléphoné à l'association pour demander des éclair-

were conducted and who was eligible to participate in the programs. The Revenue Canada official wrote a memorandum to file regarding the information obtained during this telephone conversation. The relevant portion of the memorandum is set out below:

1. Membership

About 300 members from all walks of life seeking employment opportunities and general support for integration into Canadian life.

2. Job Skills Directory

In addition to its own membership, others wishing to be included in the directory are listed, for a total of approx. 600 persons, ranging from those on social assistance to professionals who have been in the country for a few years and wish to re-enter the work force. No percentages available re income level of those listed.

The Society does not arrange interviews for persons listed. Organizations wishing to employ persons send notice to the Society of jobs that are available. While this information may be brought to the attention of individuals with the required skills, it is up to the person to make the contact and seek the job.

The Directory is not circulated in the job market, but its existence is advertised by the Society in EIC, in educational institutions, etc.

3. Job Skills Training

Other than placing volunteer workers as receptionists, clerks, bookkeepers, computer operators, etc. within the Society's operation, no training in various skills is undertaken by the Society.

However, pre-Employment counselling re resumes, conduct of job interviews, where to apply for jobs, etc. is conducted by the Society.

4. Employment Equity and Foreign Credentials Committees

Both are concerned with the matter of recognition of degrees and certifications earned in other countries which are not accepted in Canada. Workshops and meet-

cissements sur les modalités d'exécution de ses programmes et sur l'identité des personnes admissibles à y participer. Le fonctionnaire a versé au dossier un compte rendu de l'information recueillie durant la conversation téléphonique. Voici le passage pertinent de cette note:

[TRADUCTION]

1. Membres

Environ 300 membres de tous les milieux en quête de débouchés et d'appui général pour s'intégrer à la société canadienne.

2. Répertoire de compétences

Outre les membres, y sont inscrites les autres personnes intéressées à y figurer, soit au total environ 600 personnes, bénéficiaires de l'aide sociale ou professionnels qui sont arrivés au pays depuis quelques années et souhaitent réintégrer la population active. Aucun pourcentage n'est fourni quant au niveau de revenu des individus inscrits.

L'association n'organise pas d'entrevues pour les personnes inscrites. Les employeurs qui veulent recruter font parvenir à l'association des offres d'emploi. Bien que cette information soit portée à l'attention des individus possédant les aptitudes requises, il appartient à chaque individu de communiquer avec l'employeur pour solliciter le poste.

L'association ne diffuse pas son répertoire sur le marché de l'emploi, mais en fait connaître l'existence dans les centres d'Emploi et Immigration Canada, les établissements d'enseignement, etc.

3. Formation professionnelle

Aucune formation professionnelle n'est offerte, si ce n'est aux bénévoles assignés, au sein de l'association, à des postes de réceptionnistes, d'employés de bureau, de commis comptables, d'opérateurs sur ordinateur, etc.

Toutefois, l'association offre des services de consultation en ce qui concerne la rédaction de curriculum vitæ, la préparation aux entrevues et les endroits où s'adresser pour demander un emploi, etc.

4. Comité de l'équité en matière d'emploi et Comité d'examen des titres de compétences obtenus à l'étranger

Ces deux comités sont chargés de la question de la reconnaissance des diplômes et certificats qui ont été obtenus à l'étranger et ne sont pas acceptés au Canada.

ings with teaching and nursing associations and institutions are held to discuss accreditation of certifications and informing individuals of courses required to bring their qualifications to Canadian standards.

This is strictly an educational process — doesn't involve legislation.

5. ESL Classes — are conducted by Employment & Immigration Canada. The Society refers its people to EIC and advises EIC when a need for the class arises.

6. Support Group for Professionals

Assistance and encouragement is given by professional committee to professional members wishing to enter or re-enter the work force, most often with regard to upgrading their certification to meet Canadian requirements.

. . .

I questioned "preventive social services". She explained such activities as public workshop [*sic*], meetings on matters like abuse, violence vs. women, anti-racism.

8 On August 27, 1993, Revenue Canada wrote to the Society to advise it that, as it was then constituted, the Society was "unlikely to qualify for registration". The letter outlined Revenue Canada's various objections to the Society's purposes and activities. On December 3, 1993, counsel for the Society wrote to Revenue Canada, enclosing a draft copy of further proposed amendments to the Society's constitution for Revenue Canada's review and approval. The proposed amendments had been drafted in response to Revenue Canada's earlier objections, and revised the Society's purposes to read as follows:

2. PURPOSES

The purposes of the Society are:

a. to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant women in order that they

Des ateliers et des réunions avec des associations d'enseignants et d'infirmiers ainsi qu'avec des établissements d'enseignement et de soins infirmiers sont organisés pour discuter de l'agrément des titres de compétences et pour renseigner les individus sur les cours à suivre pour satisfaire aux normes canadiennes.

Il s'agit strictement d'un processus éducatif — ne vise pas la législation.

5. Cours d'anglais langue seconde — donnés par Emploi & Immigration Canada. L'association adresse sa clientèle à EIC et informe EIC lorsque le besoin d'organiser de tels cours se fait sentir.

6. Groupes de soutien à l'intention des professionnels

Un comité composé de professionnels fournit assistance et encouragement aux professionnels membres de l'association qui souhaitent intégrer ou réintégrer la population active; la plupart du temps les activités portent sur l'actualisation de leurs compétences pour satisfaire aux normes canadiennes.

. . .

Je l'ai interrogée sur les «services sociaux préventifs». Elle a expliqué qu'il s'agissait d'activités comme des ateliers publics, des réunions portant sur des sujets comme les mauvais traitements, la violence faite aux femmes, la lutte contre le racisme.

Le 27 août 1993, Revenu Canada a écrit à l'association pour l'informer que, telle qu'elle était alors constituée, elle [TRADUCTION] «n'obtiendra[it] vraisemblablement pas l'enregistrement demandé». La lettre faisait état des diverses objections de Revenu Canada à l'égard des fins et activités de l'association. Le 3 décembre 1993, l'avocat de cette dernière a écrit à Revenu Canada, joignant à son envoi, pour examen et approbation par Revenu Canada, une ébauche des modifications supplémentaires que l'association proposait d'apporter à ses statuts. Ces modifications avaient été préparées en réponse aux objections initiales soulevées par Revenu Canada. Les fins révisées étaient maintenant rédigées ainsi:

[TRADUCTION]

2. FINS

L'association poursuit les fins suivantes:

a) organiser des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs à l'intention des immi-

may be able to find or obtain employment or self employment;

b. to carry on political activities provided such activities are incidental and ancillary to the above purposes and provided such activities do not include direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office; and

c. to raise funds in order to carry out the above purposes by means of solicitations of funds from governments, corporations and individuals.

A Revenue Canada official telephoned counsel for the Society on December 23, 1993, to explain her continuing concerns about the wording of the Society's proposed objects. In a memorandum to file, the Revenue Canada official indicated that she had also explained to counsel for the Society that she had concerns about the Society's activities. The memorandum stated that the Society was told that "the educational aspect must be conducted in a structured manner, not merely informational [*sic*]", and that "immigrant and visible minority women as a whole was [*sic*] not an object of charity". Finally, the memorandum indicated that the Society was told that its proposed objects were "not acceptable", particularly the reference to political activities in clause 2(b), and that counsel for the Society had indicated that object 2(a) "did not really reflect what the organization is doing".

This telephone call was followed by a letter from Revenue Canada to the Society dated January 25, 1994, which again outlined Revenue Canada's objections to the Society's proposed objects. In that letter, Revenue Canada stated that proposed purpose 2(a) could be a charitable purpose, but only if the Society's intent was to "educate persons in the charitable sense of training the mind which includes the learning of a vocational skill, or to improve on a useful branch of human knowledge". However, the mere presentation of "selected items of information" would not qualify as being for the advancement of education. Revenue Canada also

grantes afin qu'elles puissent se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome;

b) mener des activités politiques, dans la mesure où ces activités sont accessoires aux fins énumérées ci-dessus et où elles ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre;

c) recueillir des fonds au moyen de sollicitations auprès des gouvernements, des personnes morales ou des particuliers afin de poursuivre les fins décrites ci-dessus.

Le 23 décembre 1993, une fonctionnaire de Revenu Canada a téléphoné à l'avocat de l'association et lui a fait part des préoccupations que le projet de libellé des fins de l'association continuait de susciter. Dans une note versée au dossier, la fonctionnaire a indiqué avoir également expliqué à l'avocat de l'association que les activités de celle-ci faisaient aussi problème. Dans cette note, la fonctionnaire affirmait avoir dit que [TRADUCTION] «l'aspect éducatif doit être mené de manière structurée, et ne pas avoir un caractère simplement informatif», et que «les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible considérées globalement ne forment pas une catégorie de bénéficiaires de bienfaisance». Finalement, la note indiquait que l'association avait été informée que les fins proposées étaient [TRADUCTION] «inacceptables», particulièrement les activités politiques mentionnées à l'alinéa 2b), et que l'avocat de l'association avait dit que la fin décrite à l'alinéa 2a) «ne reflétait pas vraiment ce que fait l'association». 9

Cet appel téléphonique a été suivi d'une lettre de Revenu Canada à l'association, datée du 25 janvier 1994, dans laquelle le ministère réitérait ses objections à l'égard des fins proposées par l'association. Dans cette lettre, Revenu Canada indiquait que la fin proposée à l'alinéa 2a) pourrait être une fin de bienfaisance, mais seulement si l'intention de l'association était [TRADUCTION] «d'instruire autrui au sens de cette expression dans le domaine de la bienfaisance, savoir la formation de l'esprit, notamment par l'enseignement d'une aptitude professionnelle ou l'amélioration d'une branche utile du savoir humain». Toutefois, la simple présenta- 10

stated that proposed purposes 2(b) and (c) were not charitable purposes, but that they might be considered "as ancillary and incidental activities carried on in furtherance of a charitable purpose". The letter went on to state:

Turning to activities undertaken by the Society which might have been considered educational, it appears from our further examination of the material on file that these are primarily information sessions. I cite, for example, discussions sponsored by the Society on such subjects as human rights, employment equity, violence and abuse against women, and how to start a small business. While these sessions are indeed informative and helpful to interested persons, they do not appear to be presented in a systematic and structured manner considered to be educational in the charitable sense. Additionally, activities such as networking, liaising for accreditation of credentials and the compilation and circulation of a Job Skills Directory are neither educational nor charitable activities and are more apt to provide a private rather than public benefit.

In determining whether an applicant qualifies for charitable registration, I must emphasize that we take into account the organization's operation and application of its resources as a whole. While all activities undertaken by the Society have not been addressed in this letter, the salient points regarding the advancement of education have been explained.

11 The Society responded with a letter dated May 4, 1994, confirming that it "does not engage in any partisan political activity", and that, as required by the *ITA*, it does not spend more than 10 percent of its budget on political activity. The letter did not address the other concerns outlined by Revenue Canada's letter of January 25, 1994. Perhaps surprisingly, given Revenue Canada's unfavourable response, the Society amended its constitution on May 10, 1994, in line with its earlier proposal. Paragraphs (a), (b) and (c) were replaced by the

tion de [TRADUCTION] «renseignements choisis» ne serait pas reconnue comme ayant pour effet de promouvoir l'éducation. Revenu Canada disait de plus que les fins proposées aux clauses 2b) et c) n'étaient pas des fins de bienfaisance, mais qu'elles pourraient être jugées [TRADUCTION] «des activités accessoires menées en vue de la réalisation d'une fin de bienfaisance». Puis, la lettre ajoutait ceci:

[TRADUCTION] Quant aux activités menées par l'association qui auraient pu être considérées comme éducatives, la poursuite de l'examen des pièces au dossier nous a permis de constater que ces activités sont principalement des séances d'information. Je prends, par exemple, les discussions parrainées par l'association sur des sujets comme les droits de la personne, l'équité en matière d'emploi, les mauvais traitements et la violence faite aux femmes, ainsi que les moyens de lancer une petite entreprise. Bien que ces séances soient effectivement informatives et utiles aux intéressées, elles ne semblent pas être présentées de la manière systématique et structurée requise pour être considérées comme des activités éducatives assimilables à des activités de bienfaisance. De plus, des activités telles que le réseautage, les communications en vue de l'attestation des titres de compétence ainsi que la préparation et la diffusion d'un répertoire de compétences ne sont pas des activités éducatives ni des activités de bienfaisance, et elles sont davantage propres à apporter un bienfait privé plutôt qu'un bienfait public.

Je dois souligner que pour décider si un organisme remplit les conditions d'enregistrement comme œuvre de bienfaisance nous tenons compte de la façon dont, dans l'ensemble, l'organisme fonctionne et utilise ses ressources. Quoique les activités menées par l'association n'aient pas toutes été abordées dans la présente lettre, les points saillants touchant la promotion de l'éducation ont été expliqués.

L'association a répondu par une lettre datée du 4 mai 1994 et confirmé qu'elle [TRADUCTION] «n'exerce aucune activité politique partisane» et que, comme l'exige la *LIR*, elle ne consacre pas plus de 10 pour 100 de son budget à des activités politiques. La lettre ne traitait pas des autres points soulevés dans l'envoi de Revenu Canada daté du 25 janvier 1994. Fait étonnant peut-être, compte tenu de la réponse défavorable de Revenu Canada, l'association a modifié ses statuts le 10 mai 1994, conformément à la proposition faite précédem-

three paragraphs set out in the Society's letter of December 3, 1993. Paragraph (d) was deleted. The Society's purposes thus read as follows:

2. a. to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant women in order that they may be able to find or obtain employment or self employment;

   b. to carry on political activities provided such activities are incidental and ancillary to the above purposes and provided such activities do not include direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office; and

   c. to raise funds in order to carry out the above purposes by means of solicitations of funds from governments, corporations and individuals;

   d.

   e. to provide services and to do all such things that are incidental or conducive to the attainment of the above stated objects, including the seeking of funds from governments and/or other sources for the implementation of the aforementioned objectives.

Counsel for the Society sent another letter to Revenue Canada, dated May 20, 1994, in which it again sought status as a registered charity, and took issue with Revenue Canada's previous assertion that the Society's objects were not charitable. Included with this letter was a copy of a report written in 1989 by Lakshmi Bhagavatula entitled "A Study of Immigrant Women in Vancouver". A Revenue Canada official indicated, in response to a telephone inquiry from the Society, that Revenue Canada would refuse the Society's application for registration, and that a formal written refusal would be sent to the Society in due course. In a letter dated October 14, 1994, Revenue Canada refused to register the Society as a charitable organization.

ment. Les alinéas a), b) et c) ont été remplacés par les trois alinéas compris dans la lettre de l'association datée du 3 décembre 1993. L'alinéa d) a été supprimé. Les fins poursuivies par l'association étaient donc rédigées ainsi:

[TRADUCTION]

2. a. organiser des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs à l'intention des immigrantes afin qu'elles puissent se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome;

   b. mener des activités politiques, dans la mesure où ces activités sont accessoires aux fins énumérées ci-dessus et où elles ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre;

   c. recueillir des fonds au moyen de sollicitations auprès des gouvernements, des personnes morales ou des particuliers afin de poursuivre les fins décrites ci-dessus;

   d.

   e. offrir des services et faire toutes choses accessoires ou propres à assurer la réalisation des fins énoncées ci-dessus, y compris solliciter des fonds auprès des gouvernements et d'autres sources pour la mise en œuvre des objectifs mentionnés précédemment.

12 L'avocat de l'association a fait parvenir à Revenu Canada une autre lettre, datée du 20 mai 1994, dans laquelle il sollicitait à nouveau l'enregistrement de l'association comme œuvre de bienfaisance et contestait l'assertion du ministère selon laquelle les fins poursuivies par l'association n'étaient pas des fins de bienfaisance. Était jointe à cette lettre une copie d'une étude préparée en 1989 par Lakshmi Bhagavatula et intitulée «A Study of Immigrant Women in Vancouver». En réponse à une demande téléphonique de l'association, un fonctionnaire de Revenu Canada a indiqué que le ministère refuserait la demande d'enregistrement et qu'une lettre de refus officielle serait envoyée à l'association dans les meilleurs délais. Dans une lettre datée du 14 octobre 1994, Revenu Canada a refusé d'enregistrer l'association comme œuvre de bienfaisance.

13 The Society appealed Revenue Canada's refusal to register it as a charitable organization to the Federal Court of Appeal, pursuant to s. 172(3) of the *ITA*. On March 6, 1996, the Federal Court of Appeal (Décary J.A., Strayer and Linden JJ.A. concurring) dismissed the Society's appeal. The Society was granted leave to appeal to this Court on March 6, 1997 (L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.), [1997] 1 S.C.R. xii.

II. Relevant Legislative Provisions

14 *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)

149.1 (1) . . .

"charitable foundation" means a corporation or trust that is constituted and operated exclusively for charitable purposes, no part of the income of which is payable to, or is otherwise available for, the personal benefit of any proprietor, member, shareholder, trustee or settlor thereof, and that is not a charitable organization;

"charitable organization" means an organization, whether or not incorporated,

(*a*) all the resources of which are devoted to charitable activities carried on by the organization itself,

(*b*) no part of the income of which is payable to, or is otherwise available for, the personal benefit of any proprietor, member, shareholder, trustee or settlor thereof,

(*c*) more than 50% of the directors, trustees, officers or like officials of which deal with each other and with each of the other directors, trustees, officers or officials at arm's length, and

(*d*) where it has been designated as a private foundation or public foundation pursuant to subsection (6.3) of this section or subsection 110(8.1) or (8.2) of the *Income Tax Act*, chapter 148 of the Revised Statutes of Canada, 1952, or has applied after February 15, 1984 for registration under paragraph 110(8)(*c*) of that Act or under the definition "registered charity" in subsection 248(1), not more than 50% of the capital of which has been contributed or otherwise paid into the organization by one person or members of a

En vertu du par. 172(3) de la *LIR*, l'association a interjeté appel à la Cour d'appel fédérale du refus de Revenu Canada de l'enregistrer comme œuvre de bienfaisance. Le 6 mars 1996, la Cour d'appel fédérale (le juge Décary, avec l'appui des juges Strayer et Linden) a rejeté l'appel. Le 6 mars 1997, l'association a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour (les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin), [1997] 1 R.C.S. xii.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.)

149.1 (1) . . .

«fins de bienfaisance» Sont compris parmi les versements à des fins de bienfaisance les versements de fonds à des donataires reconnus.

«fondation de bienfaisance» Société ou fiducie constituée et administrée exclusivement à des fins de bienfaisance, dont aucun revenu n'est payable à un propriétaire, membre, actionnaire, fiduciaire ou auteur de la fiducie ou de la société ou ne peut par ailleurs être disponible pour servir au profit personnel de ceux-ci, et qui n'est pas une œuvre de bienfaisance.

. . .

«œuvre de bienfaisance» Œuvre, constituée ou non en société:

a) dont la totalité des ressources est consacrée à des activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même;

b) dont aucune partie du revenu n'est payable à l'un de ses propriétaires, membres, actionnaires, fiduciaires ou auteurs ni ne peut servir, de quelque façon, à leur profit personnel;

c) dont plus de 50 % des administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou autres responsables traitent entre eux et avec chacun des autres administrateurs, dirigeants, fiduciaires ou responsables sans lien de dépendance;

d) dont, lorsqu'elle a demandé l'enregistrement après le 15 février 1984 en application de l'alinéa 110(8)*c*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chapitre 148 des Statuts révisés du Canada de 1952, ou de la définition d'«organisme de bienfaisance enregistré», au paragraphe 248(1), ou a été désignée comme fondation privée ou fondation publique, en application du paragraphe (6.3) du présent article ou des paragraphes 110(8.1) ou (8.2) de la même loi, au plus 50 % des capitaux qui lui ont été fournis ou versés, de quelque

group of persons who do not deal with each other at arm's length and, for the purpose of this paragraph, a reference to any person or to members of a group does not include a reference to Her Majesty in right of Canada or a province, a municipality, another registered charity that is not a private foundation, or any club, society or association described in paragraph 149(1)(*l*);

"charitable purposes" includes the disbursement of funds to qualified donees;

(6.2) For the purposes of the definition "charitable organization" in subsection (1), where an organization devotes substantially all of its resources to charitable activities carried on by it and

(*a*) it devotes part of its resources to political activities,

(*b*) those political activities are ancillary and incidental to its charitable activities, and

(*c*) those political activities do not include the direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office,

the organization shall be considered to be devoting that part of its resources to charitable activities carried on by it.

248. (1) . . .

"registered charity" at any time means

(*a*) a charitable organization, private foundation or public foundation, within the meanings assigned by subsection 149.1(1), that is resident in Canada and was either created or established in Canada, or

(*b*) a branch, section, parish, congregation or other division of an organization or foundation described in paragraph (*a*), that is resident in Canada and was either created or established in Canada and that receives donations on its own behalf,

that has applied to the Minister in prescribed form for registration and that is at that time registered as a charitable organization, private foundation or public foundation;

façon, l'ont été par une personne ou par les membres d'un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance; pour l'application du présent alinéa, ne sont pas assimilés à une personne ou aux membres d'un groupe Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, une municipalité, un autre organisme de bienfaisance enregistré qui n'est pas une fondation privée ou tout cercle ou toute association visés à l'alinéa 149(1)*l*).

(6.2) Pour l'application de la définition de «œuvre de bienfaisance» au paragraphe (1), l'œuvre qui consacre presque toutes ses ressources à des activités de bienfaisance est considérée comme y consacrant la totalité si les conditions suivantes sont réunies:

a) elle consacre la partie restante de ses ressources à des activités politiques;

b) ces activités politiques sont accessoires à ses activités de bienfaisance;

c) ces activités politiques ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre.

248. (1) . . .

«organisme de bienfaisance enregistré» L'organisme suivant, qui a présenté au ministre une demande d'enregistrement sur formulaire prescrit et qui est enregistré, au moment considéré, comme œuvre de bienfaisance, comme fondation privée ou comme fondation publique:

a) œuvre de bienfaisance, fondation privée ou fondation publique, au sens du paragraphe 149.1(1), qui réside au Canada et qui y a été constituée ou y est établie;

b) division — annexe, section, paroisse, congrégation ou autre — d'une œuvre de bienfaisance, fondation privée ou fondation publique, au sens du paragraphe 149.1(1), qui réside au Canada, qui y a été constituée ou y est établie et qui reçoit des dons en son nom propre.

III. Judgments at Issue

A. *Revenue Canada's Refusal Decision, October 14, 1994*

15 In a letter dated October 14, 1994, Revenue Canada denied the Society's application for registration as a charitable organization under ss. 149.1(1) and 248(1) of the *ITA*. Revenue Canada emphasized that in order to be eligible for registration as a charity, an organization's purposes must be exclusively charitable, and it must devote substantially all of its resources towards those charitable purposes. Revenue Canada stated that its previous concerns on the point had not been alleviated by the Society's letter of May 20, 1994.

16 First, Revenue Canada rejected the analogy which the Society had drawn between its beneficiaries, immigrant and visible minority women, and aboriginal people. On this basis, Revenue Canada distinguished *Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 471 (C.A.), the case relied upon by the Society in support of its application. Revenue Canada took the position that women as a class do not meet the criteria set out in that case, and stated that "the courts have not considered women simply by virtue of their gender or racial origin to be in special need of charitable relief".

17 Second, Revenue Canada was not persuaded by the Society's claim that its programs fit within the common law definition of "advancement of education" as that term is understood in the law of charity. Revenue Canada observed that the Society's submission "has not demonstrated that the Society's programs fall into the education category or that its method of operation and activities have been altered to pursue the revised objective".

18 Third, Revenue Canada repeated its concern, expressed in its earlier letter to the Society of January 25, 1994, that object 2(b) of the Society "is a political purpose and an organization created for

III. Les décisions visées par le pourvoi

A. *Le refus de Revenu Canada, le 14 octobre 1994*

Dans une lettre datée du 14 octobre 1994, Revenu Canada a refusé la demande d'enregistrement comme œuvre de bienfaisance présentée par l'association en application des par. 149.1(1) et 248(1) de la *LIR*. Revenu Canada a souligné que, pour avoir droit à l'enregistrement comme œuvre de bienfaisance, l'organisme requérant doit être constitué exclusivement à des fins de bienfaisance et consacrer presque toutes ses ressources à ces fins. Le ministère a indiqué que la lettre de l'association datée du 20 mai 1994 n'avait pas dissipé les préoccupations qu'il avait exprimées à ce sujet.

Premièrement, Revenu Canada a rejeté l'analogie faite par l'association entre les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible, d'une part, et les autochtones du Canada, d'autre part. À cet égard, le ministère a fait une distinction entre la situation de l'association et l'arrêt *Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471 (C.A.), invoqué par celle-ci au soutien de sa demande. Revenu Canada a exprimé l'avis que, en tant que catégorie, les femmes ne satisfaisaient pas aux critères énoncés dans cet arrêt, et il a affirmé que [TRADUCTION] «les tribunaux n'ont pas jugé que, du seul fait de leur sexe ou de leur origine ethnique, les femmes avaient un besoin particulier de bienfaisance».

Deuxièmement, Revenu Canada n'a pas été convaincu par la prétention de l'association que ses programmes étaient visés par la définition de «promotion de l'éducation» selon la common law en matière d'organismes de bienfaisance. Le ministère a fait observer que l'association [TRADUCTION] «n'a pas démontré que ses programmes entrent dans la catégorie de l'éducation ou que son mode de fonctionnement et ses activités ont été modifiés afin de poursuivre la fin révisée».

Troisièmement, Revenu Canada a réitéré la préoccupation qu'il avait exprimée précédemment, dans sa lettre du 25 janvier 1994, selon laquelle la fin énoncée à l'alinéa 2b) [TRADUCTION] «est une

political purposes, whether in whole or in part, cannot be charitable".

Finally, Revenue Canada outlined its most fundamental objection to the Society's application for registration:

I would advise that although some of the activities carried on by the Society may appear to be charitable, the submission has not demonstrated that the organization devotes substantially all its resources to charitable activities. Activities such as networking, referral services, liaising for accreditation of credentials, soliciting job opportunities and maintaining a job skills directory as described in the Society's May 1993 Report are not charitable activities.

Accordingly, Revenue Canada denied the Society's request for registration as a charitable organization.

B. *Federal Court of Appeal*, 96 D.T.C. 6232

Décary J.A. (with whom Strayer and Linden JJ.A. joined) dismissed the Society's appeal from Revenue Canada's refusal to register it as a charitable organization. Décary J.A. held that the primary issue was whether the Society's activities fell within one or more of the categories of charity set out by Lord Macnaghten in *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.), as developed by the Federal Court of Appeal in subsequent cases, including *Native Communications Society*, *supra*, and *Everywoman's Health Centre Society (1988) v. M.N.R.*, [1992] 2 F.C. 52. In particular, the two categories of the *Pemsel* scheme under consideration were the second ("advancement of education") and fourth ("other purposes beneficial to the community").

Décary J.A. found no reversible error in Revenue Canada's decision refusing to register the Society as a charitable organization. Under the head of "advancement of education", Décary J.A. held, at p. 6233, that purpose "(a)" of the Society, as set out in its amended constitution, namely

fin politique, et un organisme créé pour tout ou partie à des fins politiques ne peut pas être une œuvre de bienfaisance».

Finalement, Revenu Canada a exposé son objection la plus fondamentale à la demande d'enregistrement de l'association: 19

[TRADUCTION] Je signale que, bien que certaines activités de l'association puissent paraître des activités de bienfaisance, cette dernière n'a pas démontré qu'elle consacre presque toutes ses ressources à de telles activités. Des activités comme le réseautage, les services d'orientation, les communications en vue de l'attestation des titres de compétence, la sollicitation d'offres d'emploi et la tenue à jour d'un répertoire de compétences, activités décrites dans le rapport de mai 1993 de l'association, ne sont pas des activités de bienfaisance.

En conséquence, Revenu Canada a rejeté la demande d'enregistrement de l'association comme œuvre de bienfaisance. 20

B. *Cour d'appel fédérale*, 96 D.T.C. 6232

Le juge Décary (avec l'appui des juges Strayer et Linden) a rejeté l'appel formé par l'association à l'encontre de ce refus. Le juge Décary a statué que la question principale était de savoir si les activités de l'association étaient visées par l'une ou l'autre des catégories d'organismes de bienfaisance énoncées par lord Macnaghten dans l'arrêt *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.), puis développées par la Cour d'appel fédérale dans des affaires subséquentes, notamment les arrêts *Native Communications Society*, précité, et *Everywoman's Health Centre Society (1988) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.F. 52. De façon plus particulière, les deux catégories établies dans *Pemsel* et en cause étaient la deuxième («promotion de l'éducation») et la quatrième («autres fins utiles à la société»). 21

Le juge Décary n'a trouvé dans la décision de Revenu Canada rejetant la demande d'enregistrement de l'association aucune erreur justifiant de l'annuler. En ce qui concerne la catégorie «promotion de l'éducation», le juge Décary a statué, à la p. 6233, que la fin suivante, énoncée à l'alinéa «a)» des statuts modifiés: 22

a. to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant women in order that they may be able to find or obtain employment or self employment;

as well as the Society's activities as described in the material before the court "are not sufficiently structured and articulated as to respond to the requirements set out by the jurisprudence".

23 Second, Décary J.A. held that the Society's purposes did not fit within the fourth category of charity identified by Lord Macnaghten in *Pemsel*. In particular, Décary J.A. rejected the Society's efforts to analogize its beneficiaries to aboriginal people, and so bring the Society in line with the Federal Court of Appeal's decision in *Native Communications Society, supra*.

24 Third, Décary J.A. declined to accept the Society's *Charter* arguments, although it is not entirely clear from the Court's reasons exactly what those arguments were. It appears that the Society attempted to place its class of proposed beneficiaries within s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, arguing that an organization whose purpose was to benefit a class of people identifiable by an enumerated or analogous ground under s. 15(1) of the *Charter* should be considered to be, *prima facie*, charitable in law. Décary J.A. held that the mere fact that the Society intended to benefit persons specifically protected by s. 15(1) of the *Charter* could not in itself render the Society's purposes (or activities) charitable. The provision of a benefit to those in a position to invoke *Charter* rights was not in itself a purpose or activity falling within the fourth head of Lord Macnaghten's classification in *Pemsel*.

25 In closing, Décary J.A. stated, at p. 6233, that the Federal Court of Appeal's "basic difficulty"

[TRADUCTION]

a. organiser des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs à l'intention des immigrantes afin qu'elles puissent se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome;

de même que les activités de la société décrites dans la documentation soumise à la cour «ne sont pas suffisamment structuré[e]s et articulé[e]s pour satisfaire aux exigences formulées par la jurisprudence».

Deuxièmement, le juge Décary a conclu que les fins poursuivies par l'association n'entraient pas dans la quatrième catégorie établie par lord Macnaghten dans *Pemsel*. En particulier, il a rejeté l'analogie que l'association a tenté d'établir entre les femmes bénéficiant de ses services et les autochtones en vue de se conformer à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Native Communications Society*, précité.

Troisièmement, le juge Décary n'a pas retenu les arguments de l'association fondés sur la *Charte*, quoiqu'il ne ressorte pas très clairement des motifs de la Cour d'appel en quoi consistent exactement ces arguments. Il semble que l'association ait tenté de démontrer que les personnes censées bénéficier de ses activités étaient visées au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, plaidant qu'un organisme qui poursuit la fin de secourir une catégorie de personnes identifiables en regard d'un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte* ou d'un motif analogue, devrait à première vue être considéré comme un organisme de bienfaisance en droit. Le juge Décary a statué que le seul fait que l'association entende venir en aide à des personnes spécialement protégées par le par. 15(1) de la *Charte* ne suffisait pas en soi à faire des fins (ou activités) de cette dernière des fins (ou activités) de bienfaisance. Offrir un service à ceux qui sont en mesure d'invoquer les droits garantis par la *Charte* n'équivaut pas en soi à une fin ou à une activité entrant dans la quatrième catégorie de la classification établie par lord Macnaghten dans *Pemsel*.

Finalement, le juge Décary a dit, à la p. 6233, que la «difficulté de base» que la Cour d'appel

with the Society's application was that "its purposes and activities are so indefinite and vague as to prevent the Minister, and this Court, from determining with some degree of certainty what the activities are, who are the true beneficiaries of the activities and whether these beneficiaries are persons in need of charity as opposed to merely being in need of help". On this basis, Décary J.A. concluded that the Minister had not erred in denying the Society's application for registration as a charitable organization.

IV. Analysis

A. *Introduction*

Given the central role that charities play in our society, the large sums of money devoted to charitable purposes, and the considerable privileges that attach to charitable status, Parliament has considered it essential to provide a legal framework to regulate charities and their activities. That legal framework, which aims to ensure that charities use the funds provided to them for charitable purposes, and pursue those purposes in an efficient manner, is of ancient origin. The constantly evolving common law definition of charity has been incorporated into federal income tax legislation since charities were accorded special status under *The Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28, s. 5(*d*). The present appeal requires us to consider the definition of charity, and more particularly, to determine whether the Society fits within the scope of the term "charitable organization" in s. 149.1(1) of the *ITA*. For the reasons that follow, I believe that it does.

An organization seeking status as a registered charity under the *ITA* must apply to the Minister under s. 248(1) of the *ITA*. The Minister's authority under that subsection has been delegated, by the operation of s. 900(8) of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, to the Director, Charities

fédérale éprouvait quant à la demande de l'association était que «ses objets et ses activités sont indéfinis et vagues au point d'empêcher le ministre, et la Cour, de déterminer avec une certaine certitude ce que sont ces activités, quels en sont les véritables bénéficiaires et si ces bénéficiaires sont des personnes qui ont besoin d'un secours charitable, par opposition à simplement avoir besoin d'aide». Sur ce fondement, il a conclu que le ministre n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande d'enregistrement de l'association comme œuvre de bienfaisance.

IV. L'analyse

A. *Introduction*

Étant donné le rôle central que jouent les organismes de bienfaisance dans notre société, l'importance des sommes qui sont consacrées à des fins de bienfaisance et les privilèges considérables qui se rattachent au statut d'organisme de bienfaisance, le Parlement a jugé essentiel d'établir un cadre juridique afin de régir les organismes de bienfaisance et leurs activités. Ce cadre juridique, qui vise à faire en sorte que les organismes de bienfaisance consacrent à des fins de bienfaisance les fonds qui leur sont versés et qu'ils poursuivent ces fins de manière efficace, a une origine ancienne. La définition, en constante évolution, que donne la common law de la notion d'organisme de bienfaisance a été incorporée dans la loi fédérale de l'impôt sur le revenu depuis que les organismes de bienfaisance se sont vu accorder un statut particulier par la *Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, al. 5*d*). Dans le présent pourvoi, il nous faut examiner la définition d'organisme de bienfaisance et, de façon plus particulière, décider si l'association entre dans le champ d'application du terme «œuvre de bienfaisance» défini au par. 149.1(1) de la *LIR*. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que oui. 26

L'organisme qui désire obtenir le statut d'organisme de bienfaisance enregistré sous le régime de la *LIR* doit présenter une demande au ministre en application du par. 248(1) de la *LIR*. Les pouvoirs attribués au ministre par ce paragraphe ont été délégués, par l'effet du par. 900(8) du *Règlement* 27

Division of the Department of National Revenue, Taxation. Perhaps surprisingly, the *ITA* and its regulations say practically nothing about the process by which such applications are to be considered, the requirements for registration, or the materials to be submitted in support of such applications.

28 It is well known that the *ITA* does not define "charity" or "charitable", other than to define "charity" to mean "a charitable organization or charitable foundation", which are themselves defined terms. Instead, as the Federal Court of Appeal stated in *Positive Action Against Pornography v. M.N.R.*, [1988] 2 F.C. 340, at p. 347, "the Act appears clearly to envisage a resort to the common law for a definition of 'charity' in its legal sense as well as for the principles that should guide us in applying that definition". Because the law of charity had its origin in the law of trusts, many of the leading authorities in this area arose in the context of determining the essential validity of a putative charitable trust. Since the introduction of the *ITA*, the tax dimension of charities law has assumed much greater practical importance. Most cases now concern a pre-existing organization (which may take one of a number of possible legal forms) seeking registration under the *ITA*, rather than the evaluation of the essential validity of a trust. Parliament has, in effect, incorporated the common law definition of charity into the *ITA*, and in doing so, has implicitly accepted that the courts have a continuing role to rationalize and update that definition to keep it in tune with social and economic developments. I note in passing that the definition of "charity" or "charitable" under the *ITA* may not accord precisely with the way those terms are understood in the common law provinces, due to judicial decisions and provincial statutory incursions into the common law. The

de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, au directeur de la Division des organismes de bienfaisance du ministère du Revenu national, Impôt. Chose étonnante peut-être, la *LIR* et son règlement d'application sont à toutes fins pratiques muets sur le processus d'examen des demandes, les conditions d'enregistrement et les documents à soumettre à l'appui des demandes.

Il est bien connu que la *LIR* ne définit les termes «organisme de bienfaisance» ou «bienfaisance» qu'en indiquant que l'expression «organisme de bienfaisance» signifie «œuvre de bienfaisance ou fondation de bienfaisance», ces deux derniers termes étant par ailleurs eux-mêmes définis. Au lieu de cela, comme a dit la Cour d'appel fédérale dans *Positive Action Against Pornography c. M.R.N.*, [1988] 2 C.F. 340, à la p. 347, «[l]a Loi semble [. . .] clairement envisager le recours à la *common law* lorsqu'il s'agit de définir l'expression 'organisme de charité' dans son sens juridique, et de trouver les principes qui devraient nous guider dans l'application de cette définition». Puisque le droit relatif aux organismes de bienfaisance tire ses origines du droit des fiducies, bon nombre des précédents faisant autorité dans ce domaine portaient sur la validité de la constitution de fiducies de bienfaisance. Depuis l'entrée en vigueur de la *LIR*, la dimension fiscale du droit relatif aux organismes de bienfaisance a pris une importance beaucoup plus grande dans la pratique. Aujourd'hui, la plupart des litiges portent sur un organisme préexistant (dont la forme juridique varie) qui demande son enregistrement en application de la *LIR*, plutôt que sur l'appréciation de la validité de la constitution d'une fiducie. De fait, le Parlement a incorporé dans la *LIR* la définition d'organisme de bienfaisance en common law et, ce faisant, a implicitement accepté que les tribunaux continuent de jouer un rôle dans la rationalisation et la mise à jour de cette définition afin qu'elle soit toujours adaptée aux réalités sociales et économiques. Je souligne, en passant, qu'il est possible que la définition des termes «organisme de bienfaisance» et «bienfaisance» sous le régime de la *LIR* ne corresponde pas précisément à celle qu'on leur donne dans les provinces de common law, en raison des décisions des tribunaux et des incursions législa-

ITA's conception of charity, by contrast, is uniform federal law across the country.

Two main advantages are obtained by achieving status as a registered charity. The first is the ability to provide receipts to donors, who, if they are individuals, are entitled to claim a tax credit for their "total charitable gifts" (defined in s. 118.1(1) of the *ITA*), pursuant to s. 118.1(3) of the *ITA*, and if corporations, may claim a deduction from their taxable income for all "charitable gifts", pursuant to s. 110.1(1)(*a*) of the *ITA*. Second, registered charities pay no tax on income (*ITA*, s. 149(1)(*f*)). The attraction of status as a registered charity is thus obvious.

B. *Principles Governing the Law of Charity*

As my colleague Iacobucci J. observes, the definition of "charity" is the product of almost four centuries of common law development. Given the historical origins of this branch of law, English jurisprudence has been highly influential. The starting point for determining whether a purpose is charitable in law is the *Charitable Uses Act, 1601* (also known as the *Statute of Elizabeth* or the *Statute of Charitable Uses*, 43 Eliz. 1, c. 4). The preamble to that statute contains an enumeration of various charitable purposes:

WHEREAS Landes Tenements Rentes Annuities Profittes Hereditamentes, Goodes Chattels Money and Stockes of Money, have bene heretofore given limitted appointed and assigned, as well by the Queenes moste excellent Majestie and her moste noble Progenitors, as by sondrie other well disposed persons, some for Releife of aged impotent and poore people, some for Maintenance of sicke and maymed Souldiers and Marriners, Schooles of Learninge, Free Schooles and Schollers in Universities, some for Repaire of Bridges Portes Havens Causwaies Churches Seabankes and Highewaies, some for Educacion and prefermente of Orphans, some for or towardes Releife Stocke or Maintenance for Howses for

tives des provinces dans la common law. À l'opposé, la notion d'organisme de bienfaisance dans la *LIR* est une règle de droit fédéral uniforme dans l'ensemble du pays.

29 Le statut d'organisme de bienfaisance enregistré confère deux avantages principaux. Le premier est la possibilité de remettre des reçus aux donateurs. S'il s'agit de particuliers, ils ont droit à un crédit d'impôt pour le «total des dons de bienfaisance» (terme défini au par. 118.1(1) de la *LIR*) en vertu du par. 118.1(3) de la *LIR*, et, s'il s'agit de sociétés, elles peuvent déduire de leur revenu imposable le total des «dons de bienfaisance» en vertu de l'al. 110.1(1)*a*) de la *LIR*. Le second avantage est que les organismes de bienfaisance enregistrés ne paient aucun impôt sur le revenu (al. 149(1)*f*) de la *LIR*). L'avantage du statut d'organisme de bienfaisance enregistré est donc évident.

B. *Principes régissant le droit relatif aux organismes de bienfaisance*

30 Comme le fait observer mon collègue le juge Iacobucci, la définition d'«organisme de bienfaisance» est le produit de près de quatre siècles d'évolution en common law. Compte tenu des origines historiques de cette branche du droit, la jurisprudence anglaise a eu une très grande influence. Le point de départ de l'analyse visant à déterminer si une fin est une fin de bienfaisance en droit est la *Charitable Uses Act, 1601* (appelée aussi *Statute of Elizabeth* ou *Statute of Charitable Uses*, 43 Eliz. 1, ch. 4). Le préambule de cette loi, rédigé en vieil anglais, énumère diverses fins de bienfaisance:

WHEREAS Landes Tenements Rentes Annuities Profittes Hereditamentes, Goodes Chattels Money and Stockes of Money, have bene heretofore given limitted appointed and assigned, as well by the Queenes moste excellent Majestie and her moste noble Progenitors, as by sondrie other well disposed persons, some for Releife of aged impotent and poore people, some for Maintenance of sicke and maymed Souldiers and Marriners, Schooles of Learninge, Free Schooles and Schollers in Universities, some for Repaire of Bridges Portes Havens Causwaies Churches Seabankes and Highewaies, some for Educacion and prefermente of Orphans, some for or towardes Reliefe Stocke or Maintenance for Howses for Correc-

Correccion, some for Mariages of poore Maides, some for Supportacion Ayde and Helpe of younge Tradesmen, Handiecraftesmen and persons decayed, and others for releife or redemption of Prisoners or Captives, and for aide or ease of any poore Inhabitants concerninge paymente of Fifteenes, settinge out of Souldiers and other Taxes, Whiche Landes Tenements Rents Annuities Profitts Hereditaments Goodes Chattells Money and Stockes of Money nevertheles have not byn imployed accordinge to the charitable intente of the givers and founders thereof, by reason of Fraudes breaches of Truste and Negligence in those that shoulde pay delyver and imploy the same . . . .

31 In *Vancouver Regional FreeNet Assn. v. M.N.R.*, [1996] 3 F.C. 880 (C.A.), at p. 885, Hugessen J.A. (like Slade J. before him in *McGovern v. Attorney-General*, [1982] Ch. 321, at p. 332) rendered this archaic style into modern language:

> . . . relief of aged, impotent, and poor people; the maintenance of sick and maimed soldiers and mariners, schools of learning, free schools, and scholars in universities; the repair of bridges, ports, havens, causeways, churches, sea banks and highways; the education and preferment of orphans; the relief, stock, or maintenance of houses of correction; marriages of poor maids; supportation, aid, and help of young tradesmen, handicraftsmen, and persons decayed; the relief or redemption of prisoners or captives; and the aid or ease of any poor inhabitants concerning payments of fifteens, setting out of soldiers, and other taxes.

32 The *Statute of Elizabeth* itself was repealed by the *Mortmain and Charitable Uses Act, 1888* (U.K.), 51 & 52 Vict., ch. 42, s. 13(1), though the preamble was retained by operation of s. 13(2). However, the 1888 Act, including the preamble, was itself later repealed by the *Charities Act, 1960* (U.K.), 8 & 9 Eliz. 2, c. 58, s. 38, so no statutory authority for the preamble now exists. Yet it is widely recognized that the preamble has been absorbed into the common law, and thus it has continued to exert considerable influence over this area of the law. It will immediately be seen that the preamble provides a list of examples, rather than a definition, of charitable purposes. In recognition of

cion, some for Mariages of poore Maides, some for Supportacion Ayde and Helpe of younge Tradesmen, Handiecraftesmen and persons decayed, and others for releife or redemption of Prisoners or Captives, and for aide or ease of any poore Inhabitants concerninge paymente of Fifteenes, settinge out of Souldiers and other Taxes, Whiche Landes Tenements Rents Annuities Profitts Hereditaments Goodes Chattells Money and Stockes of Money nevertheles have not byn imployed accordinge to the charitable intente of the givers and founders thereof, by reason of Fraudes breaches of Truste and Negligence in those that shoulde pay delyver and imploy the same . . .

Dans *Vancouver Regional FreeNet Assn. c. M.R.N.*, [1996] 3 C.F. 880 (C.A.), à la p. 885, le juge Hugessen (à l'instar du juge Slade avant lui dans *McGovern c. Attorney-General*, [1982] Ch. 321, à la p. 332) a reformulé en partie ce texte archaïque en langage moderne:

> [TRADUCTION] . . . soulager les personnes âgées, les infirmes ou les pauvres; pourvoir aux besoins des soldats et des marins malades ou invalides; subventionner les établissements scolaires, les écoles gratuites et les boursiers étudiant dans les universités; réparer les ponts, les ports, les havres, la chaussée, les églises, le littoral et les grandes routes; faire élever et instruire les orphelins; venir en aide aux maisons de correction, leur fournir des provisions ou les subventionner; doter les jeunes filles pauvres; fournir une aide aux jeunes commerçants, aux artisans et aux personnes ruinées; soulager ou délivrer les prisonniers, et aider ou soulager tous les citoyens pauvres relativement au paiement de la taxe d'un quinzième, de l'impôt pour la levée des armées et d'autres taxes.

Le *Statute of Elizabeth* (ci-après «Loi d'Elizabeth») a lui-même été abrogé par la *Mortmain and Charitable Uses Act, 1888* (R.-U.), 51 & 52 Vict., c. 42, par. 13(1), quoique le préambule ait été conservé par l'effet du par. 13(2). Toutefois, la Loi de 1888, y compris le préambule, a été elle-même abrogée subséquemment par la *Charities Act, 1960* (R.-U.), 8 & 9 Eliz. 2, ch. 58, art. 38, de sorte que le préambule n'a plus aujourd'hui de fondement législatif. Pourtant, il est largement reconnu que le préambule a été intégré à la common law, et il continue donc d'exercer une influence considérable sur ce domaine du droit. On constate d'emblée que le préambule donne non pas une définition de la

this, the House of Lords undertook a categorization of charitable purposes in their well-known decision in *Pemsel*, *supra*. In an oft-quoted passage, Lord Macnaghten observed, at p. 583:

> How far then, it may be asked, does the popular meaning of the word "charity" correspond with its legal meaning? "Charity" in its legal sense comprises four principal divisions: trusts for the relief of poverty; trusts for the advancement of education; trusts for the advancement of religion; and trusts for other purposes beneficial to the community, not falling under any of the preceding heads.

As Iacobucci J. observes, the *Pemsel* classification was approved by this Court in *Guaranty Trust Co. of Canada v. Minister of National Revenue*, [1967] S.C.R. 133, at p. 141, where Ritchie J. noted that it had "received general acceptance in this country". This Court had earlier adopted the outlines of the *Pemsel* classification (though not describing it as such) in *The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 S.C.R. 76, at p. 88. The *Pemsel* classification has been invoked by the Federal Court of Appeal in most cases in the area since then.

Two salient features of the *Pemsel* classification scheme bear emphasis. First, the *Pemsel* scheme must be distinguished from the preamble to the *Statute of Elizabeth*. There is wide agreement that the preamble was never intended to be, and is not, a complete enumeration of charitable purposes. As the full title of the *Statute of Elizabeth* makes clear (*An Acte to redresse the misemployment of Landes, Goodes and Stockes of Money heretofore given to Charitable Uses*), the purpose of the statute was to provide a more effective enforcement mechanism to ensure that charitable property was not misapplied to non-charitable uses. See G. Jones, *History of the Law of Charity 1532-1827* (1969), at pp. 57-58. Thus, although the purposes enumerated in the preamble are charitable, many other purposes not enumerated in the preamble have also been accepted as being charitable in law. This was rec-

notion de fins de bienfaisance, mais plutôt une liste d'exemples de telles fins. Reconnaissant ce fait, la Chambre des lords a établi des catégories de fins de bienfaisance dans son célèbre arrêt *Pemsel*, précité. Dans un passage souvent cité, lord Macnaghten a fait cette observation, à la p. 583:

> [TRADUCTION] Dans quelle mesure alors, peut-on demander, le sens courant du terme «organisme de bienfaisance» correspond-il à son sens juridique? Entendu dans son sens juridique, le terme «organisme de bienfaisance» comprend quatre types d'organismes: des fiducies ayant pour but de soulager la pauvreté, des fiducies constituées pour promouvoir l'éducation, des fiducies visant à promouvoir la religion et des fiducies constituées à d'autres fins utiles à la société et ne se situant pas à l'intérieur des catégories susmentionnées.

33 Comme le mentionne le juge Iacobucci, la classification établie dans *Pemsel* a été approuvée par notre Cour dans *Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue*, [1967] R.C.S. 133, à la p. 141, où le juge Ritchie a souligné qu'elle avait été [TRADUCTION] «généralement acceptée dans notre pays». Notre Cour avait déjà adopté les grandes lignes de cette classification (sans la décrire comme telle) dans *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76, à la p. 88. La classification établie dans *Pemsel* a été invoquée par la Cour d'appel fédérale dans la plupart des affaires sur le sujet depuis.

34 Deux traits saillants de la classification établie dans *Pemsel* valent d'être soulignés. Premièrement, elle doit être distinguée du préambule de la Loi d'Elizabeth. On s'entend généralement pour dire que le préambule ne s'est jamais voulu, et n'est pas une liste exhaustive des fins de bienfaisance. Comme l'indique clairement son titre intégral (*An Acte to redresse the misemployment of Landes, Goodes and Stockes of Money heretofore given to Charitable Uses*), cette loi avait pour objet d'établir un mécanisme d'application plus efficace afin de veiller à ce que les biens destinés à des fins de bienfaisance ne soient pas utilisés à d'autres fins. Voir G. Jones, *History of the Law of Charity 1532-1827* (1969), aux pp. 57 et 58. Par conséquent, bien que les fins énumérées dans le préambule soient des fins de bienfaisance, bien d'autres fins non mentionnées ont également été acceptées

ognized early on by Sir Lloyd Kenyon M.R. in *Turner v. Ogden* (1787), 1 Cox 316, 29 E.R. 1183, at p. 1183 ("the statute does not affect to mention all"), and has been followed ever since, as Russell L.J. confirmed in *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales v. Attorney-General*, [1972] Ch. 73 (C.A.), at p. 87.

comme des fins de bienfaisance en droit. Ce principe a été reconnu très tôt par Sir Lloyd Kenyon, maître des rôles, dans *Turner c. Ogden* (1787), 1 Cox 316, 29 E.R. 1183, à la p. 1183 ([TRADUCTION] «la loi n'est pas censée les énumérer toutes»), et il a été suivi depuis, comme l'a confirmé le lord juge Russell dans *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales c. Attorney-General*, [1972] Ch. 73 (C.A.), à la p. 87.

35 Unlike the preamble, *Pemsel* provides a classification, rather than an enumeration, of charitable purposes. The preamble, as we have just seen, is not exhaustive. By contrast, the *Pemsel* classification is exhaustive: any purpose which is charitable must fit into one or more of the four *Pemsel* categories, although admittedly the fourth category is very broad due to its residual nature. Both the *Pemsel* classification and the preamble provide a description rather than a definition of charitable purposes. Yet neither the *Pemsel* classification nor the preamble explain why the purposes they classify or enumerate are charitable: both simply assert that they are. As I explain below, the courts must have resort to principle in the development of the law of charity. That said, the *Pemsel* classification includes purposes not enumerated in the preamble, of which the advancement of religion is perhaps the most prominent example. As well, the *Pemsel* classification is pitched at a higher level of abstraction than the preamble, and for that reason has largely replaced the preamble as the starting point for the courts in determining whether a particular purpose is charitable.

À la différence du préambule, l'arrêt *Pemsel* établit une classification, plutôt qu'une énumération, des fins de bienfaisance. Comme nous venons de le voir, le préambule n'est pas exhaustif. Par contraste, la classification de *Pemsel* est exhaustive: toute fin de bienfaisance doit entrer dans une ou plusieurs des quatre catégories de cette classification, quoiqu'il faille reconnaître que la quatrième catégorie est très large, en raison de sa nature résiduelle. Tant la classification établie dans *Pemsel* que le préambule donnent une description plutôt qu'une définition des fins de bienfaisance. Pourtant, ni la classification établie dans *Pemsel* ni le préambule n'expliquent pourquoi les fins qui y sont classifiées ou énumérées sont des fins de bienfaisance: tous deux ne font qu'affirmer qu'elles en sont. Comme je l'explique plus loin, les tribunaux doivent se fonder sur des principes pour faire évoluer le droit relatif aux organismes de bienfaisance. Cela dit, la classification établie dans *Pemsel* inclut des fins qui ne sont pas énumérées dans le préambule, la promotion de la religion étant l'exemple le plus patent. De même, la classification établie dans *Pemsel* atteint à un niveau d'abstraction supérieur au préambule, et elle a donc généralement remplacé celui-ci comme point de départ de l'analyse, par les tribunaux, de la question de savoir si une fin est une fin de bienfaisance.

36 Second, I underscore that the *Pemsel* classification is a flexible judicial creation, and thus amenable to subsequent change and development. The *Pemsel* scheme has been described as "a classification of convenience" which "must not be given the force of a statute": *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd. v. Glasgow Corporation*, [1968] A.C. 138 (H.L.), at p. 154. The courts have on several occasions emphasized that the catego-

Deuxièmement, je tiens à souligner que la classification établie dans *Pemsel* est une création judiciaire souple, qui se prête donc bien à la modification et au développement. On a dit de cette classification qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'une classification commode», à laquelle il «ne convient pas d'accorder [. . .] la même force qu'à un texe de loi»: *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd. c. Glasgow Corporation*, [1968] A.C.

ries of charity are not closed, and that the purposes considered to be charitable at law evolve with social developments. See, e.g., *Scottish Burial Reform*, at p. 154; *In re Strakosch*, [1949] Ch. 529 (C.A.), at p. 537. This innate flexibility has enabled the courts to modernize the law of charity in recognition of changing social needs. The purposes listed in the preamble illustrate purposes seen as proper objects of charity, having regard to the social needs of the time. The wide range of purposes set out in the preamble — ranging from the "repair of bridges" to the maintenance of "schools of learning" and the "relief or redemption of prisoners or captives" — indicates that the Tudor conception of charity was very broad. The *Pemsel* classification provides a framework within which the courts may adapt the law as those social needs change. Of course, the courts must be guided by principle when determining whether a particular purpose is charitable. In the absence of clearly defined principles in this area, the courts (and perhaps more importantly, administrative decision makers, such as the Minister, who rely on judicial decisions) may become too wedded to outdated conceptions of the existing categories and lose sight of the underlying principles which motivate the law of charity.

138 (H.L.), à la p. 154. Les tribunaux ont souvent souligné que les catégories d'organismes de bienfaisance ne sont pas immuables et que les fins considérées comme des fins de bienfaisance en droit évoluent selon les changements sociaux. Voir, par exemple, *Scottish Burial Reform*, à la p. 154; *In re Strakosch*, [1949] Ch. 529 (C.A.), à la p. 537. Cette souplesse intrinsèque a permis aux tribunaux de moderniser le droit relatif aux organismes de bienfaisance pour tenir compte de l'évolution des besoins sociaux. Les fins énumérées dans le préambule illustrent des fins considérées comme des objectifs de bienfaisance valables, au regard des besoins sociaux de l'époque. Le large éventail de fins énumérées dans le préambule — qui vont de la subvention «des établissements scolaires» au «soulagement ou à la délivrance des prisonniers» en passant par la «réparation des ponts» — indique qu'on avait une conception très large de la bienfaisance à l'époque des Tudors. La classification établie dans *Pemsel* constitue un cadre à l'intérieur duquel les tribunaux peuvent adapter le droit pour tenir compte de l'évolution de ces besoins sociaux. Évidemment, les tribunaux appelés à décider si une fin est une fin de bienfaisance doivent être guidés par des principes. En l'absence de principes clairs dans ce domaine, les tribunaux (et encore plus important peut-être les décideurs administratifs, comme le ministre, qui s'appuient sur les décisions judiciaires) peuvent finir par trop s'en remettre à des conceptions désuètes des catégories existantes, et perdre de vue les principes sous-jacents du droit relatif aux organismes de bienfaisance.

Two central principles have long been embedded in the case law. Speaking of the existing *Pemsel* categories, Rand J. observed in *Sunny Brae*, *supra*, at p. 88, that "the attributes attaching to all are their voluntariness and, directly or indirectly, their reflex on public welfare". These two principles, namely, (1) voluntariness (or what I shall refer to as altruism, that is, giving to third parties without receiving anything in return other than the pleasure of giving); and (2) public welfare or benefit in an objectively measurable sense, underlie the existing categories of charitable pur-

37 Deux principes centraux sont fixés depuis longtemps dans la jurisprudence. Parlant des catégories existantes établies dans *Pemsel*, le juge Rand a fait observer dans *Sunny Brae*, précité, à la p. 88, que [TRADUCTION] «les attributs qui les caractérisent toutes sont leur caractère bénévole et, directement ou indirectement, leur tendance au bien-être public». Ces deux principes, savoir (1) le caractère bénévole de l'action (ou ce que je vais appeler l'altruisme, c'est-à-dire le fait de donner à autrui sans recevoir rien d'autre en retour que le seul plaisir de donner); et (2) la recherche du bien-être ou de l'intérêt du public dans un sens mesurable objectivement, sont à la base des catégories

poses, and should be the touchstones guiding their further development.

38 Before turning to the substance of this appeal, it is useful to review two key elements of the law of charity as a background for the consideration of what follows. These principles originated in the law of trusts, and have been modified slightly with the advent of the *ITA* regime. The first is the principle of exclusivity. To qualify as charitable, the purposes of an organization or trust must be exclusively charitable: *Guaranty Trust*, *supra*, at p. 143 (citing *British Launderers' Research Association v. Borough of Hendon Rating Authority*, [1949] 1 K.B. 462 (C.A.), at p. 467), and *Jones v. T. Eaton Co.*, [1973] S.C.R. 635, at p. 641. The exclusivity requirement is also reflected in the *ITA* itself. The definition of "charitable organization" contained in s. 149.1(1) specifies that "all the resources" of the organization must be "devoted to charitable activities carried on by the organization itself", and that "no part of the income" of the organization may personally benefit a "proprietor, member, shareholder, trustee or settlor" (emphasis added).

39 The primary reason for the exclusivity requirement is, as Slade J. observed in *McGovern*, *supra*, at p. 340, that if charitable organizations were permitted to pursue a mixture of charitable and non-charitable purposes, there could be no certainty that donations to them would be channelled to the pursuit of charitable purposes. See also *Brewer v. McCauley*, [1954] S.C.R. 645, at pp. 646-47. The *ITA* imposes, in s. 149.1(1), a further requirement that a charitable organization must devote all of its resources to charitable activities. The importance of this requirement is discussed in greater detail below. At this point, I wish only to highlight the distinction between charitable purposes and charitable activities.

40 It is essential to appreciate, as my colleague Iacobucci J. does, that the exclusivity requirement

existantes de fins de bienfaisance et devraient constituer les pierres de touche guidant leur évolution.

Avant de se pencher sur le fond du présent pourvoi, il est utile de revoir deux éléments clés du droit relatif aux organismes de bienfaisance pour bien situer le contexte de l'examen que nous allons faire par la suite. Ces principes, qui tirent leur origine du droit des fiducies, ont été légèrement modifiés par la mise en place du régime établi par la *LIR*. Le premier est le principe de l'exclusivité. Pour être jugées des fins de bienfaisance, les fins poursuivies par un organisme ou une fiducie doivent être exclusivement des fins de bienfaisance: *Guaranty Trust*, précité, à la p. 143 (citant *British Launderers' Research Association c. Borough of Hendon Rating Authority*, [1949] 1 K.B. 462 (C.A.), à la p. 467), et *Jones c. T. Eaton Co.*, [1973] R.C.S. 635, à la p. 641. Cette condition d'exclusivité ressort également de la *LIR*. En effet, la définition d'«œuvre de bienfaisance» au par. 149.1(1) précise que «la totalité des ressources» de l'œuvre doit être «consacrée à des activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même» et qu'«aucune partie du revenu» de celle-ci ne peut servir au profit personnel de «l'un de ses propriétaires, membres, actionnaires, fiduciaires ou auteurs» (je souligne).

Comme l'a fait observer le juge Slade dans *McGovern*, précité, à la p. 340, la raison première de cette condition d'exclusivité est que, si les œuvres de bienfaisance étaient autorisées à poursuivre à la fois des fins de bienfaisance et d'autres fins, il n'y aurait aucune certitude que les dons qui leur sont faits iraient à des fins de bienfaisance. Voir aussi *Brewer c. McCauley*, [1954] R.C.S. 645, aux pp. 646 et 647. Au par. 149.1(1), la *LIR* impose une autre condition, savoir que la totalité des ressources de l'œuvre soit consacrée à des activités de bienfaisance. L'importance de cette condition est examinée de manière plus approfondie plus loin. Pour l'instant, je désire seulement souligner la distinction entre les fins de bienfaisance et les activités de bienfaisance.

Il est essentiel de bien comprendre, comme le fait mon collègue le juge Iacobucci, que la condi-

does not quite mean what it says, a position this Court affirmed in *Guaranty Trust*, *supra*, at p. 143. It has long been accepted that the pursuit of purposes which, though not charitable in themselves, are merely ancillary or incidental to the fulfilment of the primary, charitable, purposes of an organization will not cause the organization to run afoul of the exclusivity requirement. At a certain point, of course, a purpose may grow to assume a collateral rather than incidental nature. If so, it will no longer be a means to the fulfilment of the organization's primary purposes, but will have become an end in itself. If the collateral purpose is not itself charitable, its pursuit will render the organization in breach of the exclusivity requirement.

tion d'exclusivité ne signifie pas tout à fait ce qu'elle énonce, position que notre Cour a confirmée dans *Guaranty Trust*, précité, à la p. 143. Il est admis depuis longtemps que le fait pour un organisme de poursuivre des fins qui ne sont pas en elles-mêmes des fins de bienfaisance mais simplement des fins accessoires à la réalisation des fins de bienfaisance principales n'amène pas cet organisme à déroger à la condition d'exclusivité. Évidemment, il peut arriver que, à un certain moment, une fin puisse prendre un caractère parallèle plutôt qu'accessoire. Dans un tel cas, elle aura cessé d'être un moyen de réaliser les fins principales de l'organisme et sera devenue une fin en soi. Si la fin parallèle n'est pas elle-même une fin de bienfaisance, l'organisme qui la poursuit se trouve à déroger à la condition d'exclusivité.

A second requirement for charitable status is, as Iacobucci J. confirms, that the purposes of the trust or organization must be "[f]or the benefit of the community or of an appreciably important class of the community", as Ritchie J. stated in *Guaranty Trust*, *supra*, at p. 141 (citing *Verge v. Somerville*, [1924] A.C. 496 (P.C.), at p. 499). The public benefit requirement has two distinct components. There must be an objectively measurable and socially useful benefit conferred; and it must be a benefit available to a sufficiently large section of the population to be considered a public benefit. As will be seen below, although the public benefit requirement applies to all charitable purposes, it is of particular concern under the fourth head of Lord Macnaghten's scheme in *Pemsel*: see *Inland Revenue Commissioners v. Baddeley*, [1955] A.C. 572 (H.L.), at p. 590. This is so because under the first three heads, public benefit is essentially a rebuttable presumption, whereas under the fourth head it must be demonstrated: *National Anti-Vivisection Society v. Inland Revenue Commissioners*, [1948] A.C. 31 (H.L.), at p. 42. Although the requirement of public benefit is raised only obliquely on the facts of this appeal, it is essential to keep in mind in any consideration of an application for status as a registered charity. I now turn to consider whether

41 Comme le confirme le juge Iacobucci, l'obtention du statut d'organisme de bienfaisance est subordonnée au respect d'une seconde condition: les fins poursuivies par la fiducie ou l'organisation doivent servir [TRADUCTION] «l'intérêt de la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance», comme l'a dit le juge Ritchie dans *Guaranty Trust*, précité, à la p. 141 (citant l'arrêt *Verge c. Somerville*, [1924] A.C. 496 (C.P.), à la p. 499). Cette condition relative à l'intérêt du public comporte deux éléments distincts. Il faut qu'un bienfait objectivement mesurable et socialement utile soit apporté; il faut en outre que ce bienfait soit offert à un groupe suffisamment large de la population pour être considéré comme un bienfait public. Comme nous le verrons plus loin, même si la condition relative à l'intérêt du public s'applique à toutes les fins de bienfaisance, elle revêt une importance particulière en ce qui a trait à la quatrième catégorie énoncée par lord Macnaghten dans *Pemsel*: voir *Inland Revenue Commissioners c. Baddeley*, [1955] A.C. 572 (H.L.), à la p. 590. Il en est ainsi parce que, dans le cas des trois premières catégories, l'existence d'un bienfait public est essentiellement une présomption réfutable, alors que, dans le cas de la quatrième catégorie, l'existence d'un tel bienfait doit être démontrée: *National Anti-Vivisection Society c. Inland Revenue Commissioners*, [1948] A.C. 31 (H.L.), à la p. 42. Quoique la condition relative à l'intérêt du

the Minister erred in refusing to register the Society as a charitable organization.

public ne se soulève qu'indirectement compte tenu des faits du présent pourvoi, il est essentiel de le garder à l'esprit dans l'examen d'une demande sollicitant le statut d'organisme de bienfaisance enregistré. Je vais maintenant aborder la question de savoir si le ministre a commis une erreur en refusant d'enregistrer l'association comme œuvre de bienfaisance.

C. *The Proper Test for Determining the Charitable Nature of a Purpose*

C. *Le critère applicable pour décider si une fin est une fin de bienfaisance*

42 I begin by addressing the proper approach to the determination of whether a particular purpose is charitable in law. It is widely accepted that the courts must begin with the *Pemsel* classification and determine whether the purposes of the organization under consideration may be placed within one or more of the categories contained therein. The *Pemsel* classification carves out three presumptively charitable categories (relief of poverty, advancement of education, and advancement of religion) and creates a residual fourth category of charitable purposes ("other purposes beneficial to the community"), which itself comprises a number of recognized subcategories. As I explain below, distinct considerations apply to the fourth head. In determining whether a given purpose is charitable, the courts adhere to the analogical approach to legal reasoning familiar to the common law. However, unlike the preamble, the *Pemsel* classification does not itself provide any enumeration of purposes from which to analogize to putatively charitable purposes under consideration. Consequently, the courts continue to look to the preamble when considering purposes classified under the fourth head of the *Pemsel* scheme. As this Court indicated in *Blais v. Touchet*, [1963] S.C.R. 358, at p. 360, the distinctions drawn by the courts in this area may at times be extremely fine. "The pursuit of these analogies", Chitty J. confirmed in *In re Foveaux*, [1895] 2 Ch. 501, at p. 504, "obviously requires caution and circumspection".

Je vais d'abord traiter de l'approche qu'il convient d'appliquer pour décider si une fin donnée est une fin de bienfaisance en droit. Il est largement admis que les tribunaux doivent commencer par appliquer la classification établie dans *Pemsel* et déterminer si les fins poursuivies par l'organisme en cause peuvent être rangées dans une ou plusieurs des catégories de cette classification. Celle-ci établit trois catégories de fins qui sont présumées être des fins de bienfaisance (soulagement de la pauvreté, promotion de l'éducation et promotion de la religion), et elle crée une catégorie résiduelle de fins de bienfaisance (les «autres fins utiles à la société») qui comprend elle-même un certain nombre de sous-catégories reconnues. Ainsi que je vais l'expliquer plus loin, des considérations distinctes s'appliquent à la quatrième catégorie. Pour déterminer si une fin donnée est une fin de bienfaisance, les tribunaux appliquent la méthode de raisonnement juridique par analogie usuelle en common law. Toutefois, contrairement au préambule, la classification établie dans *Pemsel* n'énumère pas de fins auxquelles pourraient être assimilées par analogie les fins qui seraient des fins de bienfaisance. En conséquence, les tribunaux continuent d'utiliser le préambule dans l'examen des fins rangées dans la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*. Comme l'a indiqué notre Cour dans *Blais c. Touchet*, [1963] R.C.S. 358, à la p. 360, les distinctions établies dans ce domaine par les tribunaux sont parfois très subtiles. [TRADUCTION] «De telles analogies», a confirmé le juge Chitty dans *In re Foveaux*, [1895] 2 Ch. 501, à la p. 504, «commandent manifestement la prudence et la circonspection».

The authorities are littered with statements bemoaning the confusion that may result in the course of an analysis of the fourth head of the *Pemsel* classification. Hugessen J.A. recently observed in *Vancouver Regional FreeNet Assn.*, *supra*, at p. 886, that the fourth head has been "the source of confusion and difficulty". See also the comments of Viscount Simonds in *Baddeley*, *supra*, at p. 583. Yet the task is not nearly so complicated. The leading Canadian authority on the scope of the fourth head of the *Pemsel* classification scheme is *Native Communications Society*, *supra*. In that case, Stone J.A. held, at pp. 479-80:

> A review of decided cases suggests that at least the following propositions may be stated as necessary preliminaries to a determination whether a particular purpose can be regarded as a charitable one falling under the fourth head found in Lord Macnaghten's classification:
>
> (a) the purpose must be beneficial to the community in a way which the law regards as charitable by coming within the "spirit and intendment" of the preamble to the Statute of Elizabeth if not within its letter. (*National Anti-Vivisection Society v. Inland Revenue Commissioners*, [1948] A.C. 31 (H.L.), at pages 63-64; *In re Strakosch, decd. Temperley v. Attorney-General*, [1949] Ch. 529 (C.A.), at pages 537-538), and
>
> (b) whether a purpose would or may operate for the public benefit is to be answered by the court on the basis of the record before it and in exercise of its equitable jurisdiction in matters of charity (*National Anti-Vivisection Society v. Inland Revenue Commissioners* (*supra*), at pages 44-45, 63).

When considering a purpose under the fourth head of the *Pemsel* classification, the courts must determine whether the purpose may be placed within the language of the preamble, or whether an analogy may be made with a purpose contained in the preamble. Courts have then taken the next step, and have drawn new analogies to purposes themselves already deemed analogous to those contained in the preamble. Thus, the courts begin with the language of the preamble, but do not limit

43 La jurisprudence regorge de remarques déplorant la confusion susceptible de se produire dans le cours de l'analyse de la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*. Le juge Hugessen a récemment fait observer, dans *Vancouver Regional FreeNet Assn.*, précité, aux pp. 885 et 886, que la quatrième catégorie était et demeure «une source de confusion et de difficulté». Voir aussi les commentaires du vicomte Simonds dans *Baddeley*, précité, à la p. 583. Malgré tout, la tâche est loin d'être aussi compliquée qu'on le dit. L'arrêt de principe en droit canadien sur le champ d'application de la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel* est *Native Communications Society*, précité. Dans cette affaire, le juge Stone a statué ainsi, aux pp. 479 et 480:

> Il semble ressortir de la jurisprudence que les propositions suivantes au moins peuvent être présentées comme des conditions préalables pour déterminer si une fin particulière peut être considérée comme une fin charitable s'inscrivant dans la quatrième catégorie prévue dans la classification de lord Macnaghten:
>
> a) la fin doit être utile à la société d'une façon que la loi considère comme charitable en étant conforme à «l'esprit» du préambule de la Loi d'Elizabeth, si ce n'est pas à sa lettre. (*National Anti-Vivisection Society v. Inland Revenue Commissioners*, [1948] A.C. 31 (H.L.), aux pp. 63 et 64; *In re Strakosch, decd. Temperley v. Attorney-General*, [1949] Ch. 529 (C.A.), aux pages 537 et 538), et
>
> b) c'est en se fondant sur le dossier dont elle dispose et en exerçant sa compétence reconnue en *equity* en matière d'organismes de charité que la cour doit déterminer si une fin servirait ou pourrait servir l'intérêt du public (*National Anti-Vivisection Society v. Inland Revenu Commissioners* (précité), aux pp. 44, 45 et 63).

44 Le tribunal qui examine une fin en regard de la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel* doit décider si cette fin est visée par le texte du préambule ou si elle peut être assimilée par analogie à une fin énoncée dans celui-ci. Passant ensuite à l'étape suivante, les tribunaux se sont mis à établir des analogies avec des fins ayant elles-mêmes été jugées analogues à celles figurant dans le préambule. Par conséquent, les tribunaux commencent par examiner le texte du préambule,

themselves to it. They speak of looking to whether the purpose under consideration fits within the preamble's "spirit and intendment", or of the "equity of the Statute": *Scottish Burial Reform*, *supra*, at p. 147; *Law Reporting* case, *supra*, at p. 89. Reference to the "spirit and intendment" of the preamble has actually overtaken reference to the preamble itself. Thus, in *Scottish Burial Reform*, at p. 154, Lord Wilberforce said that the "spirit and intendment" requirement

> does not mean quite what it says; for it is now accepted that what must be regarded is not the wording of the preamble itself, but the effect of decisions given by the courts as to its scope, decisions which have endeavoured to keep the law as to charities moving according as new social needs arise or old ones become obsolete or satisfied.

45 The authorities provide that the mere fact that a purpose is of public benefit does not, without more, render that purpose charitable. Only a subcategory of purposes which benefit the public are charitable. To qualify as charitable, a purpose must be beneficial to the public "in a way which the law regards as charitable": *Williams' Trustees v. Inland Revenue Commissioners*, [1947] A.C. 447 (H.L.), at p. 455; *Positive Action Against Pornography*, *supra*, at p. 350. This sounds circular, but the boundary marking off the subcategory — distinguishing those purposes considered to be beneficial "in a way which the law regards as charitable" — is established by the "spirit and intendment" requirement. The "spirit and intendment" requirement simply directs the courts to ensure that the purpose at issue is of the same type or nature as those enumerated in the preamble: *Vancouver Regional FreeNet Assn.*, *supra*, at p. 891; *In re Strakosch*, *supra*, at p. 537; *Peggs v. Lamb*, [1994] 2 All E.R. 15 (Ch. D.), at p. 33.

46 A helpful encapsulation of these considerations may be found in Lord Wilberforce's speech in *D'Aguiar v. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31 (P.C.), at p. 33:

mais ils ne s'y limitent pas. Ils disent vérifier si la fin en cause est conforme à l'«esprit» du préambule ou à l'«équité de la Loi d'Elizabeth»: *Scottish Burial Reform*, précité, à la p. 147; l'affaire *Law Reporting*, précitée, à la p. 89. Le renvoi à «l'esprit» du préambule l'a en fait emporté sur le renvoi au préambule lui-même. Ainsi, dans *Scottish Burial Reform*, à la p. 154, lord Wilberforce a dit que la condition relative à la conformité à «l'esprit du préambule»

> [TRADUCTION] ne signifie pas tout à fait ce qu'elle énonce, car il est maintenant reconnu que ce n'est pas le libellé du préambule lui-même qui doit être pris en considération mais l'effet des décisions des tribunaux sur sa portée, décisions qui ont tenté de faire évoluer le droit relatif aux organismes de bienfaisance pour tenir compte de l'apparition de nouveaux besoins sociaux ou du fait que certains besoins ont cessé d'exister ou ont été comblés.

Les précédents indiquent que le seul fait qu'une fin serve l'intérêt du public n'en fait pas, sans plus, une fin de bienfaisance. Seule une sous-catégorie de fins servant l'intérêt du public sont des fins de bienfaisance. Pour être considérée comme une fin de bienfaisance, une fin doit être utile à la société [TRADUCTION] «d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance»: arrêts *Williams' Trustees c. Inland Revenue Commissioners*, [1947] A.C. 447 (H.L.), à la p. 455; *Positive Action Against Pornography*, précité, à la p. 350. Ce raisonnement semble circulaire, mais la frontière qui délimite cette sous-catégorie — qui distingue les fins considérées comme utiles «d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance» — est établie par la condition de conformité à «l'esprit du préambule». Cette condition ne fait qu'indiquer aux tribunaux la nécessité de s'assurer que la fin en litige est une fin du même type et de même nature que celles énumérées dans le préambule: *Vancouver Regional FreeNet Assn.*, précité, à la p. 891; *In re Strakosch*, précité, à la p. 537; *Peggs c. Lamb*, [1994] 2 All E.R. 15 (Ch. D.), à la p. 33.

Dans *D'Aguiar c. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31 (C.P.), lord Wilberforce a fait un résumé utile de ces considérations, à la p. 33:

The difficulties inherent in the definition of the fourth heading have been well exemplified in the decisions of the Courts both before and since 1891. An attempt has been made to give it greater precision by adding to the phrase

> "purposes beneficial to the community"

the qualifications

> "in a way the law regard [*sic*] as charitable",

and

> "within the spirit and intendment of the preamble to the Statute of Elizabeth" (43 Eliz. I c. 4.)

But these are not the clearest of guidelines. The first brings the argument round in a circle close to its starting-point; the second throws one back upon an enumeration with no common character, many centuries out of date. But the process which the Court must follow, however difficult, is now fairly well established. It must first consider the trend of those decisions which have established certain objects as charitable under this heading, and ask whether, by reasonable extension or analogy, the instant case may be considered to be in line with these. Secondly, it must examine certain accepted anomalies to see whether they fairly cover the objects under consideration. Thirdly — and this is really a cross-check upon the others — it must ask whether, consistently with the objects declared, the income and property in question can be applied for purposes clearly falling outside the scope of charity: if so, the argument for charity must fail.

Out of a certain degree of frustration, some courts have focused upon the conception of public benefit itself as the touchstone of charitable status under the fourth head of the *Pemsel* classification, with minimal resort to the "spirit and intendment" of the preamble of the *Statute of Elizabeth* as a further limiting factor. In the *Law Reporting* case, *supra*, both Russell L.J., at pp. 88-89, and Sachs L.J., at p. 94, favoured such an approach, which essentially eliminates the requirement that the purpose be demonstrated to be for the public benefit in a way the law regards as charitable. On this account, once it is demonstrated that a purpose is for the public benefit, it should be considered

[TRADUCTION] Les difficultés inhérentes à toute tentative de définition de la quatrième catégorie sont bien illustrées par les décisions rendues par les tribunaux tant avant 1891 qu'après. Ceux-ci ont tenté de préciser davantage le contenu de cette catégorie en ajoutant aux mots:

> «fins utiles à la société»;

les réserves suivantes:

> «d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance»

et

> «conforme à l'esprit du préambule de la Loi d'Elizabeth» (43 Eliz. I ch. 4.)

Mais ces indications sont loin d'être claires. La première ramène pratiquement l'argument à son point de départ; la deuxième renvoie à une énumération sans dénominateur commun et périmée depuis des siècles. Toutefois, le processus que doit suivre le tribunal, si difficile soit-il, est maintenant assez bien établi. Premièrement, il doit considérer la tendance qui se dégage de ces décisions qui ont reconnu certaines fins comme étant des fins de bienfaisance au sens de cette catégorie et se demander si, par extension ou analogie raisonnable, le cas à l'étude est semblable aux précédents. Deuxièmement, il doit examiner certaines anomalies acceptées pour voir si elles couvrent les fins en cause. Troisièmement — et c'est vraiment un contrôle par recoupement des autres — il doit se demander si, en conformité avec les fins déclarées, le revenu et les biens en question peuvent être affectés à des fins clairement étrangères à la notion de bienfaisance; dans l'affirmative, l'argument qu'il s'agit d'une fin de bienfaisance ne peut être retenu.

47 Jusqu'à un certain point par frustration, certains tribunaux ont utilisé la notion même d'intérêt du public comme pierre de touche du statut d'organisme de bienfaisance suivant la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*, en recourant minimalement à «l'esprit» du préambule de la Loi d'Elizabeth comme facteur limitatif supplémentaire. Dans l'affaire *Law Reporting*, précitée, tant le lord juge Russell, aux pp. 88 et 89, que le lord juge Sachs, à la p. 94, ont préconisé une telle approche, qui élimine essentiellement la condition exigeant la démonstration que la fin en cause sert l'intérêt du public d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bien-

prima facie charitable, barring compelling policy grounds to deem the purpose non-charitable.

48 Although dropping the requirement that a purpose must be for the public benefit in a way the law recognizes as charitable is not without its attractions, it is not easily reconcilable with earlier authorities (see on this point *Royal National Agricultural and Industrial Association v. Chester* (1974), 3 A.L.R. 486 (H.C.), at p. 489). Moreover, I also share my colleague's concern that the adoption of such an approach by this Court would tend to blur the *ITA*'s distinction between charitable organizations and non-profit organizations. I might add, however, that I am not persuaded that the approach I adopt in these reasons does anything to weaken that distinction. The requirement that a charitable organization must pursue a public benefit in a way which the law regards as charitable should be maintained. Nonetheless, in determining whether a purpose is for the public benefit in a way which the law regards as charitable, we must recall that the legal conception of charity must evolve, and respond to social developments. We must adhere to principle as well as precedent.

49 The best approach, in my view, is one which marries adherence to principle with respect for the existing categories as established by the *Pemsel* scheme. We must avoid the Scylla of blind adherence to an inflexible enumeration of charitable purposes, by testing purported purposes against broad principles. At the same time, we must bypass the Charybdis of attempting to evaluate the charitable status of a purpose by simple reference to an abstract principle — public benefit — without the benefit of analogical reasoning and the common law inheritance of authorities. I have in mind a similar approach to that which this Court has adopted to the law of unjust enrichment.

faisance. Selon cette approche, une fois qu'il a été démontré qu'une fin sert l'intérêt du public, elle devrait être considérée comme étant à première vue une fin de bienfaisance, en l'absence de raisons de politique générale impérieuses de présumer le contraire.

Bien que la solution d'abandonner la condition exigeant que la fin en cause serve l'intérêt du public d'une manière que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance ne soit pas dénuée d'intérêt, elle n'est pas facile à concilier avec des arrêts antérieurs (voir, sur ce point, *Royal National Agricultural and Industrial Association c. Chester* (1974), 3 A.L.R. 486 (H.C.), à la p. 489). En outre, je partage l'inquiétude de mon collègue que l'adoption d'une telle approche par notre Cour tendrait à embrouiller la distinction faite dans la *LIR* entre les œuvres de bienfaisance et les organismes sans but lucratif. Je tiens à ajouter, toutefois, que je ne suis pas convaincu que l'approche que j'adopte dans les présents motifs tend à atténuer cette distinction. La condition exigeant que l'organisme de bienfaisance poursuive une fin servant l'intérêt du public d'une manière que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance devrait être maintenue. Néanmoins, dans l'examen de la question de savoir si une fin donnée sert l'intérêt du public d'une telle manière, il faut se rappeler que la conception juridique de la bienfaisance doit évoluer et répondre aux changements sociaux. Nous devons adhérer à la fois aux principes et aux précédents.

La meilleure approche, à mon sens, est une approche combinant l'adhésion aux principes et le respect des catégories existantes établies dans *Pemsel*. Nous devons éviter le Scylla de l'adhésion aveugle à une énumération inflexible de fins de bienfaisance et apprécier les fins proposées en regard de principes généraux. Mais nous devons en même temps contourner le Charybde qui consisterait à tenter de déterminer si une fin est une fin de bienfaisance en se référant simplement à un principe abstrait — l'intérêt du public — en se privant de l'avantage de la méthode du raisonnement analogique et de l'héritage jurisprudentiel de la common law. Je pense à une approche analogue à

McLachlin J., writing for the majority of this Court in *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, spoke of the need to find a balance between what she termed the "category" and the "principled" approaches in the law of unjust enrichment. I find this to be of assistance in illustrating the path that should be taken in the law of charity. It would be unwise to jettison the vast historical inheritance associated with judicial development of the law of charity, although I do think it appropriate to ensure that the existing common law accords with certain identifiable principles which should guide the development of this area of law as a whole.

How then should the Court undertake the task of modernizing the existing categories of charitable purposes? One commentator, reflecting on the observation made above that neither the preamble nor the *Pemsel* classification purport to define charitable purposes, has suggested that the preamble is best viewed as an agenda for social improvement: E. B. Bromley, "Contemporary Philanthropy — Is the Legal Concept of 'Charity' Any Longer Adequate?", in D. W. M. Waters, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts 1993* (1993), 59, at pp. 65-66. Our perceptions as to what should and should not be included on that agenda have changed over the centuries, as they will continue to do. New social needs arise, and old social problems decline in importance. Consequently, it would be a mistake to make a fetish of the purposes enumerated in preamble. Rather, the Court should adhere to the principles of altruism and public benefit, to which I adverted above, in order to identify new charitable purposes and to ensure that existing ones continue to serve the public good. The law should reflect the realization that although the particular purposes seen as worthy of pursuit change over time, the principles of which they are instantiations endure.

celle adoptée par notre Cour en matière d'enrichissement sans cause. Le juge McLachlin, qui s'exprimait pour la majorité de notre Cour dans *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, a fait état du besoin, dans le domaine de l'enrichissement sans cause, de concilier ce qu'elle a appelé l'approche fondée sur les «catégories» et celle fondée sur les «principes». J'estime que ces observations sont utiles pour illustrer la voie à suivre en ce qui concerne le droit relatif aux organismes de bienfaisance. Il ne serait pas sage d'abandonner l'apport historique important de la jurisprudence à l'évolution de ce droit, quoique je sois bien d'avis qu'il convienne de s'assurer que la common law existante soit conforme à certains principes identifiables qui devraient orienter l'évolution de ce domaine du droit dans son ensemble.

Comment, alors, notre Cour devrait-elle s'y prendre pour moderniser les catégories existantes de fins de bienfaisance? Au sujet de l'observation faite précédemment que ni le préambule ni la classification établie dans *Pemsel* ne visent à définir ce qu'est une fin de bienfaisance, un commentateur a émis l'avis qu'il était préférable de voir le préambule comme un programme d'amélioration sociale: E. B. Bromley, «Contemporary Philanthropy — Is the Legal Concept of "Charity" Any Longer Adequate?», dans D. W. M. Waters, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts 1993* (1993), 59, aux pp. 65 et 66. Nos perceptions quant à ce qui doit ou non être inclus dans ce programme ont changé au fil des siècles, et elles vont continuer de changer. De nouveaux besoins sociaux naissent alors que de vieux problèmes perdent de leur importance. Par conséquent, ce serait une erreur de se laisser obnubiler par les fins énumérées dans le préambule. Au contraire, la Cour devrait plutôt adhérer aux principes de l'altruisme et de l'intérêt du public, dont j'ai fait état plus tôt, afin d'identifier de nouvelles fins de bienfaisance et de s'assurer que celles déjà reconnues continuent de servir l'intérêt public. Le droit doit refléter la constatation que, même si au fil du temps les fins qui valent d'être poursuivies changent, les principes dont elles sont l'incarnation eux restent.

50

51 Thus, in determining whether a particular purpose is charitable, the courts must look to both broad principles — altruism and public benefit — as well as the existing case law under the *Pemsel* classification. The courts should consider whether the purpose under consideration is analogous to one of the purposes enumerated in the preamble of the *Statute of Elizabeth*, or build analogy upon analogy. Yet the pursuit of analogy should not lead the courts astray. One's eye must always be upon the broader principles I have identified, which are the Ariadne's thread running through the *Pemsel* categories, and the individual purposes recognized as charitable under them. The courts should not shy away from the recognition of new purposes which respond to pressing social needs.

Par conséquent, les tribunaux appelés à déterminer si une fin donnée est une fin de bienfaisance doivent prendre en compte les deux grands principes — l'altruisme et l'intérêt du public — ainsi que la jurisprudence existante sur la classification établie dans *Pemsel*. Les tribunaux doivent se demander si la fin en cause est analogue à une des fins énumérées dans le préambule de la Loi d'Elizabeth, ou faire des analogies à partir d'autres analogies. Toutefois, les tribunaux ne doivent pas se laisser égarer par cette recherche d'analogies. Il faut toujours garder à l'esprit les deux grands principes que j'ai dégagés, qui constituent le fil d'Ariane reliant les catégories établies dans *Pemsel*, et les diverses fins qui ont été reconnues comme des fins de bienfaisance suivant ces catégories. Les tribunaux ne devraient pas hésiter à reconnaître de nouvelles fins pour tenir compte de besoins sociaux pressants.

D. *The Distinction Between Charitable Purposes and Charitable Activities*

D. *La distinction entre fins de bienfaisance et activités de bienfaisance*

52 In the law of charity, the courts' primary concern is to determine whether the purposes being pursued are charitable. It is these purposes which are essential, not the activities engaged in, although the activities must, of course, bear a coherent relationship to the purposes sought to be achieved. (I pause to emphasize that motive and purpose are not synonymous. The courts are not, in general, concerned with the motive of a donor or volunteer, only with the purpose being pursued.) A common source of confusion in this area is that judges and commentators alike often conflate the concept of "charitable purposes" and "charitable activities". The former is a long-established concept in the common law of charitable trusts. The latter is a much more recent innovation: it is contained in the *ITA*, but has no history in the common law. The distinction between charitable purposes and activities was identified by Ritchie J. for this Court in *Guaranty Trust, supra*, at p. 147. Subsequently, that distinction has been the subject of comment in a number of decisions of the Federal Court of Appeal, including *Scarborough Community Legal Services v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 555, at p. 579; *Toronto Volgograd Committee v.*

En matière de droit relatif aux organismes de bienfaisance, le souci premier des tribunaux est de déterminer si les fins poursuivies sont des fins de bienfaisance. Ce sont les fins qui sont essentielles, et non les activités, encore que les activités menées doivent évidemment avoir un rapport logique avec les fins poursuivies. (Je souligne en passant que fin et motivation ne sont pas synonymes. Les tribunaux ne s'attachent pas, en général, à la motivation du donateur ou du bénévole, mais seulement à la fin qu'il poursuit.) Une source courante de confusion dans ce domaine est le fait que, souvent, tant les juges que les commentateurs traitent ensemble les notions de «fins de bienfaisance» et d'«activités de bienfaisance». La première est un concept du droit des fiducies en common law établi depuis longtemps. La seconde est une innovation beaucoup plus récente: elle est présente dans la *LIR*, mais n'a pas d'histoire en common law. La distinction entre fins de bienfaisance et activités de bienfaisance a été dégagée par le juge Ritchie, pour notre Cour, dans *Guaranty Trust*, précité, à la p. 147. Par la suite, cette distinction a été commentée dans plusieurs décisions de la Cour d'appel fédérale, notamment *Scarborough Community*

M.N.R., [1988] 3 F.C. 251; and *Everywoman's Health Centre Society*, *supra*.

A critical difference between purposes and activities is that purposes may be defined in the abstract as being either charitable or not, but the same cannot be said about activities. That is, one may determine whether an activity is charitable only by reference to a previously identified charitable purpose(s) the activity is supposed to advance. The question then becomes one of determining whether the activity has the effect of furthering the purpose or not, as Iacobucci J. notes at para. 152. In determining whether an organization should be registered as a charitable organization, we must, as my colleague Iacobucci J. indicates, look not only to the purposes for which it was originally instituted, but also to what the organization actually does, that is, its activities. But we must begin by examining the organization's purposes, and only then consider whether its activities are sufficiently related to those purposes.

In the *Law Reporting* case, *supra*, at p. 86, Russell L.J. illustrated this point by supposing the example of a company which published the Bible for profit, and compared it to one which published the Bible without a view to profit, but with the purpose of distributing copies of it to the public. In each case, the activity engaged in — publishing the Bible — is identical. But the purposes being pursued are very different, and consequently the status of each company also differs. Although the former company clearly would not be pursuing a charitable purpose, the latter almost certainly would be. This example demonstrates that an activity, taken in the abstract, can rarely be deemed charitable or non-charitable. Rather, it is the purpose underlying the activity to which the courts must look initially in assessing whether the activity is charitable. It must then be determined whether there is a sufficient degree of connection between the activity engaged in and the purpose

Legal Services c. La Reine, [1985] 2 C.F. 555, à la p. 579; *Toronto Volgograd Committee c. M.R.N.*, [1988] 3 C.F. 251, et *Everywoman's Health Centre Society*, précitée.

Une différence cruciale entre les fins et les activités est qu'il est possible de déterminer, dans l'abstrait, si une fin est une fin de bienfaisance ou non, alors qu'on ne peut affirmer la même chose dans le cas des activités. En d'autres mots, on ne peut déterminer si une activité est une activité de bienfaisance que par référence à une ou plusieurs fins de bienfaisance préalablement identifiées, que l'activité est censée aider à réaliser. Il faut ensuite se demander si l'activité en cause a pour effet de tendre ou non à la réalisation de la fin, comme le souligne le juge Iacobucci au par. 152. Pour décider si un organisme doit être enregistré comme œuvre de bienfaisance, nous devons, comme l'indique mon collègue le juge Iacobucci, tenir compte non seulement des fins pour lesquelles l'organisme a été constitué à l'origine, mais également de ce qu'il accomplit dans les faits, c'est-à-dire ses activités. Toutefois, il faut commencer par examiner les fins poursuivies par l'organisme, et ce n'est qu'ensuite qu'on se demande si ses activités se rapportent suffisamment aux fins en question. 53

Dans l'affaire *Law Reporting*, précitée, à la p. 86, le lord juge Russell a illustré ce point en imaginant l'exemple d'une société qui aurait publié la Bible dans un but lucratif et d'une autre qui l'aurait publiée, non pas dans un but lucratif, mais en vue d'en distribuer des exemplaires à la population. Dans chaque cas, l'activité exercée — la publication de la Bible — est la même. Mais les fins poursuivies sont très différentes et, par conséquent, le statut de chaque société diffère également. Quoique la première société ne poursuivrait manifestement pas une fin de bienfaisance, la seconde le ferait presque certainement. Ceci fait voir qu'il est rarement possible de juger dans l'abstrait si une activité est ou non une activité de bienfaisance. Les tribunaux doivent plutôt s'arrêter au départ à la fin qui sous-tend l'activité pour juger si celle-ci est une activité de bienfaisance. Ils doivent ensuite déterminer s'il existe un degré de connexité suffisant entre l'activité exercée et la fin 54

being pursued, but this is a distinct inquiry involving separate considerations. Purposes are the ends to be achieved: activities are the means by which to accomplish those ends. Purposes must be evaluated substantively. Activities are assessed by determining the degree to which they actually are instrumental in achieving the organization's goals.

55 It is with this in mind that I consider the two propositions set forth by Iacobucci J., at para. 159, as requirements for registration under s. 248(1) of the *ITA*:

(1) the purposes of the organization must be charitable, and must define the scope of the activities engaged in by the organization; and

(2) all of the organization's resources must be devoted to these activities unless the organization falls within the specific exemptions of s. 149.1(6.1) or (6.2).

With respect, I do not find my colleague's formulation to be the most helpful as a framework for analysis. I agree with the second requirement my colleague sets out. I also agree that the purposes of the organization must be charitable. However, I have reservations as to the second clause of his first requirement. As Iacobucci J. himself observes, at para. 199, charitable activities cannot be defined other than by reference to the purposes they are to further. I do not necessarily disagree with my colleague's suggestion that the purposes of an organization must "define the scope of the activities engaged in by the organization", but I find that formulation awkward.

56 I consider the key questions to be: (a) are the organization's purposes charitable? and (b) are the activities the organization engages in sufficiently related to its purposes to be considered to be furthering them? I would, therefore, reformulate my colleague's first proposition into two parts: (a) an organization must be constituted exclusively for charitable purposes; and (b) its activities must be substantially connected to, and in furtherance of, those purposes. So, when Iacobucci J. states, at

poursuivie, mais il s'agit là d'un examen distinct, qui met en jeu des considérations différentes. Les fins sont des objectifs à réaliser: les activités sont les moyens pris pour réaliser ces fins. Les fins doivent être évaluées indépendamment. Les activités sont appréciées en déterminant la mesure dans laquelle elles contribuent à la réalisation des objectifs de l'organisme.

Dans cette perspective, j'aborde les deux propositions que mon collègue le juge Iacobucci présente, au par. 159, comme étant les conditions d'enregistrement pour l'application du par. 248(1) de la *LIR*:

(1) les fins poursuivies par l'organisme doivent être des fins de bienfaisance, et elles doivent définir le champ des activités menées par l'organisme;

(2) la totalité des ressources de l'organisme doit être consacrée à ces activités, à moins que celui-ci soit visé par les exemptions expressément prévues au par. 149.1(6.1) ou (6.2).

Avec égards, je ne considère pas que les propositions de mon collègue formulent au mieux le cadre d'analyse. Je suis d'accord avec la deuxième condition qu'il énonce. Je conviens également avec lui que les fins poursuivies par l'organisme doivent être des fins de bienfaisance. Toutefois, j'ai des réserves quant au deuxième volet de la première condition. Comme le fait observer lui-même le juge Iacobucci, au par. 199, il est impossible de définir des activités de bienfaisance autrement que par référence aux fins que ces activités tendent à réaliser. Je ne suis pas nécessairement en désaccord avec la suggestion de mon collègue que les fins poursuivies par une association doivent «définir le champ des activités menées par l'organisme», mais je trouve cette formule maladroite.

Voici, à mon avis, les questions clés: a) Les fins poursuivies par l'organisme sont-elles des fins de bienfaisance? b) Les activités menées par l'organisme se rapportent-elles suffisamment aux fins qu'il poursuit pour être considérées comme tendant à leur réalisation? Je reformulerais donc la première proposition de mon collègue en deux parties: a) une association doit être constituée exclusivement à des fins de bienfaisance; b) ses activités doivent se rapporter substantiellement à ces fins et

para. 160, that "[i]n the end, while it is true that at least some of the Society's purposes contemplate charitable activities, it cannot be said that they restrict the Society to charitable activities alone", this strikes me as a roundabout way of contending that either (a) not all of the Society's purposes are charitable; or (b) even if the Society's purposes are charitable, not all of its activities are sufficiently connected to its purposes.

tendre à leur réalisation. En conséquence, quand le juge Iacobucci dit, au par. 160, que, «[e]n dernière analyse, quoiqu'il soit vrai qu'au moins certaines des fins poursuivies par l'association visent des activités de bienfaisance, il est impossible d'affirmer qu'elles limitent l'association à de telles activités», cela me semble être une façon indirecte d'affirmer soit que a) les fins poursuivies par l'association ne sont pas toutes des fins de bienfaisance, soit que b), même si les fins poursuivies par l'association sont des fins de bienfaisance, ses activités ne se rapportent pas toutes suffisamment à ses fins.

One theory, which has obtained some currency in the Federal Court of Appeal, takes note of the fact that the *ITA*'s references to "charitable purposes" are with regard to "charitable foundations", whereas its references to "charitable activities" occur in the context of "charitable organizations": *ITA*, s. 149.1(1). In *Toronto Volgograd Committee*, *supra*, at p. 257, Marceau J.A. considered this distinction to be "fundamental" to the legislative scheme, because only charitable organizations may undertake activities. See also *Scarborough Community Legal Services*, *supra*, at pp. 578-79. Charitable foundations, by contrast, exist only to fund the activities of other persons; they do not undertake activities themselves. It therefore followed, in Marceau J.A.'s view, that an evaluation of a charitable organization necessarily entailed a focus on the organization's activities.

57 Selon une théorie qui jouit d'une certaine reconnaissance en Cour d'appel fédérale, il convient de noter que, lorsqu'il est fait mention dans la *LIR* de «fins de bienfaisance», c'est en rapport avec les «fondations de bienfaisance», alors que lorsqu'il y est fait mention d'«activités de bienfaisance», c'est dans le contexte des «œuvres de bienfaisance»: par. 149.1(1) de la *LIR*. Dans *Toronto Volgograd Committee*, précité, à la p. 257, le juge Marceau a estimé que cette distinction était «fondamentale» dans l'esprit du législateur, parce que seules les œuvres peuvent mener des activités. Voir aussi *Scarborough Community Legal Services*, précité, aux pp. 578 et 579. Par contraste, une fondation de bienfaisance existe uniquement dans le but de financer des activités menées par autrui; elle ne mène elle-même aucune activité. Il s'ensuit, selon le juge Marceau, que l'évaluation de la demande d'enregistrement d'un organisme de bienfaisance doit nécessairement être axée sur les activités de cet organisme.

Marceau J.A. was surely right to hold that the courts must scrutinize the activities of a would-be charitable organization, and that the courts should not confine their gaze to the applicant's constituting document. But that proposition does not displace my earlier observation that the courts must evaluate the charitable nature of activities by reference to their degree of relationship with the charitable purposes which they purport to advance. Marceau J.A. himself recognized that the evaluation must be an objective one: the intention of the organization in undertaking the activity cannot

58 Le juge Marceau avait sûrement raison de conclure que les tribunaux doivent examiner attentivement les activités d'un organisme qui sollicite son enregistrement comme œuvre de bienfaisance, et ne pas s'en tenir à ses statuts. Mais cette proposition ne réfute pas mon observation précédente que les tribunaux doivent évaluer la nature de bienfaisance des activités en cause par référence à leur degré de connexité avec les fins de bienfaisance dont elles sont censées favoriser la réalisation. Le juge Marceau a reconnu lui-même que l'évaluation doit être objective: le statut d'un organisme ne sau-

govern its status. Marceau J.A. doubted that an organization's activities could be "rationally classified on the sole basis of their more or less close proximity to the general purposes for which the group was organized": *Scarborough Community Legal Services*, *supra*, at p. 579 (emphasis added). Nevertheless, though not the "sole" basis for classification, the degree of connection between the activity and the charitable purpose which it furthers must be the primary consideration in the determination as to whether an activity is charitable.

59 Despite the language of the *ITA*, at least one prominent commentator strongly doubts whether such a thing as a "charitable activity" can be said to exist at all: see M. C. Cullity, "The Myth of Charitable Activities" (1990), 10 *Est. & Tr. J.* 7. That is, activities cannot be characterized as charitable or non-charitable in the abstract, but only by reference to the purposes which they further. It is true that some activities have been deemed to be non-charitable in and of themselves, such as those which are illegal or contrary to public policy (*Everywoman's Health Centre Society*, *supra*, at p. 67), or specifically prohibited by the *ITA* (e.g., the political activities enumerated in s. 149.1(6.2)(*c*)), but they are not at issue in this appeal.

60 The best way to conceptualize the issue, in my view, is to begin from the proposition, adverted to above, that a charitable organization must be constituted for exclusively charitable purposes. To this end, a charitable organization may engage in activities that accomplish or further those charitable purposes. For example, the *ITA* specifically provides that a charitable organization may engage in political activities in furtherance of its exclusively charitable purposes, so long as those political activities are "ancillary and incidental" to those charitable purposes. In effect, the *ITA* deems such activities to be charitable activities. However, as I discuss in more detail below, it is equally clear that

rait dépendre du motif pour lequel il mène l'activité en cause. Le juge Marceau a dit douter que les activités d'un organisme puissent «être classées de façon rationnelle à la lumière seulement de leur plus ou moins grande proximité avec les fins générales pour lesquelles le groupe a été mis sur pied»: *Scarborough Community Legal Services*, précité, à la p. 579 (je souligne). Néanmoins, bien qu'il ne soit pas le «seul» critère de classification, le degré de connexité entre une activité et la fin de bienfaisance qu'elle tend à réaliser doit être la considération principale dans l'examen de la question de savoir si une activité est une activité de bienfaisance.

Malgré le texte de la *LIR*, au moins un éminent commentateur doute fortement qu'on puisse même affirmer qu'il existe des «activités de bienfaisance»: voir M. C. Cullity, «The Myth of Charitable Activities» (1990), 10 *Est. & Tr. J.* 7. En d'autres mots, des activités ne peuvent être qualifiées d'activités de bienfaisance dans l'abstrait, mais seulement par référence aux fins dont elles tendent à la réalisation. Il est vrai que certaines activités ont intrinsèquement été présumées ne pas être des activités de bienfaisance, par exemple les activités illégales ou contraires à une politique générale (*Everywoman's Health Centre Society*, précité, à la p. 67), ou encore les activités expressément interdites par la *LIR* (par exemple les activités politiques énumérées à l'al. 149.1(6.2)*c*)), mais de telles activités ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

À mon avis, la meilleure façon de conceptualiser la question en litige est de partir de la proposition mentionnée plus tôt, savoir qu'une œuvre de bienfaisance doit être constituée exclusivement à des fins de bienfaisance. Dans ce but, elle peut mener des activités qui réalisent ou tendent à réaliser ces fins. Par exemple, la *LIR* indique expressément qu'une œuvre de bienfaisance peut mener des activités politiques pour réaliser les fins qu'elle poursuit — qui doivent être exclusivement des fins de bienfaisance —, dans la mesure où ces activités sont accessoires à ces fins de bienfaisance. En fait, ces activités sont réputées être des activités de bienfaisance par la *LIR*. Toutefois, comme je vais

a charitable organization may not pursue political purposes at all. Similarly, a charitable organization may operate a commercial enterprise, so long as the enterprise serves as a means of accomplishing the purposes of the organization, rather than an end in itself. See, e.g., *Alberta Institute on Mental Retardation v. Canada*, [1987] 3 F.C. 286 (C.A.), at p. 295, leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xiii. Again, the key consideration is the nexus between the activity in question and the charitable purpose to be served.

l'expliquer plus en détail plus loin, il est également clair qu'une œuvre de bienfaisance ne peut poursuivre aucune fin politique que ce soit. De même, une œuvre de bienfaisance peut exploiter une entreprise commerciale, dans la mesure où cette entreprise est un moyen de réaliser les fins poursuivies par l'œuvre, et non une fin en soi. Voir, par exemple, *Alberta Institute on Mental Retardation c. Canada*, [1987] 3 C.F. 286 (C.A.), à la p. 295, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xiii. Encore une fois, le facteur clé est la connexité entre l'activité en question et la fin de bienfaisance qu'elle doit servir.

The point at which the pursuit of ancillary activities expands into an "end in itself" is a nice question, and has been the subject of considerable debate. As the question is necessarily contextual, the courts have been reluctant to establish bright lines in this area, and have preferred a case-by-case approach: *Re Public Trustee and Toronto Humane Society* (1987), 60 O.R. (2d) 236 (H.C.), at p. 254. Provisions in the *ITA* provide a boundary between permissible ancillary activities and impermissible collateral purposes. The first such provision is the threat of revocation contained in s. 149.1(2) for those charitable organizations which fail to satisfy the "disbursement quota" contained in s. 149.1(1). That subsection requires a charitable organization to spend a specified proportion of donations for which it issued tax receipts to donors (and in the case of a charitable foundation, a specified percentage of the value of investment assets) on charitable activities, including gifts to other charities. The second provision is the requirement contained in s. 149.1(6.2) that a charitable organization must devote "substantially all" of its resources to charitable activities in order to benefit from that provision's deeming of certain ancillary political activities to be charitable activities. Revenue Canada considers "substantially all" to mean 90 percent or more (see, e.g., Interpretation Bulletin IT-486R (December 31, 1987)).

61 Le point où l'exercice d'activités accessoires devient une «fin en soi» est une question délicate et fort controversée. Comme il s'agit d'une question nécessairement contextuelle, les tribunaux sont réticents à établir des lignes de démarcation nettes et préfèrent y aller au cas par cas: *Re Public Trustee and Toronto Humane Society* (1987), 60 O.R. (2d) 236 (H.C.), à la p. 254. Des dispositions de la *LIR* fixent la ligne de démarcation entre les activités accessoires permises et les fins parallèles interdites. La première de ces dispositions, le par. 149.1(2), est la menace de révocation de l'enregistrement des œuvres de bienfaisance qui ne respectent pas le «contingent des versements» prévu au par. 149.1(1). Aux termes de ce paragraphe, une œuvre de bienfaisance doit dépenser pour des activités de bienfaisance, y compris des dons faits à d'autres œuvres de bienfaisance, un pourcentage spécifié des dons pour lesquels elle a délivré des reçus aux donateurs (et, dans le cas d'une fondation de bienfaisance, un pourcentage spécifié de la valeur de ses placements). La seconde est la condition énoncée au par. 149.1(6.2), qui précise qu'une œuvre de bienfaisance doit consacrer «presque toutes» ses ressources à des activités de bienfaisance pour profiter de la présomption établie par ce paragraphe suivant laquelle certaines activités politiques accessoires sont des activités de bienfaisance. Revenu Canada estime que l'expression «presque toutes» signifie au moins 90 pour 100 (voir, par exemple, le Bulletin d'interprétation IT-486R (31 décembre 1987)).

62 Some question may also arise as to the degree of "sufficient connection" between the activity under scrutiny and the purpose it is meant to serve. In *Toronto Volgograd Committee*, *supra*, at p. 259, Marceau J.A. held that activities must "be considered with respect to their immediate result and effect, not their possible eventual consequence". That is, there must be a direct, rather than an indirect, relationship between the activity and the purpose it serves. That is the position taken by Iacobucci J. in the present appeal. I agree. However, I would be reluctant to interpret "direct" as "immediate". All that is required is that there be a coherent relationship between the activity and the purpose, such that the activity can be said to be furthering the purpose.

63 Thus, in my view, the proper approach is to begin by: (a) identifying the primary purposes of the organization; and then (b) determining whether those purposes are charitable. If one concludes that the purposes are not charitable, then the organization is not charitable, and the inquiry ends there. However, if the organization's primary purposes are charitable, we must then go a further step, and consider (c) whether the other purposes pursued by the organization are ancillary or incidental to its primary purposes; and (d) whether the activities engaged in by the organization are sufficiently related to its purposes to be considered to be furthering them. If positive responses are made to these two latter inquiries, then the organization should be registered as a charitable organization.

E. *Application to the Present Appeal*

64 I come now to the application of the approach I have outlined above to the facts as set out in the record before us. I wish to emphasize that the factual record in this appeal is very modest, as I suspect it is in the vast majority of cases involving an application for registration as a charitable organization under the *ITA*. This is so for at least two reasons. First, Revenue Canada's decision as to whether to register an applicant as a registered charity is a "strictly administrative function" and is

Une question peut aussi se poser en ce qui concerne le degré de «connexité suffisant» entre l'activité en cause et la fin qu'elle est censée servir. Dans *Toronto Volgograd Committee*, précité, à la p. 259, le juge Marceau a conclu que les activités doivent «être examinées en fonction de leur résultat et de leur effet immédiats et non de leurs conséquences éventuelles possibles». En d'autres mots, il doit exister un lien direct, et non indirect, entre l'activité et la fin qu'elle sert. C'est la position qu'adopte le juge Iacobucci dans le présent pourvoi. Je suis d'accord avec lui. Toutefois, j'hésite à assimiler «direct» à «immédiat». Tout ce qui est requis c'est l'existence, entre l'activité en cause et la fin poursuivie, d'un rapport logique tel qu'il soit possible d'affirmer que la première tend à la réalisation de la seconde.

À mon sens, la bonne approche consiste à commencer par a) dégager les fins principales de l'association, puis b) à décider s'il s'agit de fins de bienfaisance. Si on conclut qu'il ne s'agit pas de telles fins, l'organisme n'est pas une œuvre de bienfaisance et l'examen s'arrête là. Toutefois, si les fins principales poursuivies par l'organisme sont des fins de bienfaisance, il faut poursuivre l'examen et se demander c) si les autres fins poursuivies par l'organisme sont accessoires à ses fins principales, et d) si les activités menées par celui-ci se rapportent suffisamment à ses fins pour être considérées comme tendant à leur réalisation. Si des réponses affirmatives sont données à ces deux dernières questions, l'organisme doit alors être enregistré comme œuvre de bienfaisance.

E. *L'application au présent pourvoi*

Je vais maintenant appliquer l'approche que j'ai exposée précédemment aux faits ressortant du dossier dont nous disposons. Je tiens à souligner que, dans le présent pourvoi, le dossier factuel est très mince, comme c'est le cas, j'imagine, dans la grande majorité des affaires de demande d'enregistrement comme œuvre de bienfaisance sous le régime de la *LIR*. Il en est ainsi pour au moins deux raisons. Premièrement, lorsque Revenu Canada décide d'accorder ou non le statut d'orga-

made without a hearing: *Scarborough Community Legal Services*, *supra*, at p. 576. Although Revenue Canada may request written submissions and further information from an applicant, it is under no obligation to do so.

nisme de bienfaisance enregistré, c'est dans l'exercice [TRADUCTION] «d'une fonction strictement administrative» et sans tenir d'audience: *Scarborough Community Legal Services*, précité, à la p. 576. Même s'il peut demander des observations écrites et des renseignements supplémentaires à l'organisme requérant, Revenu Canada n'a aucune obligation de le faire.

Second, s. 180(3) of the *ITA* specifically provides that appeals taken to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 172(3) of the *ITA* "shall be heard and determined in a summary way". As the Federal Court of Appeal recently observed in *Human Life International in Canada Inc. v. M.N.R.*, [1998] 3 F.C. 202, at para. 1, the effect of s. 180(3) is that the Federal Court of Appeal "must therefore review the relevant questions of law and fact without the benefit of any findings of fact by a trial court and indeed without the benefit of any sworn evidence". The present appeal procedure has been cogently criticized elsewhere (see, e.g., D. W. Smith, "Tax appeal procedure for charities needs improving" (*The National*, vol. 12, No. 4, April 1985, at p. 21), and its failures are manifest in the present appeal. It is essential, in my view, that those failures not be ascribed to the Society.

65 Deuxièmement, le par. 180(3) de la *LIR* indique expressément qu'un appel interjeté à la Cour d'appel fédérale en vertu du par. 172(3) de la *LIR* «doit être entendu et jugé selon une procédure sommaire». Comme l'a fait observer récemment la Cour d'appel fédérale dans *Human Life International in Canada Inc. c. M.R.N.*, [1998] 3 C.F. 202, au par. 1, par l'effet du par. 180(3) la Cour d'appel fédérale «doit donc examiner les questions pertinentes de droit et de fait sans l'aide d'aucune conclusion de fait tirée par un tribunal de première instance et même sans l'aide d'aucun témoignage sous serment». Cette procédure d'appel a été critiquée avec pertinence ailleurs (voir, par exemple, D. W. Smith, «Tax appeal procedure for charities needs improving» (*The National*, vol. 12, nº 4, avril 1985, à la p. 21), et ses lacunes ressortent très clairement dans le présent pourvoi. Il est essentiel, à mon avis, que ces lacunes ne soient pas imputées à l'association.

It must also be remembered that an organization may seek registration as a charitable organization at any number of stages in its existence. Many applications involve new organizations which, by definition, have no "track record" of which to speak. In evaluating the putative charitable status of the purposes and activities of such an organization, Revenue Canada (and the courts) must necessarily rely almost entirely upon the constituting documents of the organization. I do not for a moment wish to be taken as suggesting that Revenue Canada has no power to request further information or clarification from an applicant. Obviously, Revenue Canada must receive enough information to ascertain whether the applicant's purposes are *prima facie* charitable, and it should also be entitled to request information to determine

66 De plus, il ne faut pas oublier qu'un organisme peut demander son enregistrement comme œuvre de bienfaisance à diverses étapes de son existence. Bon nombre de demandes émanent d'organismes nouveaux qui, par définition, n'ont pas d'«antécédents» à présenter. Pour juger si les fins et les activités d'un tel organisme sont des fins et des activités de bienfaisance, Revenu Canada (et les tribunaux) doivent nécessairement s'en remettre presque entièrement aux seuls documents constitutifs de l'organisme. Je ne tiens aucunement à ce que l'on me prête la suggestion que Revenu Canada n'a pas le pouvoir de demander des renseignements supplémentaires ou des éclaircissements à l'organisme requérant. Il va de soi que Revenu Canada doit recevoir suffisamment de renseignements pour être en mesure de déterminer si, à pre-

whether the activities that the applicant engages in are merely subordinate to, and in direct furtherance of, its purposes. The Federal Court of Appeal recently noted in *Stop the Violence . . . Face the Music Society v. The Queen*, 97 D.T.C. 5026, that "[s]ince the benefits attaching to charitable status are significant, the onus is on those seeking this status to clearly demonstrate that their activities are clearly focused on charitable objects in the legal sense". Nevertheless, I do emphasize that there are limits as to what Revenue Canada may reasonably expect an applicant to provide. Indeed, it must not be forgotten, as my colleague recognizes, that for many applicants, the ability to engage in any activities at all may depend upon their ability to obtain registered charity status, and so be entitled to provide tax receipts to donors.

mière vue, les fins poursuivies par l'organisme requérant sont des fins de bienfaisance, et que le ministère est habilité à demander les renseignements dont il a besoin pour décider si les activités menées par l'organisme sont simplement subordonnées aux fins qu'il poursuit et tendent directement à leur réalisation. La Cour d'appel fédérale a récemment fait observer dans *Stop the Violence . . . Face the Music Society c. La Reine*, 97 D.T.C. 5026, que «[p]uisque les avantages attachés au statut d'organisme de charité sont importants, il incombe à ceux qui demandent ce statut de démontrer clairement que leurs activités sont manifestement orientées vers des objectifs charitables au sens juridique du terme». Néanmoins, je tiens à souligner qu'il y a des limites à l'information que Revenu Canada peut raisonnablement attendre de l'organisme requérant. De fait, il ne faut pas oublier, comme le reconnaît mon collègue, que pour bien des organismes requérants la capacité de mener quelque activité que ce soit peut dépendre de leur capacité d'obtenir le statut d'organisme de bienfaisance enregistré et ainsi pouvoir remettre des reçus d'impôt à ceux qui leur font des dons.

67 In the present appeal, Revenue Canada appears to treat registration as a charitable organization as a once-and-for-all determination, and thus argues in favour of a restrictive approach to registration. The view that once granted, an organization is a charitable organization forever, so that Revenue Canada adopt a restrictive gatekeeping function, strikes me as mistaken. Charitable registration is always subject to revocation in the future, pursuant to ss. 149.1(2), 149.1(4.1), or s. 168 of the *ITA*, should Revenue Canada take the view that an organization has ceased to comply with applicable legal requirements. Moreover, registered charities are obligated by s. 230(2) of the *ITA* to maintain books and records to enable Revenue Canada to determine whether there are any grounds for revocation of registration, and are required by s. 149.1(14) to provide Revenue Canada with an annual information return. Because the consequences of deregistration are draconian (on which see s. 188(1) of the *ITA*), registered charities have

Dans le présent pourvoi, Revenu Canada semble traiter la reconnaissance d'organisme de bienfaisance enregistré comme une décision définitive et préconise donc l'application d'une approche restrictive en matière d'enregistrement. Il m'apparaît erroné de soutenir qu'une fois l'enregistrement accordé, l'œuvre de bienfaisance conserve son statut à jamais, et que Revenu Canada est donc justifié de jouer le rôle de gardien rigide de l'accès à l'enregistrement. L'enregistrement est toujours susceptible de révocation en vertu des par. 149.1(2) et 149.1(4.1), ou de l'art. 168 de la *LIR*, si Revenu Canada juge qu'un organisme ne remplit plus les conditions juridiques applicables. De plus, aux termes du par. 230(2) de la *LIR*, les organismes de bienfaisance enregistrés doivent tenir des registres et des livres de comptes permettant de vérifier s'il existe des motifs de révoquer leur enregistrement, et, aux termes du par. 149.1(14), ils doivent présenter chaque année à Revenu Canada une déclaration de renseignements. Comme le retrait de l'enregistrement

obvious ongoing incentives to comply with the *ITA*'s requirements.

The Society's purpose is set out in clause 2(a) of its constitution. In examining this purpose, we must, as Scott J. indicated in *Attorney General v. Ross*, [1985] 3 All E.R. 334 (Ch. D.), at p. 342, read an organization's constitution as a whole, and consider it in the context of its factual background. Each of the other purposes set out in clauses 2(b), (c) and (e) are merely subsidiary to, and in direct furtherance of, this purpose. The Society's purpose, as clause 2(a) states, is "to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant women in order that they may be able to find or obtain employment or self employment". Thus, the Society proposes to engage in certain activities (the provision of educational forums, classes, workshops and seminars) for the benefit of a class (immigrant women) to achieve a goal (to enable the class of beneficiaries to obtain employment or self employment). At this stage, we are concerned only with the purpose itself, but it should be evident that the purpose cannot be distinguished entirely from the activities which purport to further it.

The Society submits, as it did before the Federal Court of Appeal, that its purpose may be placed within the second and fourth of the *Pemsel* categories, that is, being for the "advancement of education" as well as being for "other purposes beneficial to the community". I should indicate at this point that the *Pemsel* categories are not mutually exclusive. A purpose may well fit into more than one category. Equally, an organization may pursue a mixture of purposes, so long as each one of those purposes can be placed within at least one of the four *Pemsel* categories. Thus, in the present appeal, the Society need succeed under only one of the *Pemsel* categories.

entraîne des conséquences draconiennes (voir, à ce sujet, le par. 188(1) de la *LIR*), les organismes de bienfaisance enregistrés ont des raisons évidentes de se conformer en tout temps aux conditions fixées par la *LIR*.

68 La fin poursuivie par l'association est énoncée à la clause 2a) de sa constitution. Dans l'examen de cette fin, nous devons, comme a dit le juge Scott dans *Attorney General c. Ross*, [1985] 3 All E.R. 334 (Ch. D.), à la p. 342, interpréter la constitution d'un organisme comme un tout et la considérer sous l'éclairage du contexte factuel. Les autres fins énoncées aux clauses 2b), c) et e) sont purement accessoires à la fin énoncée à la clause 2a), et elles sont poursuivies directement en vue de sa réalisation. Aux termes de la clause 2a), la fin poursuivie par l'association consiste à [TRADUCTION] «organiser des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs à l'intention des immigrantes afin qu'elles puissent se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome». L'association se propose donc de mener certaines activités (organiser des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs) au profit d'un groupe (les immigrantes) en vue de réaliser un objectif (permettre à ce groupe de bénéficiaires de se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome). À cette étape, nous ne nous intéressons qu'à la fin elle-même, mais il est manifeste que la fin ne peut être dissociée entièrement des activités qui sont censées tendre à sa réalisation.

69 L'association soutient, comme elle l'a fait devant la Cour d'appel fédérale, que la fin qu'elle poursuit peut être rangée sous les deuxième et quatrième catégories établies dans *Pemsel*, savoir la «promotion de l'éducation» et les «autres fins utiles à la société». Je me dois de signaler, à ce point-ci, que les catégories établies dans *Pemsel* ne s'excluent pas l'une l'autre. Une fin peut bien entrer dans plusieurs catégories. De même, un organisme peut poursuivre une combinaison de fins, dans la mesure où chacune de ces fins peut être rangée sous au moins une des quatre catégories établies dans *Pemsel*. Par conséquent, dans le présent pourvoi, il suffit que l'association établisse que la fin entre dans une de ces catégories.

70 Perhaps surprisingly, the Society did not put forward the argument that its purpose could be placed within the "relief of poverty" category of the *Pemsel* classification. The Society did advance this argument in its initial letter to Revenue Canada of March 17, 1993, but it does not appear to have been pursued any further. There is authority for the proposition that the relief of poverty among the unemployed is charitable, regardless of whether such relief is provided directly through financial relief, or indirectly "by training individuals so that they are able to earn a living or helping them to find work": E. Cairns, *Charities: Law and Practice* (3rd ed. 1997), at p. 5. Courts have in recent years outlined a more expansive definition of "relief of poverty", which takes into account the movement away from simply providing direct financial assistance to the provision of services to enable the poor to become economically independent: *Inland Revenue Commissioners v. Oldham Training and Enterprise Council*, [1996] B.T.C. 539 (Ch. D.), at pp. 553-54. More might have been made of this. However, as the argument was not pursued before us, I shall say no more about it here.

(1) Advancement of Education

71 A central issue in this appeal, then, is whether the Society's purpose fits within the second category set out in *Pemsel*, namely, "the advancement of education". If not, we must consider whether that category should be expanded to include the Society's purpose, or whether it might be placed within another category.

72 As Iacobucci J. notes, the "advancement of education" head of the *Pemsel* classification has traditionally been given a relatively restrictive interpretation in Canada. Stone J.A. stated in *Positive Action Against Pornography*, *supra*, at pp. 348-49, that "advancement of education" is limited to "formal training of the mind [or] the improvement of a useful branch of human knowledge", and thus on the facts of that case, the mere "presentation to the

Chose étonnante peut-être, l'association n'a pas plaidé que la fin qu'elle poursuit pouvait être rangée sous la catégorie «soulagement de la pauvreté» de la classification établie dans *Pemsel*. Elle a effectivement avancé cet argument dans sa première lettre à Revenu Canada en date du 17 mars 1993, mais elle ne semble pas l'avoir fait valoir par la suite. Certains précédents permettent d'affirmer que le soulagement de la pauvreté chez les sans-emploi est une fin de bienfaisance, peu importe que ce secours soit apporté directement sous forme d'aide financière ou indirectement [TRADUCTION] «en formant les individus pour qu'ils soient capables de gagner leur vie ou en les aidant à se trouver du travail»: E. Cairns, *Charities: Law and Practice* (3e éd. 1997), à la p. 5. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donné de la notion de «soulagement de la pauvreté» une définition plus large, qui tient compte de la tendance à ne plus simplement donner de l'aide financière directe mais plutôt à fournir des services visant à permettre aux déshérités de devenir financièrement autonomes: *Inland Revenue Commissioners c. Oldham Training and Enterprise Council*, [1996] B.T.C. 539 (Ch. D.), aux pp. 553 et 554. Ce filon aurait pu être examiné plus à fond. Toutefois, comme l'argument n'a pas été avancé devant nous, je n'en dirai pas davantage.

(1) La promotion de l'éducation

Un aspect central du présent pourvoi est donc de déterminer si la fin que poursuit l'association entre dans la deuxième catégorie établie dans *Pemsel*, soit la «promotion de l'éducation». Dans la négative, nous devons nous demander s'il convient d'élargir cette catégorie pour qu'elle inclue la fin poursuivie par l'association, ou si cette fin peut être rangée dans une autre catégorie.

Comme le souligne le juge Iacobucci, la catégorie «promotion de l'éducation» a traditionnellement été interprétée de manière assez restrictive au Canada. Dans *Positive Action Against Pornography*, précité, à la p. 349, le juge Stone a dit qu'elle se limite à «la formation classique de l'esprit» et à «l'amélioration d'une branche utile du savoir humain», et que, compte tenu des faits de cette affaire, «la simple présentation au public de rensei-

public of selected items of information and opinion" did not meet this test. Stone J.A.'s approach was also followed in *Briarpatch Inc. v. The Queen*, 96 D.T.C. 6294 (F.C.A.), at p. 6295. More recently, in *Interfaith Development Education Association, Burlington v. M.N.R.*, 97 D.T.C. 5424, at p. 5425, the Federal Court of Appeal reiterated its observation that "[t]he authorities are clear that 'advancement of education' receives a restricted meaning in the law of charity in Canada". As such, the court in that case upheld Revenue Canada's refusal decision.

gnements et d'opinions choisis» ne satisfaisait pas à ce critère. L'approche retenue par le juge Stone a également été suivie dans *Briarpatch Inc. c. La Reine*, 96 D.T.C. 6294 (C.A.F.), à la p. 6295. Plus récemment, dans *Interfaith Development Education Association, Burlington c. M.R.N.*, 97 D.T.C. 5424, à la p. 5425, la Cour d'appel fédérale a réitéré son commentaire que «[l]es arrêts montrent clairement que l'expression "promotion de l'éducation" est interprétée d'une façon stricte en droit de la charité au Canada», et elle a en conséquence confirmé le refus de Revenu Canada.

Does the Society's purpose fit within the advancement of education head? Iacobucci J. accepts that the approach described above is an accurate reflection of the law, and concludes that Revenue Canada and the Federal Court of Appeal were thus correct in deciding that the Society did not meet the requirements for registration. Iacobucci J. relies, at para. 161, upon a passage from *Maclean Hunter Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, 88 D.T.C. 6096 (F.C.A.), in support of a narrow definition, and concludes that the classes, workshops and seminars which the Society proposes are not of this nature, because they have an "immediately utilitarian focus" (p. 6098). I note that Iacobucci J.'s objection appears to be to the Society's activities, rather than its purpose. Nonetheless, Iacobucci J. goes on to hold that the traditional definition of "advancement of education" embodied in the existing law should be abandoned in favour of a broader, more modern approach. Like Iacobucci J., I underscore that *Maclean Hunter* was not a case concerned with the law of charity, but was instead concerned with an exemption contained in the *Excise Tax Act*. This was not acknowledged when *Maclean Hunter*'s definition of "education" was adopted in the *Briarpatch* case. This observation does not, in itself, disqualify the definition of education adopted in *Maclean Hunter* from consideration, but it does highlight its limitations.

73 La fin poursuivie par l'association peut-elle être rangée dans la catégorie promotion de l'éducation? Le juge Iacobucci reconnaît que l'approche décrite précédemment reflète correctement l'état du droit, et il conclut que Revenu Canada et la Cour d'appel fédérale ont eu raison de décider que l'association ne remplissait pas les conditions d'enregistrement. Au paragraphe 161, il invoque, au soutien d'une définition étroite, un passage de l'arrêt *Maclean Hunter Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, 88 D.T.C. 6096 (C.A.F.), et conclut que les cours, les ateliers et les séminaires organisés par l'association ne sont pas conformes à cette définition, car ils présentent un «caractère utilitaire immédiat» (p. 6098). Je souligne que l'objection du juge Iacobucci semble viser les activités de l'association et non la fin qu'elle poursuit. Néanmoins, le juge Iacobucci poursuit en concluant qu'il convient d'abandonner la définition traditionnelle de «promotion de l'éducation» incorporée dans le droit existant en faveur d'une conception plus large, plus moderne. À l'instar du juge Iacobucci, je souligne que l'affaire *Maclean Hunter* portait non pas sur le droit relatif aux organismes de bienfaisance, mais sur une exemption prévue par la *Loi sur la taxe d'accise*. Cet élément n'a pas été signalé lorsque la définition d'«éducation» donnée dans *Maclean Hunter* a été adoptée dans l'arrêt *Briarpatch*. Cette remarque n'empêche pas, en soi, de prendre en considération la définition d'éducation adoptée dans *Maclean Hunter*, mais elle en fait ressortir les limites.

74 I agree with my colleague's proposal to adopt a more modern conception of "advancement of education", although my own view is that the "more inclusive" approach he favours was already latent in the authorities. For example, in *Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers Association Inc.*, [1942] 1 All E.R. 232 (Ch. D.), a fund "solely for the purpose of helping educated women and girls to become self-supporting" was upheld as charitable. Simonds J. considered that a gift for the purpose of educating women in such a manner as will be most conducive to their earning a living was charitable as being for the "advancement of education". He found himself, at p. 233, unable to distinguish "a gift for the advancement of education in general terms and a gift for the purpose of educating individuals in such manner as will be most conducive to their earning their living". Simonds J. held further that the fund could be considered charitable as being for the relief of poverty, because a gift to enable persons to become self-sufficient necessarily implies that they are "on the poverty side of the borderline". I do not believe that *Central Employment Bureau* can be meaningfully distinguished from the present appeal. In both cases, the beneficiaries are to receive support to pursue training so as to become self-sufficient. In *Central Employment Bureau*, the fund assisted "educated women" (emphasis added). The Society assists immigrant women to obtain employment or self-employment: many are educated women, although some are not. I do not think anything turns on this. As in *Central Employment Bureau*, the Society itself does not provide its beneficiaries with vocational training. Rather, the Society's purpose is to educate its beneficiaries in the more intangible, but no less important, art of putting their vocational skills into practice in the Canadian workplace.

Je souscris à la proposition de mon collègue d'adopter une conception plus moderne de la «promotion de l'éducation», quoique j'estime pour ma part que la conception «plus extensive» qu'il favorise était, de toute façon, déjà latente dans la jurisprudence. Par exemple, dans *Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers Association Inc.*, [1942] 1 All E.R. 232 (Ch. D.), un fonds [TRADUCTION] «créé seulement dans le but d'aider les femmes et les jeunes filles instruites à devenir autonomes» a été jugé constitué pour une fin de bienfaisance. Le juge Simonds a considéré qu'un don destiné à instruire les femmes d'une manière propre à leur permettre de gagner leur vie était un don de bienfaisance conçu pour «promouvoir l'éducation». À la page 233, il s'est dit incapable de faire une distinction entre [TRADUCTION] «un don visant à promouvoir l'éducation de façon générale et un don visant à instruire des individus d'une manière propre à leur permettre de gagner leur vie». Le juge Simonds a aussi statué que le fonds pouvait être considéré comme constitué à des fins de bienfaisance en ce qu'il visait à soulager la pauvreté, puisqu'un don visant à permettre à des personnes de subvenir à leurs besoins implique nécessairement qu'elles se trouvent [TRADUCTION] «sous le seuil de la pauvreté». Je ne crois pas qu'il soit possible de distinguer de façon significative *Central Employment Bureau* et le présent pourvoi. Dans les deux cas, les bénéficiaires reçoivent un appui leur permettant de poursuivre leur formation en vue de devenir autonomes. Dans *Central Employment Bureau*, le fonds venait en aide à des «femmes [. . .] instruites» (je souligne). L'association aide les immigrantes afin qu'elles puissent se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome: bon nombre de ces femmes sont instruites, même si certaines ne le sont pas. Je ne pense pas qu'il s'agisse d'un élément déterminant. Tout comme dans *Central Employment Bureau*, l'association elle-même n'offre pas de formation professionnelle à ses bénéficiaires. La fin poursuivie par l'association est plutôt d'inculquer à ses bénéficiaires l'art plus intangible, mais non moins important, de mettre en pratique leurs aptitudes professionnelles sur le marché du travail canadien.

When reviewing the authorities which have defined the scope of the concept of "advancement of education", one must be careful to appreciate the context in which each particular definition has been advanced. So, for example, it has been a recurring theme of the jurisprudence in this area that the advancement of education must be clearly distinguished from the pursuit of political purposes: *Positive Action Against Pornography*, *supra*, at pp. 348-49. It is perhaps unsurprising that in making this distinction, Stone J.A. should emphasize that the mere "presentation to the public of selected items of information and opinion on the subject of pornography" could not be considered charitable. In so doing, Stone J.A. stressed the formal and systematic nature of education. Like Iacobucci J., I suspect that the true ground of decision was not that the mode of education selected by the organization in that case was too informal, but rather that the organization was seeking to advance a particular point of view, and gain adherents to it, instead of educating members of the public about a certain subject matter and allowing them to come to their own conclusions.

These relatively narrow conceptions of "advancement of education", though perhaps appropriate for the particular contexts in which they were adopted, seem to me inappropriate as general definitions for the law of charity. The situation, as I see it, is not so much a need to engage in a wholesale redefinition of "education", but instead to recognize that many existing definitions have erred on the side of caution due to the circumstances in which they were promulgated. Like Iacobucci J., I believe that a truer picture of the proper scope to be given to education is contained in *Inland Revenue Commissioners v. McMullen*, [1981] A.C. 1 (H.L.), at p. 15. There, Lord Hailsham emphasized that the definition of charity is not static, and that this was particularly the case with the "advancement of education" head of the *Pemsel* classification. The scope of that category changes and evolves. I am not persuaded that the existing approach to the scope of the "advancement of education" head of the *Pemsel* classification is warranted in the closing years of the twenti-

75 Dans l'examen des arrêts qui ont défini le champ d'application de la notion de «promotion de l'éducation», il faut prendre soin de bien apprécier le contexte dans lequel chaque définition a été donnée. Par exemple, un thème qui revient souvent dans la jurisprudence sur cette question est qu'il faut bien distinguer la promotion de l'éducation et la poursuite de fins politiques: *Positive Action Against Pornography*, précité, aux pp. 348 et 349. Il n'est peut-être pas étonnant qu'en faisant cette distinction le juge Stone ait souligné que «la simple présentation au public de renseignements et d'opinions choisis ayant trait à la pornographie» ne pouvait pas être considérée comme éducative. Ce faisant, le juge Stone a insisté sur la nature structurée et systématique de l'éducation. Comme le juge Iacobucci, je soupçonne que le véritable motif de la décision était non pas que le mode d'éducation choisi par l'association dans cette affaire n'était pas assez structuré, mais que l'association visait seulement à promouvoir un point de vue particulier et à y gagner des adhérents, plutôt qu'à instruire des membres du public sur un sujet donné tout en leur permettant de tirer leurs propres conclusions.

76 Ces conceptions assez étroites de la «promotion de l'éducation», si elles convenaient peut-être dans les contextes particuliers dans lesquels elles ont été retenues, ne me paraissent pas appropriées comme définitions générales dans le domaine du droit relatif aux organismes de bienfaisance. À mon sens, la situation n'exige pas tant que l'on redéfinisse globalement la notion d'«éducation», mais plutôt que l'on reconnaisse que bon nombre des définitions existantes pèchent par excès de prudence en raison des circonstances dans lesquelles elles ont été formulées. À l'instar du juge Iacobucci, je crois que l'arrêt *Inland Revenue Commissioners c. McMullen*, [1981] A.C. 1 (H.L.), à la p. 15, brosse le tableau plus fidèle du champ d'application approprié de la notion d'éducation. Dans cet arrêt, lord Hailsham a souligné que la définition d'organisme de bienfaisance n'était pas immuable, particulièrement en ce qui a trait à la catégorie «promotion de l'éducation» de la classification établie dans *Pemsel*. Le champ d'application de cette catégorie change et évolue. Je ne suis

eth century. Nor, I should add, is that approach necessarily faithful to the authorities.

77 I agree with the definition of education proposed by Iacobucci J., at para. 169:

> Thus, so long as information or training is provided in a structured manner and for a genuinely educational purpose — that is, to advance the knowledge or abilities of the recipients — and not solely to promote a particular point of view or political orientation, it may properly be viewed as falling within the advancement of education.

78 I also agree with my colleague's concern that in order to be educational under this head, an organization must pursue "actual teaching" or a "learning component" (para. 171). However, the Court must maintain as clear a boundary as possible between charitable and non-charitable purposes. One reason why the authorities have attempted to circumscribe narrowly the scope of the "advancement of education" head is out of concern that if very informal educational activities were to be considered charitable, it might prove difficult to prevent the relentless expansion of the scope of the category on any principled basis. The more that purposes stray from traditional conceptions of education, the more difficult it will be to engage in the task of distinguishing charitable from non-charitable purposes. I share Lord Hailsham's concern (expressed in *McMullen*, *supra*, at p. 17) that the concept of education is not amenable to "indefinite extension". Whatever the outer boundaries of the concept, however, they are not traversed on the facts of the present appeal.

79 Iacobucci J.'s position is that although the Society's purpose is charitable under the second head of the *Pemsel* scheme (para. 173), not all of the Society's activities are charitable (paras. 195 and 204). I fully agree that the "advancement of

pas convaincu que l'approche existante soit justifiée en cette fin du vingtième siècle. Elle n'est pas non plus, ajouterais-je, nécessairement fidèle à la jurisprudence.

Je souscris à la définition d'éducation proposée par le juge Iacobucci, au par. 169:

> En conséquence, dans la mesure où l'information ou la formation est donnée d'une manière structurée et dans une fin véritablement éducative — c'est-à-dire l'amélioration des connaissances ou des aptitudes des bénéficiaires — et non seulement dans le but de promouvoir un point de vue particulier ou une orientation politique donnée, l'information ou la formation peut à bon droit être considérée comme relevant de la promotion de l'éducation.

Je souscris également à la mise en garde faite par mon collègue et selon laquelle, pour qu'un organisme soit considéré comme poursuivant une fin éducative suivant cette catégorie, ses activités doivent comporter un aspect d'«enseignement véritable» ou d'«acquisition de connaissances» (par. 171). Toutefois, la Cour doit maintenir une ligne de démarcation aussi nette que possible entre les fins de bienfaisance et les autres fins. Si les tribunaux ont cherché à circonscrire étroitement le champ d'application de la catégorie «promotion de l'éducation», c'est par crainte que, si des activités éducatives très peu structurées étaient jugées des activités de bienfaisance, il serait difficile d'empêcher pour des raisons fondées sur des principes l'élargissement continuel du champ d'application de cette catégorie. Plus les fins s'écartent des conceptions traditionnelles de l'éducation, plus il sera difficile de distinguer les fins de bienfaisance des autres fins. Je partage l'inquiétude de lord Hailsham (exprimée dans *McMullen*, précité, à la p. 17) lorsqu'il dit que la notion d'éducation ne se prête pas à un [TRADUCTION] «élargissement indéfini». Néanmoins, quelles que soient les limites de cette notion, les faits du présent pourvoi ne révèlent pas qu'elles ont été franchies.

La position du juge Iacobucci est que, bien que la fin poursuivie par l'association soit une fin de bienfaisance relevant de la deuxième catégorie de la classification établie dans *Pemsel* (par. 173), les activités de l'association ne sont pas toutes des

education" head encompasses the Society's purpose. Accordingly, it is my view that the Society is *prima facie* charitable because its purpose is charitable under a head of the *Pemsel* classification. With respect, I cannot accept Iacobucci J.'s contention that the Society is engaging in non-charitable activities, but I defer discussion of that issue until later in these reasons. However, before doing so, I think it useful to consider whether the Society's purpose may also be placed under another head of the *Pemsel* categorization, namely, the residual fourth head.

(2) Other Purposes Beneficial to the Community

Thus far, I have concluded that the Society's purpose fits within the "advancement of education" category. I must now consider the Society's contention that its purpose fits within the fourth category of Lord Macnaghten's test in *Pemsel*, namely, "trusts for other purposes beneficial to the community, not falling under any of the preceding heads". Iacobucci J. argues that although the Society's purpose is charitable under the "advancement of education" head, not all of its activities are sufficiently connected to that purpose for them to be considered "charitable activities". He also maintains that although those activities might be sufficiently related to the purpose of assisting immigrants to obtain employment, that purpose is not charitable, and so again, those activities are not charitable.

Regrettably, in my view, the Society expended little effort on locating authority to support its argument that its purpose qualifies as charitable under the fourth head of the *Pemsel* scheme. Instead, the Society concentrated its efforts on urg-

activités de bienfaisance (par. 195 et 204). Je suis tout à fait d'accord avec sa conclusion que la catégorie «promotion de l'éducation» englobe la fin poursuivie par l'association. En conséquence, je suis d'avis que l'association est à première vue une œuvre de bienfaisance, parce que la fin qu'elle poursuit est une fin de bienfaisance entrant dans une des catégories de la classification établie dans *Pemsel*. Avec égards, je ne peux toutefois souscrire à l'affirmation du juge Iacobucci que l'association mène des activités qui ne sont pas des activités de bienfaisance, mais je vais aborder ce point un peu plus loin dans les présents motifs. Toutefois, avant de le faire, je crois utile de me demander si la fin poursuivie par l'association peut être rangée dans une autre catégorie de la classification établie dans *Pemsel*, savoir la quatrième, la catégorie résiduelle.

(2) Les autres fins utiles à l'ensemble de la société

J'ai déjà conclu que la fin poursuivie par l'association relève de la catégorie «promotion de l'éducation». Je dois maintenant examiner l'argument de l'association selon lequel la fin qu'elle poursuit entre dans la quatrième catégorie du critère énoncé par lord Macnaghten dans *Pemsel*, savoir les «fiducies constituées à d'autres fins utiles à la société et ne se situant pas à l'intérieur des catégories susmentionnées». Le juge Iacobucci affirme que, quoique la fin poursuivie par l'association soit une fin de bienfaisance relevant de la catégorie «promotion de l'éducation», les activités qu'elles mènent ne se rapportent pas toutes suffisamment à cette fin pour être considérées comme des «activités de bienfaisance». Il dit aussi que, même s'il est possible que ces activités se rapportent suffisamment à la fin qui consiste à aider les immigrantes à se trouver du travail, celle-ci n'est pas une fin de bienfaisance et que, encore une fois donc, ces activités ne sont pas des activités de bienfaisance. 80

Il est regrettable, à mon avis, que l'association ait consacré peu d'efforts à trouver des précédents étayant son argument que la fin qu'elle poursuit est une fin de bienfaisance suivant la quatrième catégorie établie dans *Pemsel*. Elle s'est plutôt attachée 81

ing this Court to engage in a wholesale revision of the common law definition of charity. This is most unfortunate. No such revision is necessary, in my view, because the Society's purpose can be placed within the existing *Pemsel* categories. The Society was, consequently, too quick to ask this Court to make new law and insufficiently attentive to the possibility of succeeding under the existing regime. Before asking this Court to modify the common law, litigants should demonstrate that they have exhausted the possibilities of the existing law. In the law of charity, those possibilities are considerable.

à exhorter notre Cour à procéder à une révision globale de la définition d'organisme de bienfaisance en common law. C'est très malheureux. À mon avis, pareille révision n'est pas nécessaire, car la fin poursuivie par l'association peut être rangée dans les catégories existantes énoncées dans *Pemsel*. L'association a donc été trop prompte à demander à notre Cour de créer du droit nouveau et n'a pas prêté suffisamment attention à la possibilité d'avoir gain de cause en invoquant le régime existant. Avant de demander à notre Cour de modifier la common law, les plaideurs doivent démontrer qu'ils ont épuisé les possibilités qu'offre le droit existant. Dans le domaine du droit relatif aux organismes de bienfaisance, ces possibilités sont considérables.

82 The intervener Canadian Centre for Philanthropy showed the way forward by bringing to our attention that assisting the settlement of migrants, immigrants and refugees, and their integration into national life, is a charitable purpose already recognized under the fourth head of the *Pemsel* classification. In my view, the Society's purpose is subsumed within this subcategory. Although my colleague Iacobucci J. is not persuaded, there appears to me to be considerable authority in support of this position.

Le Centre canadien de philanthropie intervenant a montré la voie en nous signalant que le fait d'aider les migrants, les immigrants et les réfugiés à s'établir dans leur nouveau pays et à s'y intégrer est une fin de bienfaisance déjà reconnue suivant la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*. J'estime que la fin poursuivie par l'association est subsumée sous cette sous-catégorie. Bien que mon collègue le juge Iacobucci n'en soit pas convaincu, il me semble qu'il existe un nombre considérable de précédents étayant cette position.

83 An early Australian decision, *In re Wallace*, [1908] V.L.R. 636 (S.C.), upheld the validity of a trust to pay passage money to immigrants from an English town to Melbourne under the relief of poverty head. However, Hood J. also ventured the proposition, at p. 640, that in view of Australian immigration legislation, "a bequest in aid of immigration might probably be for the direct benefit of this community", although we would now shrink from endorsing his view that "such a bequest would . . . have to be much more guarded than the present one is in point of both mental and physical qualification of the immigrants". I find my colleague's explanation of Hood J.'s *obiter dictum* to be unpersuasive. Hood J.'s suggestion, at p. 640, that "there are divergent opinions on the subject" as to whether assistance to immigrants is a charita-

Une vieille décision australienne, *In re Wallace*, [1908] V.L.R. 636 (S.C.), a confirmé la validité, sous la catégorie soulagement de la pauvreté, d'une fiducie établie pour payer la traversée de personnes émigrant d'une ville d'Angleterre à Melbourne. Toutefois, le juge Hood s'est aussi hasardé à affirmer, à la p. 640, que, compte tenu de la législation australienne sur l'immigration, [TRADUCTION] «il est probable qu'un legs visant à aider l'immigration profiterait directement à notre collectivité»; nous serions cependant peu disposés aujourd'hui à souscrire à son avis [TRADUCTION] «qu'il faudrait qu'un tel legs [. . .] pose des conditions beaucoup plus strictes en ce qui concerne l'état de santé des immigrants sur les plans mental et physique». Je ne trouve pas convaincantes les explications de mon collègue quant aux remarques

ble purpose was merely an acknowledgement that others might disagree with his decision. My colleague rightly emphasizes that the existence of a public benefit is a necessary but not sufficient condition to finding a charitable purpose, but nothing in *Wallace*, or indeed, in the manner in which I rely on that case here, denies that well-established proposition.

I agree with my colleague that the mere existence of legislation in a field is not conclusive evidence that an organization pursuing a purpose in accordance with that legislation is pursuing a public benefit as that latter term is understood in the law of charity. However, I see no evidence that Hood J. relied upon the mere existence of Australian immigration legislation as conclusive on the issue of public benefit. Rather, Hood J. viewed the immigration laws as persuasive, though not conclusive, evidence favouring the recognition of assistance to immigrants as a charitable purpose. In so doing, he treated the existence of legislation in the same field as a relevant, though not a decisive, consideration. I see no problem with that: it is precisely what the Federal Court of Appeal did in *Everywoman's Health Centre Society*, *supra*, at pp. 67-68.

In *Re Stone* (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704 (S.C.), a trust to assist migration was held to be charitable. Helsham J. observed, at p. 718, that "[a] trust to further the purposes of a body whose objects and activities are the encouragement and settlement of migrants generally in pursuance of a policy of the community and in co-operation with government instrumentalities would in this country be given the stamp of legal charity". In making this statement, Helsham J. relied (as Iacobucci J. notes)

incidentes du juge Hood. Lorsque le juge Hood dit, à la p. 640, [TRADUCTION] «qu'il y a des divergences d'opinion sur le sujet», c'est-à-dire sur la question de savoir si l'aide aux immigrants est une fin de bienfaisance, il ne fait que reconnaître que certains pourraient ne pas être d'accord avec sa décision. Mon collègue souligne à juste titre que l'existence d'un avantage pour le public est une condition nécessaire mais insuffisante pour conclure qu'une fin est une fin de bienfaisance, mais rien dans *Wallace* ou, de fait, dans la manière dont j'invoque cette affaire en l'espèce, n'invalide cette proposition bien établie.

84 Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que le seul fait qu'il existe des mesures législatives régissant un champ d'activité n'est pas une preuve concluante qu'un organisme poursuivant une fin conforme à cette législation sert l'intérêt du public au sens de cette notion dans le droit relatif aux organismes de bienfaisance. Toutefois, rien n'indique, à mon sens, que le juge Hood a considéré que le seul fait de l'existence de la législation australienne sur l'immigration était concluant en ce qui concerne la question de l'intérêt du public. Le juge Hood a plutôt estimé que les mesures législatives sur l'immigration constituaient une preuve convaincante, quoique non concluante, du bienfondé de la reconnaissance de l'aide aux immigrants comme fin de bienfaisance. Ce faisant, il a jugé que l'existence de mesures législatives régissant ce domaine était un facteur pertinent mais non décisif. Je ne vois là aucun problème: c'est précisément ce qu'a fait la Cour d'appel fédérale dans *Everywoman's Health Centre Society*, précité, aux pp. 67 et 68.

85 Dans *Re Stone* (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704 (S.C.), une fiducie constituée pour faciliter la migration a été jugée constituée pour une fin de bienfaisance. Le juge Helsham a fait observer, à la p. 718, qu'[TRADUCTION] «[u]ne fiducie visant à favoriser la réalisation des fins d'un organisme dont les objectifs et les activités sont l'encouragement et l'établissement des migrants en général, conformément à une politique de la communauté et en collaboration avec des intermédiaires gouver-

upon *Verge v. Somerville*, *supra*, where the resettlement of demobilized members of the armed forces who had returned home from abroad — or more specifically, "restoring them to their native land and there giving them a fresh start in life" — was upheld as charitable. That case concerned citizens in the armed forces, but an obvious analogy may be made with immigrants. In each case, individuals need assistance in integrating into national life. Iacobucci J. draws a much narrower interpretation of the holding in *Stone* than the passage just cited would warrant. He does not accept that the passage applies to immigration in general because there is no religious dimension to immigration in general, nor are immigrants returning to their native country. I am not convinced that *Stone* can be distinguished on this basis. Certainly, Helsham J. did not predicate his decision to uphold the trust at issue in *Stone* upon any of three narrow considerations invoked by Iacobucci J.

86 In *Verge v. Somerville*, the Judicial Committee of the Privy Council did not predicate its decision upon the unique hardships endured by soldiers. In any event, Iacobucci J.'s suggestion ignores the reality that many immigrants have themselves suffered serious hardship. Let me pursue the analogy between returned soldiers and immigrants directly. Soldiers return home after a lengthy period of time spent abroad. They may require assistance in integrating back into national life: employment and training opportunities, counselling, support groups, and the like. The same is true with many immigrants. In fact, soldiers may have an easier time of it, as they are unlikely to face language or cultural barriers, and are also likely to have friends and family already in Canada to assist them in the task of reintegration. Nonetheless, the life that the soldier left behind before going abroad may well be gone forever, and he or she may require assis-

nementaux, se verrait accorder dans notre pays le statut légal d'organisme de bienfaisance». Au soutien de cette affirmation, le juge Helsham a invoqué (comme le signale le juge Iacobucci) l'arrêt *Verge c. Somerville*, précité, dans lequel la réinstallation des soldats démobilisés rentrant au pays — ou, plus précisément, [TRADUCTION] «le fait de les aider à se réinstaller dans leur pays natal et de leur permettre ainsi de prendre un nouveau départ» a été considéré comme une fin de bienfaisance. Cette affaire portait sur des citoyens qui avaient fait partie des forces armées, mais une analogie évidente peut être faite avec les immigrants. Dans chaque cas, il s'agit d'individus qui ont besoin d'aide pour s'intégrer à la société. Le juge Iacobucci donne de la décision rendue dans *Stone* une interprétation beaucoup plus étroite que ne le justifie le passage précité. Il n'admet pas que ce passage s'applique à l'immigration en général, parce que l'immigration en général n'a pas de dimension religieuse et parce que les immigrants ne retournent pas dans leur pays natal. Je ne suis pas convaincu que l'arrêt *Stone* puisse être distingué sur ce fondement. Le juge Helsham n'a certainement pas basé sa décision de confirmer la validité de la fiducie dans *Stone* sur l'une ou l'autre des trois considérations étroites invoquées par le juge Iacobucci.

Dans *Verge c. Somerville*, le Comité judiciaire du Conseil privé n'a pas fondé sa décision sur les épreuves exceptionnelles vécues par les militaires. Quoi qu'il en soit, la proposition du juge Iacobucci ne tient pas compte du fait que bon nombre d'immigrants sont passés eux-mêmes par de dures épreuves. Poursuivons l'analogie entre les militaires qui rentrent au pays et les immigrants. Les militaires reviennent chez eux après un long séjour à l'étranger. Ils peuvent avoir besoin d'aide pour réintégrer la vie du pays: possibilités d'emploi et de formation, consultation, groupes de soutien et autres mesures du genre. Il en va de même pour de nombreux immigrants. En fait, il est possible que les choses soient plus faciles pour les militaires, puisqu'ils n'ont probablement pas d'obstacles linguistiques ou culturels à surmonter, et qu'ils peuvent en outre vraisemblablement compter sur des amis et des parents au Canada pour les aider dans

tance to making the transition to a new life upon his or her return.

Similarly, the relief and assistance of refugees was recognized as a charitable purpose in *In re Cohen*, [1954] N.Z.L.R. 1097 (S.C.), where a bequest to a society whose principal objects were to assist Jewish refugees to establish themselves in New Zealand was upheld under both the first and fourth heads of the *Pemsel* classification. Again, in *Re Morrison* (1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757 (Ch. D.), the assistance of refugees was recognized as a charitable purpose. Obviously, not all immigrants are refugees, but the two groups often share the same needs. Distinctions may, of course, be drawn between immigrants and refugees. The process of analogical reasoning, however, requires us to focus upon whether there are any relevant differences between the two. I can see none that are germane to the present discussion.

In *Cohen*, Hay J. expressly acknowledged that although no previous case had determined that assistance to refugees was recognized as a charitable purpose, an analogy could be made with the demobilized soldiers under consideration in *Verge v. Somerville*. Hay J. appears to have premised his analogy upon the proposition that both refugees and soldiers are uprooted and are in need of being settled. This is also an apt description of the circumstances of many immigrants, who may have come to Canada to leave economic and social deprivation behind them. In any case, the reason that an individual has left his or her home to come to Canada may have little to do with the difficulties that the individual faces here. Some refugees, and some immigrants, may have little difficulty integrating into the job market. But many immigrants and refugees do not find the transition to their new home to be a seamless one. They may need assis-

leur réintégration. Néanmoins, il est bien possible que la vie que le militaire a quittée à son départ pour l'étranger soit disparue à tout jamais et qu'il ait en conséquence besoin d'aide pour faire la transition à une nouvelle vie à son retour.

87 De même, le secours aux réfugiés a été reconnu comme une fin de bienfaisance dans *In re Cohen*, [1954] N.Z.L.R. 1097 (S.C.), affaire où la validité d'un legs à une association dont l'objet principal était d'aider des réfugiés juifs à s'établir en Nouvelle-Zélande a été confirmée suivant les deuxième et quatrième catégories de la classification établie dans *Pemsel*. Dans *Re Morrison* (1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757 (Ch. D.), le secours aux réfugiés a une fois de plus été reconnu comme une fin de bienfaisance. Les immigrants ne sont évidemment pas tous des réfugiés, mais les deux groupes ont souvent des besoins en commun. Il est bien sûr possible d'établir des distinctions entre les immigrants et les réfugiés. Le processus de raisonnement analogique exige cependant que nous nous concentrions sur la question de savoir s'il existe des différences pertinentes entre les deux groupes. Je ne peux en voir aucune qui soit pertinente dans le présent débat.

88 Dans *Cohen*, le juge Hay a expressément admis que, bien qu'aucune décision antérieure n'ait indiqué que l'aide aux réfugiés était reconnue comme une fin de bienfaisance, il était possible d'établir une analogie avec les soldats démobilisés en cause dans l'arrêt *Verge c. Somerville*. Il semble avoir fondé son analogie sur la proposition que tant les réfugiés que les militaires sont des personnes déracinées qui ont besoin d'aide pour se réinstaller. Cette description s'applique également à la situation de nombreux immigrants venus au Canada pour fuir des privations économiques et sociales. Quoi qu'il en soit, il se peut que la raison pour laquelle un individu a quitté son pays d'origine pour venir au Canada ait peu à voir avec les difficultés auxquelles il fera face ici. Il est possible que certains réfugiés, tout comme certains immigrants, aient peu de difficulté à trouver leur place sur le marché du travail. Mais pour de nombreux immigrants et réfugiés, l'intégration à leur nouvelle patrie ne se fait pas sans heurts. Ils peuvent

tance to meet the challenges of an unfamiliar society.

89 Canadian authority recognizes assisting immigrants to obtain employment as a charitable purpose. In *Re Fitzgibbon* (1916), 27 O.W.R. 207 (H.C.), a bequest to an organization known as the "Women's Welcome Hostel" was upheld. The bequest created an annual prize to be given to a girl who had spent time at the hostel, which was an institution for the assistance of immigrant girls, and who had subsequently joined and remained with a single employer for three years or more. Middleton J. observed at p. 210 that "[t]his institution is undoubtedly a charitable institution, for the laudable purpose of aiding and assisting emigrant girls coming to Canada with a view of obtaining employment". Because the object of the bequest was to further the aims of the institution, which was itself charitable, it was upheld. I might add that no suggestion was made in the case that this purpose fit under the relief of poverty head of the *Pemsel* classification, and I do not read the decision as not following the *Pemsel* approach. Middleton J. did rely on *Re Mariette*, [1915] 2 Ch. 284, which admittedly had an educational dimension. However, the charitable status of the hostel was not directly at issue in *Fitzgibbon*. *Mariette* was cited only in support of the proposition that a gift to a charitable institution is itself a charitable gift, even if the gift might not be valid if given to a non-charitable organization. It is uncontroversial that the institution at issue in *Fitzgibbon* had an educational element, very much like Society under consideration in this appeal, but that does not refute Middleton J.'s characterization of the institution's purpose.

90 Directly on point, the Internal Revenue Service in the United States has ruled (U.S. Rev. Rul.

avoir besoin d'aide pour surmonter les obstacles qui se dressent devant eux dans une société qu'ils ne connaissent pas.

Une décision canadienne reconnaît que le fait d'aider les immigrants à se trouver du travail est une fin de bienfaisance. Dans *Re Fitzgibbon* (1916), 27 O.W.R. 207 (H.C.), la validité d'un legs fait à une organisation dénommée «Women's Welcome Hostel» a été confirmée. Le legs avait créé un prix remis chaque année à une jeune fille qui avait séjourné à l'auberge — établissement prêtant secours aux jeunes immigrantes — et qui s'était par la suite trouvé un emploi et l'avait conservé durant au moins trois ans. Le juge Middleton a fait observer, à la p. 210, que [TRADUCTION] «[l]'établissement est incontestablement un organisme de bienfaisance, constitué pour une fin louable, c'est-à-dire venir en aide aux jeunes immigrantes qui viennent au Canada pour y trouver du travail». Puisque l'objet du legs était de favoriser la poursuite des fins de l'établissement, lui-même un organisme de bienfaisance, il a été reconnu comme une fin valide. J'ajouterai qu'il n'a aucunement été question dans cette affaire de ranger cette fin dans la catégorie «soulagement de la pauvreté» de la classification établie dans *Pemsel*, et je ne considère pas que cette décision ne suit pas l'approche fondée sur *Pemsel*. Le juge Middleton s'est effectivement appuyé sur l'affaire *Re Mariette*, [1915] 2 Ch. 284, qui a, il faut le reconnaître, une dimension éducative. Toutefois, le caractère de bienfaisance de l'auberge n'était pas directement en litige dans *Fitzgibbon*. L'affaire *Mariette* n'a été citée qu'au soutien de la proposition selon laquelle un don fait à un établissement de bienfaisance est lui-même un don de bienfaisance, même s'il pourrait ne pas être valide s'il était fait à un organisme qui n'est pas un organisme de bienfaisance. Il est incontesté que l'établissement en cause dans *Fitzgibbon* comportait un élément éducatif, tout comme l'association en cause dans le présent pourvoi, mais cela ne réfute pas la façon dont le juge Middleton a qualifié la fin poursuivie par l'établissement.

Dans une affaire portant directement sur la question qui nous intéresse, l'Internal Revenue Service

76-205 in Internal Revenue Cumulative Bulletin 1976-1, at p. 154) that a non-profit organization whose objects are to assist immigrants to that country "in overcoming social, cultural and economic problems by either personal counseling or referral to the appropriate public or private agencies" is charitable under the applicable section (s. 501(c)(3)) of the Internal Revenue Code. The ruling held that:

> The organization was formed to aid immigrants to the United States in overcoming social, cultural, and economic problems by either personal counseling or referral to the appropriate public or private agencies. The organization has found that immigrants may be subject to discrimination and prejudice, often arrive without friends or relatives, possess a limited knowledge of English, and lack an awareness of employment opportunities. To help overcome these handicaps, the organization offers instruction in English by its multilingual staff, job counseling, and social and recreational functions that permit a mingling of immigrants with each other and with United States citizens. . . .
>
> . . . .
>
> By counseling immigrants, the organization is instructing the public on subjects useful to the individual and beneficial to the community, and is, therefore, furthering an educational purpose. Personal counseling has been recognized as a valid method of instruction for educational organizations. . . . In addition, by offering instruction in English, by assisting immigrants in finding helpful agencies, by aiding immigrants to attain full citizenship, and by providing opportunities for immigrants to meet and discuss problems with each other and United States citizens, the organization is also eliminating prejudice and discrimination. [Citation omitted.]

The organization was upheld as pursuing a mixture of purposes, some of which were grounded in the advancement of education head, and some of which were grounded in the elimination of discrimination and prejudice. Yet it cannot be denied that the purpose of the organization itself was to aid immigrants in integrating into national life, and

des États-Unis (U.S. Rev. Rul. 76-205 dans Internal Revenue Cumulative Bulletin 1976-1, à la p. 154) a statué qu'un organisme à but non lucratif ayant pour mission d'aider les immigrants [TRADUCTION] «à surmonter des obstacles d'ordre social, culturel et économique en leur offrant des services de consultation personnelle ou en les adressant aux organismes publics ou privés compétents» est une œuvre de bienfaisance au sens de la disposition applicable (art. 501(c)(3)) du Internal Revenue Code. Il a été statué dans cette décision que:

> [TRADUCTION] L'organisme a été formé pour aider les personnes qui immigrent aux États-Unis à surmonter des obstacles d'ordre social, culturel et économique en leur offrant des services de consultation personnelle ou en les adressant aux organismes publics ou privés compétents. L'organisme a constaté que les immigrants peuvent être victimes de discrimination et de préjugés, qu'ils arrivent souvent sans amis ou parents, qu'ils ont une connaissance limitée de l'anglais et qu'ils sont peu au fait des possibilités d'emploi. Pour les aider à surmonter ces handicaps, l'organisme organise des cours d'anglais donnés par son personnel multilingue, des séances d'orientation professionnelle ainsi que des activités sociales et récréatives permettant aux immigrants de se rencontrer et de rencontrer des citoyens des États-Unis. . .
>
> . . . .
>
> En conseillant les immigrants, l'organisme renseigne le public sur des sujets utiles aux individus et profitables à la société et tend, par conséquent, à réaliser une fin éducative. La consultation personnelle a été reconnue comme une méthode valable d'instruction pour les organismes éducatifs. [. . .] De plus, en offrant des cours d'anglais, en faisant connaître aux immigrants les organismes utiles, en les aidant à obtenir la citoyenneté et en leur donnant la possibilité de se réunir et de discuter de problèmes entre eux et avec des citoyens des États-Unis, l'organisme lutte aussi contre les préjugés et la discrimination. [Référence omise.]

La reconnaissance de l'organisme a été confirmée pour le motif qu'il poursuivait un ensemble de fins, certaines fondées sur la catégorie de la promotion de l'éducation, d'autres sur la lutte contre la discrimination et les préjugés. Pourtant, il est impossible de nier que la fin poursuivie par l'organisme lui-même était d'aider les immigrants à s'in- 91

it is that purpose to which I draw the analogy here. I fully agree that not all of the difficulties faced by immigrant women in obtaining employment stem from prejudice and discrimination: but it is undoubted that some of them do. Indeed, the greatest barrier to the integration of immigrant and visible minority women into the workforce is probably not racial or other animus: rather, it is the unintended exclusionary effects of facially neutral practices. My colleague recognizes that "making contacts and obtaining information pose difficulties with respect to gaining employment" (para. 187). Such difficulties, and others, are inherent in moving to a new country. That is why assisting immigrants in overcoming those particular difficulties is charitable.

tégrer à la société américaine, et c'est sur cette fin que j'assoie l'analogie avec le présent cas. Je suis tout à fait d'accord pour dire que les difficultés que doivent vaincre les immigrants pour obtenir du travail ne sont pas toutes le fruit de préjugés et de discrimination, mais il est incontestable que certaines le sont. De fait, le principal obstacle à l'intégration au marché du travail que rencontrent les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible n'est probablement pas la discrimination raciale ni l'animosité, mais plutôt les effets discriminatoires non intentionnels de pratiques apparemment neutres. Mon collègue reconnaît qu'«établir des contacts et obtenir de l'information sont deux aspects de la recherche d'un emploi qui ne manquent pas de soulever des difficultés» (par. 187). Ces difficultés, ainsi que d'autres, sont inhérentes au fait de s'établir dans un nouveau pays. Voilà pourquoi le fait d'aider les immigrants à vaincre ces difficultés particulières constitue une fin de bienfaisance.

92 Likewise, the Charity Commissioners for England and Wales have registered an organization (Ethnic Minority Training and Employment Project, Reg. No. 1050917, registered November 22, 1995) whose objects are

> to assist refugees, asylum seekers, migrants and others who recently arrived in the United Kingdom, in particular those from the Horn of Africa, who through their social and economic circumstances are in need and unable to further their education or gain employment, and who may be at risk or [*sic*] permanent exclusion from the labour market; to educate and train such refugees, asylum seekers, migrants and others by providing information, guidance, learning opportunities, and work experience which will enable them to acquire and develop vocational skills and secure employment, or further their education.

De même, les Charity Commissioners for England and Wales ont enregistré un organisme (Ethnic Minority Training and Employment Project, Reg. No. 1050917, enregistré le 22 novembre 1995) qui poursuit les fins suivantes:

> [TRADUCTION] aider les réfugiés, les demandeurs d'asile, les migrants et autres individus arrivés récemment au Royaume-Uni, en particulier ceux de la Corne de l'Afrique, qui, en raison de leur situation sociale et économique, sont dans le besoin et sont incapables de compléter leur éducation ou de se trouver un emploi, et qui risquent peut-être d'être exclus en permanence du marché du travail; instruire et former ces réfugiés, demandeurs d'asile, migrants et autres individus en leur offrant de l'information, des conseils, des possibilités d'apprentissage et des occasions d'acquérir de l'expérience professionnelle qui leur permettront d'acquérir et de perfectionner des aptitudes professionnelles et de trouver du travail, ou de poursuivre leur éducation.

93 My colleague suggests that that organization's purpose is better conceived as being for the relief of poverty. I concede that there is a certain degree of overlap: but for assistance in obtaining employment, it would not be surprising if many immigrants fell into poverty, or remained there, as the case may be. However, I see no reason why assist-

Mon collègue suggère que la fin poursuivie par cet organisme relève davantage de la catégorie «soulagement de la pauvreté». Je concède qu'il existe un certain chevauchement: il ne serait pas étonnant que, si on ne les aidait pas à trouver du travail, bon nombre d'immigrants sombreraient dans la misère ou y resteraient. Toutefois, je ne

ing immigrant women to obtain employment could be considered a charitable purpose only to extent that it relieves poverty. Poverty, as my colleague rightly suggests, is a relative term. In any case, the suggestion that a charitable purpose must be related to the relief of poverty was rejected in *Pemsel*. The reality is that immigrants may face a number of obstacles to their integration into Canadian society, social, vocational, cultural, linguistic, or economic. It would be futile to focus on one obstacle to the exclusion of the others. Like the English organization, the Society provides assistance, guidance, and learning opportunities. It assists immigrants in developing and acquiring vocational skills, so that they may obtain employment.

vois aucunement pourquoi le fait d'aider les immigrantes à trouver du travail ne pourrait être considéré comme une fin de bienfaisance que dans la mesure où une telle mesure soulage la pauvreté. La pauvreté, comme l'affirme avec raison mon collègue, est un terme relatif. De toute façon, la suggestion voulant que toute fin de bienfaisance doive être liée au soulagement de la pauvreté a été rejetée dans *Pemsel*. La réalité est que les personnes qui immigrent au Canada peuvent rencontrer un certain nombre d'obstacles d'ordre social, professionnel, culturel, linguistique ou économique dans leurs efforts d'intégration à notre société. Il serait futile de se concentrer sur un obstacle à l'exclusion des autres. À l'instar de l'organisme anglais susmentionné, l'association fournit de l'assistance, de l'information et des possibilités d'apprentissage. Elle aide des immigrantes à acquérir et à perfectionner des aptitudes professionnelles, dans le but de les aider à se trouver du travail.

My colleague argues that none of the cases I discuss above support my finding that assisting immigrant women to integrate into Canadian society by helping them to obtain employment is a charitable purpose under the fourth head of the *Pemsel* classification and rejects the suggestion that that purpose is charitable and may be analogized to other recognized charitable purposes. In each case, he either denies its authority or would interpret it very narrowly. My colleague implicitly suggests that the approach I adopt to the evolution of the law of charity represents "a fundamental turning in direction" (para. 179). I respectfully disagree. My approach, as I have endeavoured to demonstrate, is rooted in the existing jurisprudence. It is consonant with the broader principles I have set out, and indeed, with the analogical approach which I share with my colleague, "with an eye to society's current social, moral, and economic context" (para. 159).

94 Mon collègue affirme qu'aucune des décisions que j'ai examinées précédemment n'étaye ma conclusion que le fait d'assister les immigrantes dans leur intégration à la société canadienne en les aidant à se trouver du travail est une fin de bienfaisance suivant la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*, et il rejette la suggestion selon laquelle elle serait une fin de bienfaisance et pourrait être assimilée, par analogie, à d'autres fins de bienfaisance reconnues. Il nie l'autorité de chacune de ces décisions, ou leur donne une interprétation très étroite. Mon collègue suggère que l'approche que j'adopte à l'égard de l'évolution du droit relatif aux organismes de bienfaisance représente «un changement fondamental d'orientation» (par. 179). Avec égards, je dois exprimer mon désaccord. Mon approche, comme je me suis efforcé de le démontrer, est ancrée dans la jurisprudence existante. Elle est en accord avec les principes que j'ai énoncés, et, de fait, avec l'approche analogique que mon collègue et moi appliquons, «tout en tenant compte du contexte social, moral et économique de la société au moment concerné» (par. 159).

The unifying theme to these cases, in my view, is the recognition that immigrants are often in spe-

95 Le dénominateur commun de ces décisions est, à mon avis, la reconnaissance du fait que les immi-

cial need of assistance in their efforts to integrate into their new home. Lack of familiarity with the social customs, language, economy, job market, educational system, and other aspects of daily life that existing inhabitants of Canada take for granted may seriously impede the ability of immigrants to this country to make a full contribution to our national life. In addition, immigrants may face discriminatory practices which too often flow from ethnic, language, and cultural differences. An organization, such as the Society, which assists immigrants through this difficult transition is directed, in my view, towards a charitable purpose. Clearly, a direct benefit redounds to the individuals receiving assistance from the Society. Yet the nation as a whole gains from the integration of those individuals into its fabric. That is the public benefit at issue here. I have no hesitation in concluding that the Society's purpose is charitable under the second or fourth heads of the *Pemsel* classification.

grants ont souvent un besoin particulier d'assistance pour s'intégrer à leur nouvelle patrie. Le manque de connaissances des immigrants sur les coutumes, la langue, l'économie, le marché de l'emploi, le système d'éducation et d'autres aspects de la vie quotidienne qui vont de soi pour les personnes qui habitent déjà le Canada, peut entraver sérieusement leur capacité de contribuer pleinement à notre société. En outre, les immigrants peuvent faire l'objet d'actes discriminatoires qui découlent trop souvent de différences ethniques, linguistiques et culturelles. Un organisme, telle l'association, qui aide les immigrantes à accomplir cette difficile transition tend à mon avis à réaliser une fin de bienfaisance. Il est clair que les individus qui reçoivent l'aide de l'association en tirent un avantage direct. Pourtant, la nation entière profite de leur intégration à la société. Tel est le bienfait public en cause ici. Je n'ai aucune hésitation à conclure que la fin poursuivie par l'association est une fin de bienfaisance suivant la deuxième ou la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*.

96 Accordingly, in my view, this appeal does not require us to consider the applicability of the *Native Communications Society* case. The present appeal may be disposed of without having to determine whether or not immigrant women are in any way analogous to native people, because the Society's purpose fits within a recognized subcategory of the fourth head of the *Pemsel* classification.

En conséquence, je suis d'avis que le présent pourvoi n'exige pas que nous nous penchions sur l'applicabilité de l'arrêt *Native Communications Society*. Le présent pourvoi peut être tranché sans qu'il soit nécessaire de décider si la situation des immigrantes est de quelque façon que ce soit analogue à celle des autochtones, puisque la fin poursuivie par l'association entre dans une sous-catégorie reconnue de la quatrième catégorie établie dans *Pemsel*.

97 Immigrants make up a broad class of people. Some immigrants, my colleague suggests, will have gained admission to this country on the basis of their education, experience, training, and skills. Their applications for entry will have been evaluated, in large measure, on the basis of their perceived ability to integrate into Canadian society. Presumably, immigrants in this category will have little or no need of assistance in integration into Canadian society. Given the existence of this category of immigrants, my colleague states that an organization that provides assistance to immigrants in general could not be exclusively charitable.

Les immigrants constituent un large groupe de personnes. Certains, suggère mon collègue, sont admis au Canada sur le fondement de leur instruction, de leur expérience, de leur formation et de leurs aptitudes. Leur demande d'admission est, dans une large mesure, évaluée en fonction de la capacité qu'ils auront, croit-on, à s'intégrer à la société canadienne. Il est permis de présumer que les immigrants appartenant à cette catégorie n'auront que peu ou pas besoin d'assistance pour s'intégrer à notre société. Compte tenu de l'existence de cette catégorie, mon collègue affirme qu'un organisme qui vient en aide aux immigrants en

With respect, I disagree. Reduced to its essentials, the contention is that an organization which seeks to assist a class of people cannot be charitable where some members of that class do not require the assistance that the organization seeks to provide. With respect, the proposition is unsustainable. Few charities could meet such a stringent test. Some immigrants will have no need for the Society's services: some immigrants will have need of some of the Society's services, but not others. Yet that recognition provides no basis upon which to argue that the Society is not charitable. Those who have no need of the Society's services will presumably not seek them out.

F. *Are the Society's Activities Sufficiently Related to, and in Furtherance of, its Purpose?*

Having established that the Society's purpose is charitable under either the second or the fourth head of the *Pemsel* classification, we must next consider whether the Society's activities are sufficiently connected to its purpose so as to be in furtherance of it. There is no magic to this process: it is a simple matter of logical reasoning combined with an appreciation of context.

My colleague objects (at para. 205) to several of the Society's activities, including its job skills directory; networking; liaising for accreditation of foreign credentials; soliciting job opportunities; and offering referral services. He simply asserts that these activities "cannot be said to be carried on in furtherance of, or incidental or ancillary to, any valid charitable purpose". With respect, surely this begs the question. It may be that some of these activities are not sufficiently connected to the "advancement of education", but I need not take a position on that question in light of my finding that assisting immigrants so that they may obtain employment or self-employment, and thus become fully integrated into national life, is a valid charitable purpose under the fourth head of the *Pemsel* classification. I do not see how these activities can

général ne peut être un organisme constitué exclusivement à des fins de bienfaisance. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Essentiellement, cet argument consiste à dire qu'un organisme qui désire aider un groupe de personnes ne peut être considéré comme un organisme de bienfaisance dans les cas où certaines de ces personnes n'ont pas besoin de l'aide que l'organisme désire apporter. Avec égards, cette proposition est insoutenable. Peu d'organismes de bienfaisance pourrait respecter un critère aussi rigoureux. Certains immigrants auront besoin des services de l'association; certains auront besoin de quelques-uns de ses services, et non des autres. Reconnaître ce fait ne permet pas pour autant de prétendre que l'association n'est pas un organisme de bienfaisance. Les personnes qui n'ont pas besoin des services de l'association n'y auront probablement pas recours.

F. *Les activités de l'association se rapportent-elles suffisamment à la fin qu'elle poursuit et tendent-elles à sa réalisation?*

Ayant établi que la fin poursuivie par l'association est une fin de bienfaisance suivant la deuxième ou la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*, nous devons maintenant nous demander si les activités de l'association se rapportent suffisamment à cette fin pour tendre à sa réalisation, selon un raisonnement logique tenant compte du contexte. 98

Mon collègue considère inadmissibles (au par. 205) plusieurs des activités de l'association, notamment la tenue d'un répertoire de compétences, le réseautage, les communications en vue de l'attestation des titres de compétences obtenus à l'étranger, la sollicitation d'offres d'emploi et les services d'orientation. Il dit tout simplement de ces activités qu'«[i]l est impossible d'affirmer qu'elles sont exercées en vue de réaliser une fin de bienfaisance légitime ou qu'elles sont accessoires à une telle fin». Avec égards, il y a là une pétition de principe. Il est possible que certaines de ces activités ne se rapportent pas suffisamment à la «promotion de l'éducation», mais je n'ai pas à en décider puisque je conclus que le fait d'aider les immigrantes à trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome et ainsi s'intégrer pleinement 99

be viewed as other than directly connected to achieving that purpose.

100 I find it entirely unremarkable that an organization seeking to assist immigrant women in obtaining employment would produce a job skills directory or solicit employment opportunities for them. The counselling provided by the Society assists immigrant women in learning the social conventions and practical realities of a job interview, résumé preparation, applying for employment, and the like. Some of the women who immigrate to Canada already possess academic degrees, professional credentials, or vocational certification. Many of these women experience considerable difficulty in having those credentials recognized or accepted in Canada. The Society's role, as I understand it, is twofold. First, it assists the women themselves in building on their existing qualifications to obtain recognition or certification in Canada, and where necessary, provides them with information on how to upgrade their qualifications. Second, the Society meets with and conducts workshops for Canadian certification bodies, such as teaching and nursing associations, in an attempt to facilitate the efforts of the women the Society serves, and to dispel ignorance surrounding foreign accreditation. Finally, the Society refers immigrant women to ESL classes, and advises Employment and Immigration Canada where there is a need for such classes.

101 Each of these activities is directly related to the Society's charitable purpose, and thus, in my judgment, each of them constitutes a "charitable activity" under the *ITA*. I am not persuaded by my colleague's rigid distinction between "teaching women skills they require to obtain employment in Canada" (in his view, charitable) and "publishing a directory and otherwise marketing those skills to

à la société est une fin de bienfaisance valide suivant la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*. Je ne vois pas comment on peut considérer que ces activités ne se rapportent pas directement à la réalisation de cette fin.

Je ne trouve absolument rien d'étonnant au fait qu'une association cherchant à aider les immigrantes à obtenir du travail prépare un répertoire de compétences ou sollicite des offres d'emploi à leur intention. Les services de consultation offerts par l'association aident les immigrantes à apprendre les conventions sociales et les réalités pratiques des entrevues, de la rédaction de curriculum vitæ, de la présentation de demandes d'emploi et autres questions du genre. Certaines des femmes qui immigrent au Canada possèdent déjà des diplômes universitaires, des titres professionnels et d'autres titres de compétences. Bon nombre de ces femmes éprouvent des difficultés considérables à faire reconnaître ou accepter ces titres au Canada. Si j'ai bien compris, l'association joue un double rôle. Premièrement, elle aide les femmes elles-mêmes à s'appuyer sur la qualification qu'elles possèdent déjà pour obtenir la reconnaissance professionnelle au Canada, et, au besoin, elle leur donne des renseignements sur la manière d'actualiser cette qualification. Deuxièmement, l'association rencontre des organismes canadiens de reconnaissance professionnelle, telles des associations d'enseignants et d'infirmières, et organise des ateliers pour ceux-ci en vue de faciliter les démarches des femmes qu'elle sert et de combattre l'ignorance au sujet de la reconnaissance des titres de compétences obtenus à l'étranger. Finalement, l'association signale aux immigrantes la tenue de cours d'anglais langue seconde et informe le ministère de l'Emploi et de l'Immigration du Canada lorsque le besoin d'organiser de tels cours se fait sentir.

Chacune de ces activités se rapporte directement à la fin de bienfaisance poursuivie par l'association et, à mon sens, constitue donc une «activité de bienfaisance» visée par la *LIR*. Je ne suis pas persuadé par la distinction rigide que fait mon collègue entre le fait d'«enseigner aux femmes des aptitudes dont elles ont besoin pour se trouver du travail au Canada» (une activité de bienfaisance

prospective employers" (in his view, non-charitable) (para. 205). Why does publishing a job skills directory, and attempting to make prospective employers aware of the skills possessed by its beneficiaries, not directly further the Society's goal of assisting immigrant women to obtain employment? I should have thought that these activities are directly related to, and in furtherance of, the Society's purpose. Surely, a proper determination of whether the Society's activities are sufficiently connected to its purpose must take into account the unique needs and problems faced by immigrant and visible minority women in obtaining employment. Whether or not such activities would further a charitable purpose in the case of a different group of beneficiaries is a distinct question which need not detain us here. Activities must be evaluated in the light of the purposes they are supposed to further. When this is done on the facts of this appeal, there is no doubt in my mind that the Society's activities are charitable. Consequently, I do not share Iacobucci J.'s view that the Society's activities do not further its purpose.

selon lui) et celui de «publier un répertoire de compétences ou faire connaître de quelque autre façon ces compétences à d'éventuels employeurs» (activités qui, à son avis, ne relèvent pas de la bienfaisance) (par. 205). Pourquoi ces activités — publication d'un répertoire de compétences et efforts en vue de faire connaître à d'éventuels employeurs les compétences de ses bénéficiaires — ne tendraient-elles pas directement à réaliser l'objectif de l'association qui est d'aider les immigrantes à trouver du travail? J'aurais pensé que ces activités se rapportent directement à la fin poursuivie par l'association et tendent à sa réalisation. Pour décider si les activités de l'association se rapportent suffisamment à la fin qu'elle poursuit, il faut bien sûr tenir compte des besoins et des problèmes exceptionnels que rencontrent les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible quand elles cherchent du travail. La question de savoir si ces activités tendraient à la réalisation d'une fin de bienfaisance dans le cas d'un autre groupe de bénéficiaires est une autre question sur laquelle nous n'avons pas à nous arrêter ici. Les activités doivent être évaluées à la lumière des fins qu'elles sont censées tendre à réaliser. Vu les faits du présent pourvoi, il ne fait selon moi pas de doute que les activités de l'association sont des activités de bienfaisance. En conséquence, je ne partage pas l'avis du juge Iacobucci que les activités de l'association ne tendent pas à réaliser la fin qu'elle poursuit.

G. *Has the Society Impermissibly Limited its Class of Beneficiaries?*

Clause 2(a) of the Society's constitution designates "immigrant women" as the beneficiaries of its purpose and activities. Revenue Canada argued in written (though not in oral) argument that the Society's activities do not benefit a "sufficient section of the public" to satisfy the public benefit requirement of the fourth head of the *Pemsel* classification. Revenue Canada concedes that "a restriction in the class of beneficiaries will not prevent a group from obtaining charitable status where the charitable objects and activities are interdependent with the class of beneficiaries", but

G. *L'association a-t-elle limité de manière inacceptable le groupe de bénéficiaires?*

La clause 2a) des statuts de l'association désigne 102
les «immigrantes» comme bénéficiaires de la fin et des activités qu'elle poursuit. Revenu Canada a soutenu dans son mémoire (mais non dans sa plaidoirie orale) que les activités de l'association ne sont pas utiles à [TRADUCTION] «un groupe suffisant de la population» pour satisfaire à la condition relative à l'existence de l'intérêt du public requis par la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*. Revenu Canada concède que [TRADUCTION] «le fait que le groupe de bénéficiaires soit restreint n'empêche pas un organisme d'obtenir le statut d'organisme de bienfaisance enregistré lorsqu'il y a interdépendance des fins et

contends that the Society does not meet this requirement of interdependence.

103 It is well established under the fourth head of the *Pemsel* classification that to qualify as charitable, the class of persons eligible to benefit must be the community as a whole, or an appreciably important class of the community. The House of Lords indicated in *Baddeley*, *supra*, at p. 592, that a purpose falling under the fourth head could not limit its beneficiaries by reference to creed. Revenue Canada raised the spectre that the Society has impermissibly limited the scope of its class of beneficiaries. Like my colleague, I find this argument unconvincing. The focus of the Society's efforts is, admittedly, the assistance of visible minority and immigrant women in the Vancouver area. Indeed, as I held above, it is the Society's focus on immigrant women which renders its purpose charitable. One must not, as Lord Somervell of Harrow cautioned in *Baddeley*, *supra*, at p. 615, consider the class apart from the particular nature of the charitable purpose. Without deciding that "interdependence" is actually a legal requirement, it is easily satisfied on the facts of this appeal.

104 Despite this primary focus on immigrant women, there is no indication, however, that in practice, the Society's beneficiaries are exclusively women or members of minority groups. On the contrary, the evidence before us suggests that the Society's services are open to all in need of them, so that men have apparently attended some of its programs. We need not address this issue on the facts of the present appeal, although I note that there is at least some authority in support of the view that an organization seeking to aid a disadvantaged group may draw distinctions on the basis of certain personal characteristics: *Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights Commission* (1990),

activités de bienfaisance et du groupe de bénéficiaires», mais il prétend que l'association ne respecte pas cette condition d'interdépendance.

Il est bien établi que, pour qu'un organisme soit reconnu comme un organisme de bienfaisance suivant la quatrième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*, ses bénéficiaires doivent être soit l'ensemble de la société, soit un groupe d'une certaine importance de celle-ci. La Chambre des lords a indiqué, dans *Baddeley*, précité, à la p. 592, qu'un organisme poursuivant une fin entrant dans la quatrième catégorie ne pouvait pas limiter ses bénéficiaires aux personnes partageant une croyance donnée. Revenu Canada a évoqué le fait que l'association aurait limité de manière inacceptable le groupe de ses bénéficiaires. Tout comme mon collègue, j'estime que cet argument n'est pas convaincant. Il est admis que l'association s'attache à aider les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible de la région de Vancouver. De fait, comme j'ai conclu plus tôt, c'est le fait que les efforts de l'association soient axés sur les immigrantes qui donne à la fin qu'elle poursuit son caractère de bienfaisance. Conformément à la mise en garde faite par lord Somervell of Harrow dans *Baddeley*, précité, à la p. 615, il ne faut pas considérer le groupe indépendamment de la nature particulière de la fin de bienfaisance. Sans décider si l'«interdépendance» constitue effectivement une condition requise en droit, j'estime que, au vu des faits du présent pourvoi, elle est facilement satisfaite.

Même si l'action de l'association vise premièrement les immigrantes, rien n'indique toutefois que, dans la pratique, les bénéficiaires de l'association soient exclusivement des femmes ou des membres de groupes minoritaires. Au contraire, la preuve dont nous disposons tend à indiquer que les services de l'association sont offerts à tous ceux qui en ont besoin et que, ainsi, des hommes ont apparemment participé à certains de ses programmes. Nous n'avons pas à examiner cette question, compte tenu des faits du présent pourvoi, quoique je souligne qu'il existe au moins une décision étayant l'opinion qu'un organisme qui cherche à aider un groupe défavorisé peut faire des distinc-

69 D.L.R. (4th) 321 (Ont. C.A.), at pp. 352-53 (Tarnopolsky J.A., concurring). That question may be left for another day.

H. *Is the Society's Purpose Too Political to Be Charitable?*

Among Revenue Canada's grounds for refusing to register the Society as a charitable organization under the *ITA* was its view that the Society's purpose was political in nature. Revenue Canada contended in its letter refusing registration to the Society that object 2(b) of the Society was "not acceptable" and explained that "this is a political purpose and an organization created for political purposes, whether in whole or in part, cannot be charitable". In my view, this objection is not germane to the present appeal. It is evident to me, as to my colleague, that the Society's purpose is not political. I would, however, address the issue in a slightly different fashion than my colleague has done.

Object 2(b) of the Society's constitution provides that one of the Society's purposes is

> to carry on political activities provided such activities are incidental and ancillary to the above purposes and provided such activities do not include direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office;

The Society contends that any political purposes or activities it may have or engage in are purely ancillary and incidental to its main objects, as required by s. 149.1(6.2) of the *ITA*. Indeed, the extract from the Society's constitution just cited closely traces the language of that subsection of the *ITA*:

> (6.2) For the purposes of the definition "charitable organization" in subsection (1), where an organization devotes substantially all of its resources to charitable activities carried on by it and

tions sur la base de certaines caractéristiques personnelles: *Canada Trust Co. c. Ontario Human Rights Commission* (1990), 69 D.L.R. (4th) 321 (C.A. Ont.), aux pp. 352 et 353 (motifs concordants du juge Tarnopolsky). Cette question pourra être tranchée à une autre occasion.

H. *La fin poursuivie par l'association est-elle trop politique pour constituer une fin de bienfaisance?*

Un des motifs qu'a donnés Revenu Canada pour refuser d'enregistrer l'association comme œuvre de bienfaisance en vertu de la *LIR* est que la fin poursuivie par l'association a un caractère politique. Dans sa lettre informant l'association du refus de lui accorder l'enregistrement demandé, Revenu Canada a affirmé que la fin énoncée à la clause 2b) des statuts était [TRADUCTION] «inacceptable», et a expliqué qu'il [TRADUCTION] «[s'agit] d'une fin politique, et [qu']un organisme créé pour tout ou partie à des fins politiques ne peut pas être une œuvre de bienfaisance». À mon avis, cette objection n'est pas pertinente dans le cadre du présent pourvoi. Il est évident pour moi comme pour mon collègue, que la fin poursuivie par l'association n'est pas politique. J'en traiterai toutefois un peu différemment de mon collègue. 105

La clause 2b) des statuts de l'association indique que celle-ci poursuit notamment la fin suivante: 106

> [TRADUCTION] mener des activités politiques, dans la mesure où ces activités sont accessoires aux fins énumérées ci-dessus et où elles ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre;

L'association soutient que, si elle poursuit des fins ou des activités politiques, elles sont purement accessoires à ses fins principales, conformément au par. 149.1(6.2) de la *LIR*. De fait, le passage précité des statuts de l'association reprend de près le texte de ce paragraphe de la *LIR*:

> (6.2) Pour l'application de la définition de «œuvre de bienfaisance» au paragraphe (1), l'œuvre qui consacre presque toutes ses ressources à des activités de bienfaisance est considérée comme y consacrant la totalité si les conditions suivantes sont réunies:

(*a*) it devotes part of its resources to political activities,

(*b*) those political activities are ancillary and incidental to its charitable activities, and

(*c*) those political activities do not include the direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office,

the organization shall be considered to be devoting that part of its resources to charitable activities carried on by it.

a) elle consacre la partie restante de ses ressources à des activités politiques;

b) ces activités politiques sont accessoires à ses activités de bienfaisance;

c) ces activités politiques ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre.

107 The political purposes doctrine has a long history in Canadian law, although its basis is a matter of some controversy. The leading Canadian cases on the doctrine are *N.D.G. Neighbourhood Association v. Revenue Canada, Taxation Department*, 88 D.T.C. 6279 (F.C.A.); *Positive Action Against Pornography*, *supra*; and *Toronto Volgograd Committee*, *supra*. Very simply, the doctrine provides that political purposes are not charitable purposes. Accordingly, the presence of political objects negates an organization's claim to benefit the community as a charity. Though not without its difficulties, the political purposes doctrine has no application on the facts of this appeal. Yet that does not exhaust the matter, because at issue in this appeal are political activities, not purposes. The rule that a charity cannot be established for political purposes does not mean that the charity cannot engage in political activities in furtherance of those purposes. A charity may engage in political activities, so long as they are "ancillary and incidental" to its charitable purposes. This is confirmed by both the plain language of s. 149.1(6.2) of the *ITA*, and by the case law: see *Re Public Trustee and Toronto Humane Society*, *supra*, at pp. 254-55.

La doctrine des fins politiques a une longue histoire en droit canadien, bien que son fondement soit controversé. Les arrêts de principe au Canada sur cette doctrine sont: *Association communautaire de N.-D.-G. c. Revenu Canada, Ministère du Revenu*, 88 D.T.C. 6279 (C.A.F.); *Positive Action Against Pornography*, précité; *Toronto Volgograd Committee*, précité. Tout simplement, les fins politiques ne sont pas, selon cette doctrine, des fins de bienfaisance. Par conséquent, le fait qu'un organisme poursuive des fins politiques invalide sa prétention qu'il sert la société en tant qu'organisme de bienfaisance. Quoiqu'elle ne soit pas sans difficultés, la doctrine des fins politiques ne s'applique pas vu les faits de l'espèce. Pourtant, cela n'épuise pas le sujet, car ce sont des activités politiques, non des fins, qui sont en litige dans le présent pourvoi. La règle selon laquelle un organisme de bienfaisance ne peut pas être constitué à des fins politiques ne signifie pas qu'il ne peut pas mener des activités politiques tendant à la réalisation de ses fins. Un organisme de bienfaisance peut mener des activités politiques, dans la mesure où celles-ci sont «accessoires» aux fins de bienfaisance qu'il poursuit. Le texte clair du par. 149.1(6.2) de la *LIR* et la jurisprudence le confirment: voir *Re Public Trustee and Toronto Humane Society*, précité, aux pp. 254 et 255.

108 In the present appeal, neither Revenue Canada nor the Society made the distinction between purposes and activities entirely clear. The Society's constitution describes the pursuit of political activities as a "purpose" of the Society. Revenue Canada takes a similar line, by contending that engaging in political activities is a purpose of the Society. However, there is simply no evidence that

Dans le présent pourvoi, ni Revenu Canada ni l'association n'ont clairement fait la distinction qui existe entre fins et activités. Les statuts de l'association décrivent la poursuite d'activités politiques comme étant une «fin» de l'association. Revenu Canada tient un raisonnement analogue, prétendant que l'exercice d'activités politiques est une fin poursuivie par l'association. Toutefois, il n'y a tout

the proposed political activities of the Society are anything other than "ancillary and incidental" to its purpose, which, as I have stated, are charitable. It is obvious from a plain reading of purpose 2(b) that the Society does not intend to pursue political purposes: its intention in drafting that paragraph was merely to authorize itself to engage in permissible political activities. That, in my view, is exactly the legal effect it has achieved. That said, clause 2(b) does not authorize the Society to pursue political purposes, but merely enables it to engage in political activities in furtherance of its charitable purpose, provided that such political activities are incidental and ancillary to that charitable purpose. In my view, that does not lead the Society to run afoul of the *ITA* or the political purposes doctrine.

simplement aucune preuve que les activités politiques projetées de l'association soient autre chose que des activités «accessoires» à la fin qu'elle poursuit, fin qui, je le répète, est une fin de bienfaisance. Il ressort clairement de la simple lecture de la clause 2b) que l'association n'entend pas poursuivre des fins politiques: en rédigeant cet alinéa, son intention était simplement de se donner le pouvoir de mener des activités politiques permises. À mon sens, c'est exactement l'effet juridique qu'elle a atteint. Cela dit, la clause 2b) n'autorise pas l'association à poursuivre des fins politiques, mais elle l'habilite simplement à mener des activités politiques tendant à la réalisation de la fin de bienfaisance qu'elle poursuit, pourvu que ces activités politiques soient accessoires à cette fin de bienfaisance. À mon avis, l'association ne transgresse de ce fait ni la *LIR* ni la doctrine des fins politiques.

In *Guaranty Trust*, *supra*, at pp. 148-49, Ritchie J. confirmed that the mere enumeration of a purpose in the constituting document of an organization does not transform it into an end in itself. Rather, taken in context, it may be only a "means to the fulfilment" by which the organization's primary purposes are to be achieved. So it is in the present appeal. The application of the political purposes doctrine simply does not arise.

109 Dans *Guaranty Trust*, précité, aux pp. 148 et 149, le juge Ritchie a confirmé que le seul fait qu'une fin soit énumérée dans les statuts d'un organisme n'en fait pas une fin en soi. Au contraire, une telle fin peut, selon le contexte, n'être qu'un [TRADUCTION] «moyen de réaliser» les fins principales de l'organisme. C'est le cas dans le présent pourvoi. Il n'y a tout simplement pas lieu d'appliquer la doctrine des fins politiques.

I. *Is the Society's Purpose Too Vague or Uncertain to Be Charitable?*

I. *La fin poursuivie par l'association est-elle trop vague ou incertaine pour être une fin de bienfaisance?*

One of Revenue Canada's grounds for refusing to register the Society, a ground subsequently upheld by the Federal Court of Appeal, was that the Society's purpose was too vague or uncertain to qualify as charitable in law. My colleague Iacobucci J. takes the same view, and ultimately decides the present appeal on a particular application of this ground. I cannot agree.

110 Un des motifs invoqués par Revenu Canada pour refuser d'enregistrer l'association, motif que la Cour d'appel fédérale a par la suite confirmé, était que la fin poursuivie par l'association était trop vague et incertaine pour être considérée comme une fin de bienfaisance en droit. Mon collègue le juge Iacobucci adopte le même point de vue et, en dernière analyse, tranche le présent pourvoi par une application particulière de ce motif. Je ne peux souscrire à ce point de vue.

An allegation of vagueness often arises with regard to organizations that seek to fit their purposes or activities within the fourth head of the *Pemsel* test. The Federal Court of Appeal recently emphasized, in *Stop the Violence . . . Face the*

111 Les allégations d'imprécision surgissent souvent lorsque des organismes cherchent à faire entrer leurs fins ou activités dans la quatrième catégorie énoncée dans *Pemsel*. Récemment, la Cour d'appel fédérale a souligné, dans l'arrêt *Stop the Vio-*

Music Society, *supra*, at p. 5026, that an applicant for charitable status must define its purposes ("objects") with a sufficient degree of precision "to enable the Minister to be satisfied that the organization will be engaged in and will direct all of its resources to charitable activities". In most cases, then, an allegation of vagueness stems from a concern that if the purposes of the organization are not specified with sufficient clarity, the charitable organization could make expenditures on non-charitable purposes. A charity's purposes, as we have seen, must be exclusively charitable. A second, and related, reason underlying the requirement that a charitable organization's purposes not be too vague or uncertain was clarified by Slade L.J. in *Re Koeppler Will Trusts*, [1986] Ch. 423 (C.A.), at p. 432. The courts exercise an equitable supervisory role over charities, and consequently, must be able to control the application of a charity's assets and its activities by reference to its purposes. However, this task would be impossible if the charity's purposes were too vague or uncertain: *Baddeley*, *supra*, at p. 586 (Viscount Simonds) and pp. 598-99 (Lord Reid).

lence . . . Face the Music Society, précité, à la p. 5026, que l'organisme qui revendique le statut d'organisme de bienfaisance doit définir ses fins («objets») avec un degré de précision suffisant «pour permettre au ministre d'être convaincu que l'organisme s'occupera d'activités de bienfaisance et y consacrera toutes ses ressources». Dans la plupart des cas, donc, une allégation d'imprécision découle de l'inquiétude que, si les fins poursuivies par l'organisme ne sont pas spécifiées avec suffisamment de clarté, l'œuvre de bienfaisance pourrait consacrer des dépenses à des fins autres que des fins de bienfaisance. Nous avons vu que les fins poursuivies par un organisme de bienfaisance doivent être exclusivement des fins de bienfaisance. Dans *Re Koeppler Will Trusts*, [1986] Ch. 423 (C.A.), à la p. 432, le lord juge Slade a fait état d'une seconde raison, connexe, justifiant l'exigence que les fins poursuivies par un organisme de bienfaisance ne soient pas trop vagues ou incertaines. Comme les tribunaux exercent à l'égard des organismes de bienfaisance un pouvoir de surveillance en *equity*, ils doivent être à même de contrôler l'utilisation que ces organismes font de leurs biens ainsi que les activités qu'ils mènent en se référant aux fins qu'ils poursuivent. Or, cette tâche serait impossible si les fins poursuivies par l'organisme étaient trop vagues ou incertaines: *Baddeley*, précité, à la p. 586 (vicomte Simonds), et aux pp. 598 et 599 (lord Reid).

112 Turning to the present appeal, is the Society's purpose too vague or uncertain to permit it to be registered as a charitable organization? In my view it is not. The purposes of an organization will almost invariably be phrased in broad, general terms. That cannot, of itself, render those words "ambiguous", as Lord Radcliffe indicated in *Institution of Mechanical Engineers v. Cane*, [1961] A.C. 696 (H.L.), at pp. 718-19. One should not aspire to an unrealistic degree of precision in such matters. In *Native Communications Society*, *supra*, at p. 484, Stone J.A. observed of the applicant's purposes that "[i]t is true that they are not drawn with exceptional precision but it is of the nature of corporate objects clauses to be rather broadly phrased". Revenue Canada has long encouraged organizations seeking charitable status to specify

Dans le présent pourvoi, est-ce que la fin poursuivie par l'association est trop vague ou incertaine pour permettre l'enregistrement de celle-ci comme œuvre de bienfaisance? J'estime que non. Les fins poursuivies par un organisme sont invariablement exprimées en termes larges, généraux. Ce fait ne saurait, en soi, rendre les mots employés [TRADUCTION] «ambigus», comme l'a indiqué lord Radcliffe dans *Institution of Meanical Engineers c. Cane*, [1961] A.C. 696 (H.L.), aux pp. 718 et 719. Il ne faut pas viser à un degré de précision irréaliste en ces matières. Dans l'arrêt *Native Communications Society*, précité, à la p. 484, le juge Stone note, à propos des fins poursuivies par l'appelante, qu'«[i]l est vrai qu'elles ne sont pas formulées de façon très précise, mais il est de la nature des articles qui énoncent les objets d'une société d'être

their purposes and activities with as much precision as possible. Yet at the same time, the continuing application of the *ultra vires* doctrine to non-business corporations, which Iacobucci J. acknowledged for this Court in *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, at p. 402, impels non-profit organizations such as the Society to draft their objects clauses as broadly as possible to avoid incurring liability for *ultra vires* acts. The Society, incorporated as it is under the B.C. *Society Act* (along with other organizations incorporated under analogous provincial legislation, or the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, Part II), is thus placed in an extremely awkward position.

rédigés de façon assez vague». Revenu Canada encourage depuis longtemps les organismes sollicitant le statut d'organisme de bienfaisance à exprimer les fins et les activités qu'ils poursuivent avec le plus de précision possible. Mais, en même temps, le fait que la théorie de l'*ultra vires* continue de s'appliquer aux sociétés à but non lucratif, comme l'a reconnu le juge Iacobucci, pour notre Cour, dans *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388, à la p. 402, contraint les organismes à but non lucratif telle l'association à rédiger les clauses énonçant les fins qu'ils poursuivent en termes aussi larges que possible afin d'éviter que leur responsabilité soit engagée en cas d'actes *ultra vires*. Constituée en vertu de la *Society Act* de la Colombie-Britannique (à l'instar d'autres associations constituées sous le régime de lois provinciales analogues ou de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32, partie II), l'association se trouve donc dans une situation extrêmement difficile.

Vagueness and uncertainty are, to a certain degree, in the eye of the beholder. Nonetheless, some objective criteria may be identified. Useful in this regard is a comparison with *D'Aguiar*, *supra*, a leading decision of the Privy Council on appeal from Guyana. At issue was the tax status of a payment made to an organization known as "The Citizens' Advice and Aid Service". The Service's purposes were extremely broad, as is clear from its constitution:

113 Dans une certaine mesure, on peut dire qu'un texte n'est incertain qu'aux yeux de celui qui le lit. Il est néanmoins possible de dégager quelques critères objectifs. Il est utile, à cet égard, de faire une comparaison avec l'affaire *D'Aguiar*, précitée, arrêt de principe du Conseil privé portant sur un appel émanant de la Guyane. La question en litige dans cette affaire était la qualité, du point de vue fiscal, d'un paiement fait par un organisme dénommé «The Citizens' Advice and Aid Service». Les fins poursuivies par cet organisme étaient extrêmement générales, tel qu'il appert de ses statuts:

[TRADUCTION]

2. The aims, functions and objects of the Service are:

(*a*) To provide advice, aid and services on or relating to medical, dental, optical, health, legal, matrimonial, domestic or other social matters;

(*b*) To establish and operate a fund for the assistance of those in need on such terms and conditions as the Central Committee may determine;

2. Les buts, fonctions et objectifs du Service sont les suivants:

a) donner des conseils et fournir de l'aide et des services sur diverses questions sociales, notamment en matière de soins médicaux, de soins dentaires, de soins de la vue et d'hygiène, ou en matières juridiques, matrimoniales ou domestiques;

b) établir et administrer un fonds d'aide aux indigents, suivant les modalités fixées par le Comité central;

(*c*) To encourage thrift and provide savings facilities;

(*d*) To make available to the individual in confidence accurate information and skilled advice on personal problems of daily life;

(*e*) To establish, organize, sponsor or otherwise promote adult education, and technical training of every kind including the explanation of legislation and Government notices and publications;

(*f*) To help the citizen to benefit from and to use wisely the services provided for him by the State;

(*g*) In general to advise the citizen in the many complexities which may beset him; and

(*h*) Generally to do anything to assist the citizen, whether financial or otherwise who makes inquiry of the Service and in any way as may be determined by the Central Committee.

3. The Service shall be independent and free from any political or other bias. It shall endeavour to give advice, instruction and aid to any member of the community who seeks, or applies for it.

114 Lord Wilberforce observed that the Service possessed no single dominant purpose which could be classified as charitable in law, and to which the other objects could be viewed as subsidiary or ancillary. He also held, at p. 33, that the overall object of the Service, the provision of advice to citizens, was "too indefinite and vague to support a finding of charitable purpose". However, as the purposes set out in paragraphs (*a*), (*d*) and (*g*) of clause 2 of the Service's constitution were not charitable, the appeal was dismissed on the ground that the Service's purposes were not exclusively charitable.

115 I consider *D'Aguiar* to be easily distinguishable from the facts of the present appeal. In *D'Aguiar*, paragraphs (*a*), (*d*) and (*g*) of clause 2 outline purposes that are phrased so broadly that they could encompass almost anything. No such problem bedevils the purpose of the Society in the present appeal. As I understand it, Iacobucci J.'s position (though he might not phrase it this way himself) is

c) encourager l'épargne et fournir des facilités à cet égard;

d) offrir confidentiellement aux intéressés de l'information exacte et des conseils spécialisés sur des problèmes personnels de la vie courante;

e) mettre sur pied, organiser, parrainer ou promouvoir de quelque autre façon des mesures d'éducation des adultes et de formation technique de toutes sortes, notamment l'explication des lois et des avis et publications du gouvernement;

f) aider les citoyens à profiter des services publics et à les utiliser à bon escient;

g) de façon générale, conseiller les citoyens sur les nombreuses difficultés qu'ils peuvent rencontrer;

h) de façon générale, apporter, suivant les modalités fixées par le Comité central, toute assistance — financière ou autre — aux citoyens qui s'adressent au Service.

3. Le Service est un organisme indépendant et libre de toute influence, politique ou autre. Il s'efforce de conseiller, renseigner et aider quiconque s'adresse à lui.

Lord Wilberforce note que le Service ne poursuivait aucune fin dominante qui puisse être considérée comme une fin de bienfaisance en droit et au regard de laquelle les autres fins pourraient être considérées comme accessoires. Il a également statué, à la p. 33, que la fin générale poursuivie par le Service, c'est-à-dire conseiller les citoyens, était [TRADUCTION] «trop vague et indéfinie pour permettre de conclure qu'il s'agissait d'une fin de bienfaisance». Toutefois, comme les fins énoncées aux alinéas 2*a*), *d*) et *g*) des statuts du Service n'étaient pas des fins de bienfaisance, le pourvoi a été rejeté pour le motif que les fins poursuivies par le Service n'étaient pas exclusivement des fins de bienfaisance.

J'estime qu'il est facile d'établir une distinction entre les faits du présent pourvoi et l'affaire *D'Aguiar*. Dans *D'Aguiar*, les alinéas 2*a*), *d*) et *g*) énoncent des fins dont le libellé est tellement général qu'elles pourraient englober presque n'importe quoi. La fin poursuivie par l'association en l'espèce ne souffre pas de ce problème. Si j'ai bien compris, la position du juge Iacobucci (quoiqu'il

that although the Society's purpose is charitable, the Society's activities are too vague. Thus, as I see it, the fundamental objection raised by Iacobucci J. is not that the Society's purpose is vague, but rather that it is unclear how its activities relate to its purpose. That is a very different objection than that which rendered the organization at issue in *D'Aguiar* non-charitable. Critically, *D'Aguiar* says nothing whatsoever about the vagueness (or put another way, the lack of "connectedness") of activities.

ne la formulerait peut-être pas en ces termes) est que, bien que la fin poursuivie par l'association soit une fin de bienfaisance, les activités qu'elle mène sont trop vagues. Par conséquent, selon moi, l'objection fondamentale que soulève le juge Iacobucci n'est pas que la fin poursuivie par l'association est vague, mais plutôt que le rapport entre cette fin et les activités de l'association n'est pas clair. Cette objection est bien différente de celle pour laquelle le statut d'organisme de bienfaisance a été refusé à l'organisme en cause dans *D'Aguiar*. Fait crucial, l'arrêt *D'Aguiar* est muet sur la question du caractère vague (ou, autrement dit, du manque de «connexité») des activités.

Ultimately, the basis upon which Iacobucci J. dismisses the Society's appeal on this ground is that it has improperly included two words in a paragraph of its purposes section. My colleague contends that by inserting the words "or conducive" into clause 2(e), the Society places itself outside the scope of legal charity. He says that those two words render the language of (e) so broad as to make it "difficult to discern whether it is a means of fulfilment or an end in itself" (para. 193). I find this argument unconvincing. Some light is shed on the matter by A. B. C. Drache, *Canadian Taxation of Charities and Donations* (loose-leaf), at pp. 1-26 to 1-27, where the author suggests, on the basis of an anecdotal account, that Revenue Canada has recently taken the position that the term "conducive" is too broad. If that is so, I must say that the legal authority for Revenue Canada's position is obscure. I also note that this particular objection was not raised in either oral or written argument before us.

116 En dernière analyse, le fondement invoqué par le juge Iacobucci afin de rejeter le pourvoi de l'association pour ce motif est qu'elle a à tort inséré deux mots dans une des clauses énonçant les fins qu'elle poursuit. Mon collègue affirme que, en insérant les mots «ou propres» dans la clause 2e), l'association s'exclut du champ d'application de la notion d'organisme de bienfaisance en droit. Il dit que ces deux mots rendent le texte de l'alinéa e) tellement général qu'il est «difficile de dire s'il décrit un moyen de réaliser une fin ou une fin en soi» (par. 193). Je ne trouve pas cet argument convaincant. Un certain éclairage est apporté sur ce point par A. B. C. Drache, *Canadian Taxation of Charities and Donations* (feuilles mobiles), aux pp. 1-26 et 1-27, où l'auteur mentionne, à partir d'un compte rendu anecdotique, que Revenu Canada aurait récemment adopté la position que le mot anglais «*conducive*» («propre à») est trop général. Si c'est le cas, je dois dire que le fondement juridique de la position de Revenu Canada est obscur. Je tiens en outre à signaler que cette objection n'a été soulevée ni dans les plaidoiries orales ni dans les mémoires présentés à notre Cour.

That said, I am not persuaded that the argument can succeed even on its merits. To see why, it is useful to reproduce clause 2(e) in full:

117 Cela dit, je ne suis pas convaincu du bien-fondé en soi de cet argument. Afin de bien comprendre pourquoi, il est utile que je reproduise en entier le texte de la clause 2e):

[TRADUCTION]

e. to provide services and to do all such things that are incidental or conducive to the attainment of the

e. offrir des services et faire toutes choses accessoires ou propres à assurer la réalisation des fins énoncées

above stated objects, including the seeking of funds from governments and/or other sources for the implementation of the aforementioned objectives.

118 The plain language of the clause indicates the obvious intent of the drafter to enable the Society to carry out certain activities in furtherance of its purpose. The clause merely provides, as the Society argues, a mechanism by which the Society's main purpose may be achieved. It is self-evident that, despite the status of clause 2(e) as a "purpose" clause, to engage in the activities set out in clause 2(e) is not to pursue an end or purpose in itself. Clause 2(e) merely specifies a means "to the attainment of the above stated objects". My colleague takes the position that incidental and "conducive" have very different meanings, and that while the former implies a subordinate relationship ("having a minor role in relation to"), the latter does not ("contributing or helping [towards]") (*Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995), at pp. 686 and 278). Thus, my colleague argues, at para. 193, that "while doing things that are 'incidental' to the attainment of charitable purposes might safely be treated as a means of fulfilment of the purposes, the same cannot be said of doing things that are merely 'conducive' to those ends". On this view, an activity might be conducive to the Society's main purpose without necessarily being incidental to it.

119 Although I acknowledge the distinction drawn by my colleague, I do not view it as a meaningful one on the facts of the present appeal. First, the argument simply assumes that the "or" is disjunctive rather than conjunctive. This Court demonstrated the futility of such an argument the last time it heard an appeal on the law of charity. In *Jones v. T. Eaton Co.*, *supra*, at p. 641, it was contended that the words "or deserving" in the phrase "needy or deserving" were "so broad and indefinite that they deprive the bequest of its charitable characteristic". The argument did not fare well. The Court interpreted the word "deserving" in its proper context. The result was that the trust at issue was held to be charitable, even if the word

ci-dessus, y compris solliciter des fonds auprès des gouvernements et d'autres sources pour la mise en œuvre des objectifs mentionnés précédemment.

Le langage clair de cette clause indique l'intention manifeste du rédacteur d'habiliter l'association à mener certaines activités tendant à la réalisation de la fin qu'elle poursuit. La clause crée simplement, comme le soutient l'association, un mécanisme permettant de réaliser la fin principale qu'elle poursuit. Il est évident que, même si l'alinéa 2e) est une clause énonçant une «fin», le fait de mener les activités y mentionnées ne revient pas à poursuivre une fin en soi. L'alinéa e) ne fait que préciser un moyen d'«assurer la réalisation des fins énoncées ci-dessus». Mon collègue est d'avis que les mots «accessoires» et «propres» ont un sens très différent et que, alors que le premier implique un lien de subordination («Qui vient avec ou après ce qui est principal, essentiel»), ce n'est pas le cas du second («fait pour») (*Le Nouveau Petit Robert* (1996), aux pp. 14 et 1802). En conséquence, il affirme, au par. 193, que «bien que le fait d'accomplir toutes choses "accessoires" à la réalisation de fins de bienfaisance puisse sans trop de risque d'erreur être assimilé à un moyen de réaliser de telles fins, on ne peut en dire autant de l'accomplissement de toutes choses simplement "propres" à assurer la réalisation de ces fins». Suivant ce point de vue, une activité pourrait être propre à assurer la réalisation de la fin principale de l'association sans nécessairement y être accessoire.

Quoique j'accepte la distinction faite par mon collègue, je ne considère pas qu'elle soit utile au vu des faits du présent pourvoi. Premièrement, cet argument présume simplement que le mot «ou» est disjonctif plutôt que «conjonctif». Notre Cour a démontré la futilité d'un tel argument, la dernière fois qu'elle a entendu un pourvoi touchant le droit relatif aux organismes de bienfaisance. Dans *Jones c. T. Eaton Co.*, précité, à la p. 641, on prétendait que les mots «ou méritants» dans l'expression «nécessiteux ou méritants» était «d'une signification si large et imprécise qu'elle enl[evait] au legs son caractère charitable». Cet argument n'a pas été accepté. La Cour a interprété le mot «méritants» en tenant compte du contexte. La fiducie en cause a

"deserving" might, interpreted abstractly, be amenable to an alternative gloss.

Second, my colleague's argument is answered by this Court's decision in *Guaranty Trust*, *supra*. In that case, one of the purposes of the association at issue, as set out in its Letters Patent, was (at p. 141):

> (g) To do all such other things as are incidental or conducive to the attainment of the above objects. [Emphasis added.]

This language is identical to (and if anything, the full clause itself is broader than) the language contained in clause 2(e) in the present appeal. Yet the phrase "incidental or conducive" did not arouse the attention of either Ritchie J., writing for the majority, or Cartwright J. in dissent, nor indeed, of the Exchequer Court below ([1965] 2 Ex. C.R. 69). One can only speculate as to the reason for the Court's silence, but I am left to conclude that this Court did not address that language in *Guaranty Trust* for the simple reason that the Court considered it to raise no concerns.

Again, though notionally a purpose clause, it must be recalled that what is contemplated by clause 2(e) is the ability to conduct activities, not purposes. As I indicated above, the precise boundary between an activity and a purpose is rather protean, and so one should not expect a bright line to separate them. The key observation is that an organization whose purpose is charitable does not surrender that status merely because it engages in some activities which are not in themselves charitable, so long as those activities are subordinate to, and in furtherance of, the exclusively charitable purpose of the organization. That is the case here. Accordingly, I am not persuaded by my colleague's argument to the contrary.

J. *Should the Common Law Definition of Charity Be Revised?*

été jugée une fiducie de bienfaisance, et ce même si le mot «méritants», considéré abstraitement, eût pu se prêter à une interprétation différente.

120 Deuxièmement, l'argument de mon collègue est réfuté par l'arrêt de notre Cour *Guaranty Trust*, précité. Dans cette affaire, l'une des fins que poursuivait l'association en cause était énoncée ainsi dans ses lettres patentes (à la p. 141):

> [TRADUCTION] g) Faire toutes autres choses accessoires ou propres à assurer la réalisation des fins susmentionnées. [Je souligne.]

Le langage utilisé dans cette clause est identique à celui employé à l'alinéa 2e) en litige dans le présent pourvoi (d'ailleurs le texte complet de cette clause est même plus large que celui de l'alinéa 2e)). Pourtant, les mots «accessoires ou propres» n'ont retenu l'attention ni du juge Ritchie, qui a rendu jugement pour la majorité, ni du juge Cartwright, dissident, non plus, de fait, que celle de la Cour de l'Échiquier ([1965] 2 R.C. de l'É. 69). On ne peut que conjecturer sur la raison du silence de la Cour à cet égard, mais je ne peux qu'en conclure que notre Cour ne s'est pas arrêtée à ces mots dans *Guaranty Trust* pour la raison bien simple qu'elle n'a pas considéré qu'ils soulevaient quelque problème que ce soit.

121 Encore une fois, bien qu'elle soit présentée sous la forme d'une clause énonçant une fin, il faut se rappeler que ce que prévoit la clause 2e) c'est la capacité de poursuivre des activités, et non pas des fins. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la frontière précise entre une fin et une activité est assez mouvante, et il ne faut donc pas s'attendre à trouver une ligne de démarcation nette entre les deux. L'important est de constater qu'un organisme qui poursuit une fin de bienfaisance ne perd pas son statut du seul fait qu'il mène des activités qui ne sont pas elles-mêmes des activités de bienfaisance, dans la mesure où ces activités sont accessoires à cette fin exclusive de bienfaisance et tendent à sa réalisation. C'est le cas en l'espèce. Par conséquent, je ne suis pas persuadé par l'argument de mon collègue à l'effet contraire.

J. *La définition d'organisme de bienfaisance en common law devrait-elle être révisée?*

122 The Society and the interveners invited this Court to modify the existing categorization of charitable purposes set out in *Pemsel* in favour of a broader test. Given my view that the existing *Pemsel* classification scheme is sufficiently flexible to comprehend the Society's claim, and my view that the Society's purpose is charitable within that framework, we need not engage in such an exercise on the facts of this appeal. This is not to suggest that the courts are precluded from recognizing new charitable purposes, or indeed, from revisiting the *Pemsel* classification itself should an appropriate case come before us. The task of modernizing the definition of charity has always fallen to the courts. There is no indication that Parliament has expressed dissatisfaction with this state of affairs, and it is plain that had Parliament wanted to develop a statutory definition of charity, it could have done so. It has not. This leads me to the conclusion that Parliament continues to favour judicial development of the law of charity. Nevertheless, on the facts of the present appeal, no wholesale revision of the law of charity is required.

L'association et les intervenants ont invité notre Cour à modifier la classification existante des fins de bienfaisance établie dans *Pemsel* au profit d'un critère plus général. Comme je suis d'avis que la classification établie dans *Pemsel* est suffisamment souple pour englober la fin poursuivie par l'association, et comme j'estime que cette fin est une fin de bienfaisance suivant ce cadre analytique, nous n'avons pas besoin de donner suite à cette invitation eu égard aux faits du présent pourvoi. Ce qui ne veut pas dire que les tribunaux ne peuvent pas reconnaître de nouvelles fins de bienfaisance ou même réexaminer la classification établie dans *Pemsel* elle-même si un cas qui s'y prête leur est soumis. Il a toujours appartenu aux tribunaux de moderniser la définition d'organisme de bienfaisance. Il n'y a aucune indication que le législateur ait exprimé son insatisfaction quant à l'état actuel des choses, et il est évident que s'il avait voulu élaborer une définition législative d'organisme de bienfaisance, il aurait pu le faire. Mais il ne l'a pas fait. Cela m'amène à conclure que le législateur préfère encore que ce soit les tribunaux qui continuent d'assurer le développement du droit relatif aux organismes de bienfaisance. Néanmoins, compte tenu des faits du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de procéder à une révision globale du droit dans ce domaine.

123 For similar reasons, we need not take a position on the argument advanced by the Society in the Federal Court of Appeal, and by one of the interveners before this Court, that on the facts of this appeal, s. 15 of the *Charter* has been infringed, or that the *ITA* and the common law should be interpreted in accordance with the *Charter*. That the *Charter* is the repository of fundamental values which should be taken into account in the development of the common law is undoubted: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at p. 1169. However, given the grounds on which I would dispose of this appeal, I need not address the possible application of that principle here.

Pour des motifs analogues, nous n'avons pas à nous prononcer sur l'argument avancé par l'association devant la Cour d'appel fédérale et par l'un des intervenants devant notre Cour, et portant que, au vu des faits du présent pourvoi, l'art. 15 de la *Charte* aurait été violé, ou que la *LIR* et la common law devraient être interprétées d'une manière conforme à la *Charte*. Il est incontestable que la *Charte* énonce des valeurs fondamentales qui doivent être prises en compte dans le développement de la common law: *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, à la p. 1169. Toutefois, étant donné les motifs à l'appui de ma conclusion dans le présent pourvoi, je n'ai pas à examiner l'application possible de ce principe en l'espèce.

124 My colleague calls for legislative intervention in the law of charity to rectify certain deficiencies

Mon collègue invite le législateur à intervenir dans le domaine du droit régissant les organismes

(para. 203). I acknowledge those deficiencies, and I agree that legislative intervention on a principled basis, leaving adequate flexibility in the application of the law to respond to changing social needs, would be desirable, particularly in light of a restrictive interpretation of the common law.

My colleague's position, ultimately, is that the Society's appeal fails because its purposes or activities are too vague, or else its activities are insufficiently related to its purposes. Iacobucci J.'s first objection, I emphasize, would not be affected by the expansion of the existing *Pemsel* categories. As my own reasons indicate, I am not persuaded that Revenue Canada's concerns as to the alleged vagueness of the Society's purpose or the "unconnectedness" of its activities are well grounded. I find that the Society's purpose is charitable under both the second and fourth heads of the *Pemsel* scheme. I am satisfied that the Society's activities bear a coherent relationship to, and further, its purpose, which is itself charitable. Iacobucci J.'s second objection stems from his refusal to recognize assisting immigrant women to obtain employment as a charitable purpose under the fourth head. Adopting a new approach to the *Pemsel* scheme might well render this purpose charitable. In my view, however, no such expansion is necessary, because that purpose is already recognized as charitable under the fourth head. Accordingly, Revenue Canada had no basis upon which to refuse to register the Society as a charitable organization, and the Federal Court of Appeal erred in not so finding.

V. Conclusion

For all of the above reasons, I would allow the appeal, with costs.

de bienfaisance afin de pallier certaines lacunes (par. 203). Je reconnais ces lacunes et je conviens qu'une telle intervention, fondée sur des principes et laissant une souplesse suffisante dans l'application du droit pour permettre de répondre à l'évolution des besoins sociaux, serait souhaitable, surtout suite à une interprétation restrictive de la common law.

125 En dernière analyse, la position de mon collègue est que le pourvoi de l'association doit être rejeté parce que ses fins ou activités sont trop vagues, ou parce que ses activités ne se rapportent pas suffisamment aux fins qu'elle poursuit. Je tiens à souligner que la première objection du juge Iacobucci ne serait pas éliminée par l'élargissement des catégories énoncées dans *Pemsel*. Comme l'indiquent mes propres motifs, je ne suis pas convaincu du bien-fondé des inquiétudes de Revenu Canada quant à la prétendue imprécision de la fin poursuivie par l'association, ou le «manque de connexité» entre ses activités et cette fin. J'estime que la fin poursuivie par l'association est une fin de bienfaisance au sens à la fois de la deuxième et de la quatrième catégories établies dans *Pemsel*. Je suis convaincu que les activités de l'association ont un rapport logique avec la fin qu'elle poursuit, qui est une fin de bienfaisance, et qu'elles tendent à sa réalisation. La seconde objection du juge Iacobucci découle de son refus de reconnaître que le fait d'aider les immigrantes à se trouver du travail est une fin de bienfaisance suivant la quatrième catégorie. Adopter une nouvelle approche à l'égard de la classification établie dans *Pemsel* pourrait bien faire de cette fin une fin de bienfaisance. À mon avis, toutefois, un tel élargissement n'est pas nécessaire parce que cette fin est déjà reconnue comme une fin de bienfaisance suivant la quatrième catégorie. En conséquence, Revenu Canada n'était aucunement fondé à refuser d'enregistrer l'association comme œuvre de bienfaisance, et la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en décidant le contraire.

V. La conclusion

126 Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

The judgment of Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

127 Considering that the law of charity in Canada continues to make reference to an English statute enacted almost 400 years ago, I find it not surprising that there have been numerous calls for its reform, both legislative and judicial. This appeal presents an opportunity to reconsider the matter. Not only is this Court invited to consider, for the first time in more than 25 years, the application of the law as it presently exists, but we also face the interesting questions of whether the time for modernization has come, and if so, what form that modernization might take. The answers to these questions will decide the ultimate issue before us: whether the appellant qualifies for registration as a charitable organization under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (formerly R.S.C. 1952, c. 148).

II. Background

128 Division H of Part I of the *Income Tax Act* ("*ITA*") describes persons who are exempt from tax under Part I. Included in this category are, among others, both registered charities and non-profit organizations, each as defined by the *ITA* (s. 149(1)(*f*) and (*l*), respectively). However, a registered charity is in a more advantageous tax position even than most other persons listed in Division H: in addition to the organization being exempt from tax, contributors to the charity are eligible to receive tax credits in respect of the contributions made. Simple non-profit organizations do not enjoy this additional benefit, which is designed to encourage the funding of activities which are generally regarded as being of special benefit to society. That is, the ability of a charitable organization to carry out activities in pursuit of its goals often depends on its ability to attract donations from the public, meaning that the capacity to offer

Version française du jugement des juges Cory, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Compte tenu du fait que le droit relatif aux organismes de bienfaisance au Canada continue de se reporter à une loi britannique édictée il y a près de 400 ans, je ne trouve pas étonnant que la nécessité d'une réforme, tant législative que judiciaire, ait été évoquée à maintes reprises. Le présent pourvoi nous offre l'occasion de réexaminer la question. Non seulement notre Cour est-elle invitée à se pencher, pour la première fois depuis plus de 25 ans, sur l'application de ce droit tel qu'il existe actuellement, mais elle est également appelée à répondre à deux questions intéressantes: Le temps est-il venu de moderniser ce droit? Si oui, quelle forme devrait prendre cette modernisation? La réponse à ces questions décidera le point fondamental en litige: L'appelante remplit-elle les conditions pour être enregistrée à titre d'œuvre de bienfaisance sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.) (auparavant S.R.C. 1952, ch. 148)?

II. Contexte

La section H de la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la «*LIR*») énumère les personnes qui sont exemptées de l'impôt prévu par cette partie. Parmi ces personnes figurent les organismes de bienfaisance enregistrés et les organisations à but non lucratif, qui sont définis par la *LIR* (aux al. 149(1)*f*) et *l*) respectivement). Toutefois, la situation fiscale des organismes de bienfaisance enregistrés est encore plus avantageuse que celle de la plupart des autres personnes énumérées à la section H. En effet, en plus de l'exemption d'impôt dont jouit l'organisme, ceux qui leur font des dons sont admissibles à des crédits d'impôt. Les simples organisations à but non lucratif ne bénéficient pas de cet avantage supplémentaire conçu pour encourager le soutien financier d'activités généralement considérées comme présentant un intérêt spécial pour la société. En d'autres mots, comme la capacité d'une œuvre de bienfaisance d'exercer des

tax benefits to prospective donors can be a major determinant of the success of such an organization.

Against this legal background, it is not surprising that the appellant, the Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women (the "Society") has a strong interest in becoming a registered charity. On May 10, 1993, the Society applied to the Minister of National Revenue (the "Minister") for this designation, as required by s. 248(1) of the *ITA*. A previous application had been denied in 1992, and the Society had amended its constitution in an attempt to conform to the requirements of the *ITA*. Thus, at the time of the second application, the Society's stated purposes were as follows:

2. (a) To educate members of the Community at large, including immigrant & visible minority women, on the needs and concerns of immigrant & visible minority women in Canada;

(b) To foster and promote social awareness and community involvement in civic education, volunteer and membership development and preventive social services;

(c) To facilitate immigrant and visible minority women in achieving economic and social independence and their full potential in Canadian society;

(d) To co-operate and build a network within British Columbia, especially among immigrant and visible minority women and concerned individuals and groups, in order to provide current information and services for the purpose of mutual support;

(e) To provide services and to do all such things that are incidental or conducive to the attainment of the above stated objects, including the seeking of funds from governments and/or other sources for the implementation of the aforementioned objectives.

activités tendant à la réalisation de ses objectifs dépend souvent de sa capacité de susciter des dons de la part de la population, cela signifie que sa capacité d'offrir des avantages fiscaux aux éventuels donateurs peut représenter un facteur déterminant de son succès.

129 Dans ce contexte juridique, il n'est pas étonnant que l'appelante, la Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women (l'«association»), soit fortement intéressée à devenir un organisme de bienfaisance enregistré. Le 10 mai 1993, conformément au par. 248(1) de la *LIR*, l'association a demandé au ministre du Revenu national (le «ministre») de lui reconnaître cette désignation. À la suite du rejet, en 1992, d'une demande antérieure, l'association avait modifié ses statuts dans le but de satisfaire aux exigences de la *LIR*. Ainsi, à la date de la seconde demande, les fins que l'association déclarait poursuivre étaient les suivantes:

[TRADUCTION]

2. a) instruire le grand public, y compris les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible, sur les besoins et les préoccupations des immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible au Canada;

b) favoriser et promouvoir la connaissance et la participation de la collectivité en matière d'éducation civique, de recrutement de bénévoles et de membres ainsi qu'en matière de services sociaux préventifs;

c) aider les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible à devenir autonomes sur les plans social et financier et à se réaliser pleinement dans la société canadienne;

d) coopérer en vue d'établir, en Colombie-Britannique, spécialement parmi les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible ainsi que les individus et les groupes intéressés, un réseau permettant, à des fins d'appui mutuel, de communiquer des renseignements à jour et d'offrir des services;

e) offrir des services et faire toutes choses accessoires ou propres à assurer la réalisation des fins énoncées ci-dessus, y compris solliciter des fonds auprès des gouvernements et d'autres sources pour la mise en œuvre des objectifs mentionnés précédemment.

130 In further support of its application, and as required by Revenue Canada, the Society submitted a Statement of Activities which described its objects as "non-political and charitable", and its activities as providing a "public benefit" through services and workshops "designed to 'relieve poverty' and to 'advance education'". Among such services were "career and vocational counselling . . . where we provide information and assistance in resume writing, interview skills, and dealing with Canadian employers". Also mentioned was an "anti-racism education workshop . . . educating the general public, particularly to teachers and students, about this important issue".

131 In a follow-up telephone call with Revenue Canada on August 24, 1993, an officer of the Society detailed other activities of the organization. Revenue Canada's memorandum detailing this conversation listed the following:

1. Membership

About 300 members from all walks of life seeking employment opportunities and general support for integration into Canadian life.

2. Job Skills Directory

In addition to its own membership, others wishing to be included in the directory are listed, for a total of approx. 600 persons, ranging from those on social assistance to professionals who have been in the country for a few years and wish to re-enter the work force. No percentages available re income level of those listed.

The Society does not arrange interviews for persons listed. Organizations wishing to employ persons send notice to the Society of jobs that are available. While this information may be brought to the attention of individuals with the required skills, it is up to the person to make the contact and seek the job.

Au soutien de sa demande, et pour satisfaire aux exigences de Revenu Canada, l'association a présenté un exposé de ses activités dans lequel elle affirmait poursuivre des fins [TRADUCTION] «de bienfaisance et non politiques», et mener des activités qui servent [TRADUCTION] «l'intérêt du public» en offrant des services et des ateliers [TRADUCTION] «destinés à "soulager la pauvreté" et à "promouvoir l'éducation"». L'association disait offrir notamment des services [TRADUCTION] «d'orientation professionnelle, [. . .] en fournissant de l'information et de l'aide en ce qui concerne la rédaction de curriculum vitæ, la préparation aux entrevues et la façon de traiter avec les employeurs canadiens». Il est également fait état d'un [TRADUCTION] «atelier de sensibilisation à la lutte contre le racisme [. . .] pour renseigner le grand public, en particulier les enseignants et les étudiants, sur cette question importante».

Au cours d'un suivi téléphonique avec Revenu Canada, le 24 août 1993, un dirigeant de l'association a donné des précisions sur d'autres activités de l'association. Le compte rendu de Revenu Canada sur cette conversation énumère les activités suivantes:

[TRADUCTION]

1. Membres

Environ 300 membres de tous les milieux en quête de débouchés et d'appui général pour s'intégrer à la société canadienne.

2. Répertoire de compétences

Outre les membres, y sont inscrites les autres personnes intéressées à y figurer, soit au total environ 600 personnes, bénéficiaires de l'aide sociale ou professionnels qui sont arrivés au pays depuis quelques années et souhaitent réintégrer la population active. Aucun pourcentage n'est fourni quant au niveau de revenu des individus inscrits.

L'association n'organise pas d'entrevues pour les personnes inscrites. Les employeurs qui veulent recruter font parvenir à l'association des offres d'emploi. Bien que cette information soit portée à l'attention des individus possédant les aptitudes requises, il appartient à chaque individu de communiquer avec l'employeur pour solliciter le poste.

The Directory is not circulated in the job market, but its existence is advertised by the Society in EIC, in educational institutions, etc.

3. Job Skills Training

Other than placing volunteer workers as receptionists, clerks, bookkeepers, computer operators, etc. within the Society's operation, no training in various skills is undertaken by the Society.

However, pre-Employment counselling re resumes, conduct of job interviews, where to apply for jobs, etc. is conducted by the Society.

4. Employment Equity and Foreign Credentials Committees

Both are concerned with the matter of recognition of degrees and certifications earned in other countries which are not accepted in Canada. Workshops and meetings with teaching and nursing associations and institutions are held to discuss accreditation of certifications and informing individuals of courses required to bring their qualifications to Canadian standards.

This is strictly an educational process — doesn't involve legislation.

5. ESL Classes — are conducted by Employment & Immigration Canada. The Society refers its people to EIC and advises EIC when a need for the class arises.

6. Support Group for Professionals

Assistance and encouragement is given by professional committee to professional members wishing to enter or re-enter the work force, most often with regard to upgrading their certification to meet Canadian requirements.

. . .

I questioned "preventive social services". She explained such activities as public workshop [*sic*], meetings on matters like abuse, violence vs. women, anti-racism.

L'association ne diffuse pas son répertoire sur le marché de l'emploi, mais en fait connaître l'existence dans les centres d'Emploi et Immigration Canada, les établissements d'enseignement, etc.

3. Formation professionnelle

Aucune formation professionnelle n'est offerte, si ce n'est aux bénévoles assignés, au sein de l'association, à des postes de réceptionnistes, d'employés de bureau, de commis comptables, d'opérateurs sur ordinateur, etc.

Toutefois, l'association offre des services de consultation en ce qui concerne la rédaction de curriculum vitæ, la préparation aux entrevues et les endroits où s'adresser pour demander un emploi, etc.

4. Comité de l'équité en matière d'emploi et Comité d'examen des titres de compétences obtenus à l'étranger

Ces deux comités sont chargés de la question de la reconnaissance des diplômes et certificats qui ont été obtenus à l'étranger et ne sont pas acceptés au Canada. Des ateliers et des réunions avec des associations d'enseignants et d'infirmiers ainsi qu'avec des établissements d'enseignement et de soins infirmiers sont organisés pour discuter de l'agrément des titres de compétences et pour renseigner les individus sur les cours à suivre pour satisfaire aux normes canadiennes.

Il s'agit strictement d'un processus éducatif — ne vise pas la législation.

5. Cours d'anglais langue seconde — donnés par Emploi & Immigration Canada. L'association adresse sa clientèle à EIC et informe EIC lorsque le besoin d'organiser de tels cours se fait sentir.

6. Groupes de soutien à l'intention des professionnels

Un comité composé de professionnels fournit assistance et encouragement aux professionnels membres de l'association qui souhaitent intégrer ou réintégrer la population active; la plupart du temps les activités portent sur l'actualisation de leurs compétences pour satisfaire aux normes canadiennes.

. . .

Je l'ai interrogée sur les «services sociaux préventifs». Elle a expliqué qu'il s'agissait d'activités comme des ateliers publics, des réunions portant sur des sujets comme les mauvais traitements, la violence faite aux femmes, la lutte contre le racisme.

132 In a letter dated August 27, 1993, Revenue Canada raised a number of concerns with respect to the Society's application and indicated that the Society "as presently constituted [was] unlikely to qualify for registration". In general, it stated that the objectives of the Society were too broadly and vaguely worded to be acceptable as charitable purposes, and failed "to specify the charitable means of addressing the particular needs and concerns" of immigrant and visible minority women. It also indicated that the terms "to foster", "to promote", and "to facilitate", as contained in the purposes clause, were generally considered too remote from the actual conduct of a charitable program to constitute actual charitable activity.

Dans une lettre datée du 27 août 1993, Revenu Canada a fait part de certaines réserves à l'égard de la demande de l'association et indiqué que cette dernière [TRADUCTION] «telle qu'elle [était alors] constituée, n'obtiendra[it] vraisemblablement pas l'enregistrement demandé». De façon générale, Revenu Canada affirmait que les objectifs de l'association étaient rédigés en termes trop généraux et trop vagues pour être acceptables en tant que fins de bienfaisance et qu'ils ne [TRADUCTION] «préciss[aient] pas les mesures de bienfaisance prises pour répondre aux besoins et soucis particuliers» des immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible. Revenu Canada a en outre indiqué que les mots [TRADUCTION] «favoriser», «promouvoir» et «aider» employés dans la clause énonçant les fins poursuivies étaient généralement considérés comme trop éloignés de l'exécution concrète d'un programme de bienfaisance pour décrire de véritables activités de bienfaisance.

133 In response, on December 3, 1993, the Society proposed to amend its purposes clause again in order to conform to the required standards. The proposed clause described the Society's purposes as follows:

En réponse à cette lettre, le 3 décembre 1993, l'association a proposé de modifier à nouveau la clause énonçant les fins qu'elle poursuit afin de se conformer aux normes applicables. La nouvelle clause proposée par l'association était rédigée ainsi:

[TRADUCTION]

2. . . .

a. to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant women in order that they may be able to find or obtain employment or self employment;

b. to carry on political activities provided such activities are incidental and ancillary to the above purposes and provided such activities do not include direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office; and

c. to raise funds in order to carry out the above purposes by means of solicitations of funds from governments, corporations and individuals.

2. . . .

a) organiser des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs à l'intention des immigrantes afin qu'elles puissent se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome;

b) mener des activités politiques, dans la mesure où ces activités sont accessoires aux fins énumérées ci-dessus et où elles ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre;

c) recueillir des fonds au moyen de sollicitations auprès des gouvernements, des personnes morales et des particuliers afin de poursuivre les fins décrites ci-dessus.

134 However, Revenu Canada indicated by letter dated January 25, 1994, that the Society was still

Toutefois, dans une lettre datée du 25 janvier 1994, Revenu Canada a indiqué que l'association

unlikely to qualify. It explained that the "educational" purpose described in paragraph (a) "lacks the element of well-rounded, systematic instruction that characterizes education in the charitable sense", given that the presentation of selected items of information orally or in writing to the public did not, in its view, satisfy the requirements of an educational charity: the training of the mind through the learning of a vocational skill or improvement upon a useful branch of human knowledge. Revenue Canada was of the view that the "educational" activities conducted by the Society were primarily information sessions which, although informative and helpful to interested persons, were not carried out in the systematic and structured manner required. Further, paragraphs (b) and (c) did not disclose charitable purposes, and as such could only be acceptable if considered to be ancillary and incidental activities carried on in furtherance of a primary charitable purpose.

n'obtiendrait vraisemblablement pas l'enregistrement demandé. Le ministère a expliqué que la fin «éducative» énoncée à l'alinéa a) [TRADUCTION] «ne correspond pas aux mesures d'instruction bien équilibrées et systématiques qui caractérisent l'éducation dispensée dans une fin de bienfaisance», étant donné que, à son avis, la présentation orale ou écrite au public de renseignements choisis ne respectait pas les exigences applicables aux organismes de bienfaisance poursuivant des fins éducatives: la formation de l'esprit par l'enseignement d'une aptitude professionnelle ou l'amélioration d'une branche utile du savoir humain. Revenu Canada a estimé que les activités «éducatives» menées par l'association étaient principalement des séances d'information qui, bien qu'informatives et utiles aux intéressés, n'étaient pas données de la manière systématique et structurée requise. De plus, les alinéas b) et c) ne révélaient pas des fins de bienfaisance et, de ce fait, ne seraient acceptables que si elles étaient jugées des activités accessoires menées en vue de la réalisation d'une fin de bienfaisance principale.

Notwithstanding this negative feedback, the Society formally changed its purposes clause on May 10, 1994. The amended clause incorporated paragraphs (a), (b), and (c) as set out in the December 3 letter, deleted the former paragraph (d) and retained paragraph (e). The Society advised Revenue Canada of this change on May 20. In further support of its position, it also provided a variety of other material, including a paper entitled "A Study of Immigrant Women in Vancouver", which purported to examine the plight of immigrant women in society as a whole and identified specific difficulties encountered by them in seeking employment in Canada. A letter from another officer of the Society was also sent, stressing that the Society "does not engage in any partisan political activity . . . [and] spends its 'advocacy' energies and dollars in assisting women in employment related activity — specifically giving information on community services, teaching job search techniques, assisting with resume writing, etc.".

En dépit de ces commentaires négatifs, l'association a modifié officiellement la clause de ses statuts énonçant les fins qu'elle poursuit le 10 mai 1994. La nouvelle clause incorporait les alinéas a), b) et c) figurant dans la lettre du 3 décembre, supprimait l'ancien alinéa d) et conservait l'alinéa e). L'association a informé Revenu Canada de cette modification le 20 mai. Au soutien de sa demande, elle a en outre fait parvenir divers documents, dont une étude intitulée «A Study of Immigrant Women in Vancouver», qui traite de la situation difficile des immigrantes dans la société en général et fait état de certains problèmes particuliers auxquels ces dernières font face lorsqu'elles cherchent du travail au Canada. L'association a également fait parvenir une lettre d'un autre de ses dirigeants qui soulignait que l'association [TRADUCTION] «n'exerce aucune activité politique partisane [. . .] [et que] les efforts et les fonds qu'elle consacre à "l'action sociale" vont à aider les femmes dans des activités liées à l'emploi — plus particulièrement en les renseignant sur les services communautaires, en leur enseignant des techniques de recherche d'emploi, en les aidant à rédiger un curriculum vitæ, etc.». 135

136 By letter dated October 14, 1994, Revenue Canada formally rejected the Society's application. It expressed that it was not convinced that the organization was constituted exclusively for charitable purposes, as required for registration under the *ITA*, as it did not devote substantially all its resources to charitable activities. It rejected the Society's attempt to draw an analogy between immigrant and visible minority women and aboriginal Canadians, who had been given special treatment for the purposes of registration as a charity in *Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 471 (C.A.), opining that the special status of aboriginals in Canadian society was not comparable to the position of visible minority women. Further, it reiterated its finding that the Society's programs and activities were not "educational" within the meaning of that term for the purposes of charity law, and also expressed that, to the extent that the Society was apparently created, in whole or in part, for political purposes, it could not be considered a charitable organization for the purposes of the *ITA*. Finally, it explained that, although some of the Society's activities appeared to be charitable, the Society had not established that substantially all of its resources were devoted to charitable activities. On this score, Revenue Canada cited such activities as networking, soliciting job opportunities, and maintaining a job skills directory as non-charitable.

Par une lettre datée du 14 octobre 1994, Revenu Canada a officiellement refusé la demande de l'association. Le ministère a affirmé ne pas être convaincu que l'association était constituée exclusivement à des fins de bienfaisance, selon les conditions d'enregistrement prévues par la *LIR*, car elle ne consacrait pas presque toutes ses ressources à des activités de bienfaisance. Il a rejeté l'analogie que l'association a essayé d'établir entre, d'une part, les femmes immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible et, d'autre part, les autochtones du Canada, auxquels un traitement particulier a été accordé pour les fins de l'enregistrement comme organisme de bienfaisance dans l'arrêt *Native Communications Society of B.C. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 471 (C.A.). Il a exprimé l'avis que la situation spéciale des autochtones au sein de la société canadienne n'était pas comparable à celle des femmes appartenant à une minorité visible. De plus, il a répété sa conclusion que les programmes et activités de l'association n'étaient pas «éducatifs» au sens du droit relatif aux organismes de bienfaisance, et il a également dit que, dans la mesure où l'association a apparemment été créée pour tout ou en partie à des fins politiques, elle ne pouvait pas être considérée comme une œuvre de bienfaisance pour l'application de la *LIR*. Finalement, il a expliqué que, même si certaines activités de l'association semblaient être des activités de bienfaisance, celle-ci n'avait pas fait la preuve qu'elle consacrait presque toutes ses ressources à de telles activités. Sur ce point, Revenu Canada a mentionné que des activités comme le réseautage, la sollicitation d'offres d'emploi et la tenue à jour d'un répertoire de compétences n'étaient pas des activités de bienfaisance.

137 The Federal Court of Appeal dismissed the Society's appeal: 96 D.T.C. 6232. Writing for himself and Linden and Strayer JJ.A., Décary J.A. found that the Society's activities did not come within the well-established divisions of charity as originally set out by Lord Macnaghten in *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.), or the subsequent common-law development of these categories. He found that the activities were consistent neither

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de l'association: 96 D.T.C. 6232. S'exprimant pour lui-même et pour les juges Linden et Strayer, le juge Décary a statué que les activités de l'association n'étaient visées par aucune des catégories bien établies d'organismes de bienfaisance telles qu'elles ont été énoncées à l'origine par lord Macnaghten dans l'arrêt *Commissioners for Special Purposes of the Income Tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.), ou suivant leur évolution ultérieure en common

with the advancement of education nor with benefit to the community in a way which the law regards as charitable. The activities of the Society were "not sufficiently structured and articulated as to respond to the requirements set out by the jurisprudence" for the advancement of education (p. 6233).

As to public benefit, Décary J.A., like Revenue Canada, rejected the analogy to *Native Communications Society*, *supra*, on the basis that aboriginal people "have a distinct constitutional status quite apart from the Charter" (p. 6233). Given that the appropriate question was not "who are those who are most likely to benefit?" but, rather, "do the proposed purposes and activities constitute charitable activities within the ambit of the law of charities?", Décary J.A. could not find that providing a benefit to those, like minority women, who are in a position to invoke *Charter* rights, could in itself make charitable an activity which would not otherwise be so.

In the view of the Federal Court of Appeal, the overriding flaw in the Society's application was that its purposes and activities were so indefinite and vague as to prevent the Minister from determining with any certainty what the activities were, who their intended beneficiaries were, and whether these beneficiaries were truly in need of charity. In other words, the purposes and activities were so vague as potentially to permit the Society's resources to be used for non-charitable purposes: *D'Aguiar v. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31 (P.C.). Thus, in the view of the court, the Society, "in being too many things to too many people has opened the door to purposes beyond the legal definition of 'charity'" (p. 6234).

law. Il a estimé que les activités ne tendaient pas à promouvoir l'éducation et n'étaient pas utiles à la société d'une manière que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance. En ce qui concerne la promotion de l'éducation, les activités de l'association n'étaient «pas suffisamment structuré[e]s et articulé[e]s pour satisfaire aux exigences formulées par la jurisprudence» (p. 6233).

Pour ce qui est de l'élément utilité pour la société, à l'instar de Revenu Canada, le juge Décary a rejeté l'analogie proposée avec l'affaire *Native Communications Society*, précitée, parce que les autochtones «ont un statut constitutionnel distinct, tout à fait à part de la Charte» (p. 6233). Étant donné que la question qu'il convenait de se poser n'était pas de savoir «qui sont les personnes qui en profiteront le plus», mais plutôt de savoir «si les fins et les activités prévues constituent des activités charitables au sens du droit en matière d'organismes de charité», le juge Décary ne pouvait pas conclure que le fait d'offrir un service à ceux qui, comme les femmes appartenant à une minorité, sont en mesure d'invoquer les droits garantis par la *Charte*, pouvait en soi faire une activité de bienfaisance d'une activité qui ne le serait pas autrement. 138

De l'avis de la Cour d'appel fédérale, la lacune fondamentale de la demande de l'association était que ses objets et ses activités étaient indéfinis et vagues au point d'empêcher le ministre de déterminer avec quelque certitude quelles étaient ces activités, qui en étaient les véritables bénéficiaires et si ces bénéficiaires étaient vraiment des personnes ayant besoin de bienfaisance. Autrement dit, les objets et activités étaient si vagues qu'elles étaient susceptibles de permettre que les ressources soient utilisées à d'autres fins qu'à des fins de bienfaisance: *D'Aguiar c. Guyana Commissioner of Inland Revenue*, [1970] T.R. 31 (C.P.). Par conséquent, de l'avis de la Cour d'appel, «en étant trop de choses pour un trop grand nombre de personnes, [l'association] a ouvert la porte à des objets qui n'entrent pas dans la définition juridique de ce qu'est un "organisme de charité"» (p. 6234). 139

III. Relevant Statutory Provisions

140 *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)

149. (1) No tax is payable under this Part on the taxable income of a person for a period when that person was

. . .

(*f*) a registered charity;

149.1 (1) In this section,

"charitable foundation" means a corporation or trust that is constituted and operated exclusively for charitable purposes, no part of the income of which is payable to, or is otherwise available for, the personal benefit of any proprietor, member, shareholder, trustee or settlor thereof, and that is not a charitable organization;

"charitable organization" means an organization, whether or not incorporated,

(*a*) all the resources of which are devoted to charitable activities carried on by the organization itself,

(*b*) no part of the income of which is payable to, or is otherwise available for, the personal benefit of any proprietor, member, shareholder, trustee or settlor thereof,

. . .

(6.1) For the purposes of the definition "charitable foundation" in subsection (1), where a corporation or trust devotes substantially all of its resources to charitable purposes and

(*a*) it devotes part of its resources to political activities,

(*b*) those political activities are ancillary and incidental to its charitable purposes, and

(*c*) those political activities do not include the direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office,

the corporation or trust shall be considered to be constituted and operated for charitable purposes to the extent of that part of its resources so devoted.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.)

149. (1) Aucun impôt n'est payable en vertu de la présente partie, sur le revenu imposable d'une personne, pour la période où cette personne était:

. . .

f) un organisme de bienfaisance enregistré;

149.1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

. . .

«fondation de bienfaisance» Société ou fiducie constituée et administrée exclusivement à des fins de bienfaisance, dont aucun revenu n'est payable à un propriétaire, membre, actionnaire, fiduciaire ou auteur de la fiducie ou de la société ou ne peut par ailleurs être disponible pour servir au profit personnel de ceux-ci, et qui n'est pas une œuvre de bienfaisance.

«œuvre de bienfaisance» Œuvre, constituée ou non en société:

a) dont la totalité des ressources est consacrée à des activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même;

b) dont aucune partie du revenu n'est payable à l'un de ses propriétaires, membres, actionnaires, fiduciaires ou auteurs ni ne peut servir, de quelque façon, à leur profit personnel;

. . .

(6.1) Pour l'application de la définition de «fondation de bienfaisance» au paragraphe (1), la société ou la fiducie qui consacre presque toutes ses ressources à des fins de bienfaisance est considérée comme constituée et administrée exclusivement à des fins de bienfaisance si les conditions suivantes sont réunies:

a) elle consacre la partie restante de ses ressources à des activités politiques;

b) ces activités politiques sont accessoires à ses fins de bienfaisance;

c) ces activités politiques ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre.

(6.2) For the purposes of the definition "charitable organization" in subsection (1), where an organization devotes substantially all of its resources to charitable activities carried on by it and

(*a*) it devotes part of its resources to political activities,

(*b*) those political activities are ancillary and incidental to its charitable activities, and

(*c*) those political activities do not include the direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office,

the organization shall be considered to be devoting that part of its resources to charitable activities carried on by it.

248. (1) In this Act,

"registered charity" at any time means

(*a*) a charitable organization, private foundation or public foundation, within the meanings assigned by subsection 149.1(1), that is resident in Canada and was either created or established in Canada,

that has applied to the Minister in prescribed form for registration and that is at that time registered as a charitable organization, private foundation or public foundation;

(6.2) Pour l'application de la définition de «œuvre de bienfaisance» au paragraphe (1), l'œuvre qui consacre presque toutes ses ressources à des activités de bienfaisance est considérée comme y consacrant la totalité si les conditions suivantes sont réunies:

a) elle consacre la partie restante de ses ressources à des activités politiques;

b) ces activités politiques sont accessoires à ses activités de bienfaisance;

c) ces activités politiques ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre.

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

«organisme de bienfaisance enregistré» L'organisme suivant, qui a présenté au ministre une demande d'enregistrement sur formulaire prescrit et qui est enregistré, au moment considéré, comme œuvre de bienfaisance, comme fondation privée ou comme fondation publique:

a) œuvre de bienfaisance, fondation privée ou fondation publique, au sens du paragraphe 149.1(1), qui réside au Canada et qui y a été constituée ou y est établie;

IV. Issues

Did the Federal Court of Appeal err in law in finding that the Society did not qualify as a charitable organization within the meaning of the *ITA*? Further, if the Society does not qualify under the traditional definition of charity, should a new approach to the law of charity be adopted? If so,

IV. Questions en litige

La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que l'association n'était pas admissible à l'enregistrement comme œuvre de bienfaisance au sens de la *LIR*? De plus, si l'association n'est pas admissible suivant la définition traditionnelle d'organisme de bienfaisance, y a-t-il lieu d'adopter une nouvelle approche à l'égard du droit en la matière? Dans l'affirmative, quelle 141

what form should it take, and can the Society qualify under the new approach?

V. Analysis

A. *Charity Under the Income Tax Act and at Common Law*

142 As I have already explained, s. 248(1) of the *ITA* empowers the Minister to grant registered-charity status to qualified charitable organizations and charitable foundations. To be considered a "charitable organization" for the purposes of the *ITA*, however, an organization must come within the criteria set out in s. 149.1(1), the most significant of which for the purposes of this appeal is that the organization must devote all of its resources to charitable activities.

143 While this may appear, at first glance, to be rather a simple test, it actually poses a number of problems. For one, the *ITA* does not define what is or is not a charitable activity. Rather, it implicitly relies upon the common law for guidance. As Stone J.A. put it in *Positive Action Against Pornography v. M.N.R.*, [1988] 2 F.C. 340 (C.A.), at p. 347:

> . . . the Act appears clearly to envisage a resort to the common law for a definition of "charity" in its legal sense as well as for the principles that should guide us in applying that definition.

144 The common-law definition of "charity" developed in the context of trust law, where a charitable purpose trust is an exception to the general rule that a purpose trust in invalid. Therefore the trust law question focuses on charitable purposes and not charitable activities. The starting point for the determination of whether a purpose is charitable has, for more than a century, been Lord Macnaghten's classification, set out in *Pemsel*,

forme devrait-elle prendre, et l'association serait-elle admissible suivant cette nouvelle approche?

V. Analyse

A. *Les organismes de bienfaisance sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu et en common law*

Comme je l'ai expliqué plus tôt, le par. 248(1) de la *LIR* habilite le ministre à accorder le statut d'organisme de bienfaisance enregistré aux œuvres de bienfaisance et fondations de bienfaisance qui satisfont aux conditions requises. Cependant, pour être reconnue comme «œuvre de bienfaisance» pour l'application de la *LIR*, une association doit respecter les critères énoncés au par. 149.1(1), dont le plus important, pour les fins du présent pourvoi, est la condition suivant laquelle l'organisme doit consacrer la totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance.

Quoique cela puisse sembler à première vue un critère assez simple, il pose en fait certains problèmes. Tout d'abord, la *LIR* ne précise pas ce qu'est ou ce que n'est pas une activité de bienfaisance. Elle s'en remet implicitement aux indications de la common law à cet égard. Comme le dit le juge Stone dans *Positive Action Against Pornography c. M.R.N.*, [1988] 2 C.F. 340 (C.A.), à la p. 347:

> La Loi semble [. . .] clairement envisager le recours à la common law lorsqu'il s'agit de définir l'expression «organisme de charité» dans son sens juridique, et de trouver les principes qui devraient nous guider dans l'application de cette définition.

La définition d'«organisme de bienfaisance» en common law a été élaborée dans le contexte du droit des fiducies, où une fiducie constituée à des fins de bienfaisance est une exception à la règle générale de l'invalidité des fiducies constituées pour une fin donnée. Par conséquent, en droit des fiducies, la question s'attache aux fins de bienfaisance et non aux activités de bienfaisance. Pour déterminer si une fin est une fin de bienfaisance, le point de départ de l'examen est, depuis plus d'un siècle, la classification établie par lord Macnaghten dans l'arrêt *Pemsel*, précité, des fins que la com-

supra, of the purposes the common law had come to recognize as charitable:

"Charity" in its legal sense comprises four principal divisions: trusts for the relief of poverty; trusts for the advancement of education; trusts for the advancement of religion; and trusts for other purposes beneficial to the community, not falling under any of the preceding heads.

Subsequent courts and commentators have held that Lord Macnaghten was adopting Lord Romilly's classification (as counsel) from *Morice v. Bishop of Durham* (1805), 10 Ves. Jun. 522, 32 E.R. 947, at p. 951, on appeal from the decree of the Master of the Rolls (1804), 9 Ves. Jun. 399, 32 E.R. 656, which was:

. . . 1st, relief of the indigent; in various ways: money: provisions: education: medical assistance; &c.: 2dly, the advancement of learning: 3dly, the advancement of religion; and, 4thly, which is the most difficult, the advancement of objects of general public utility.

This classification is generally understood to refer to the preamble of the *Charitable Uses Act, 1601*, 43 Eliz. 1, c. 4, commonly referred to as the *Statute of Elizabeth*, which listed various activities thought to be charitable. The preamble was, as D. W. M. Waters puts it, "the judicial lodestar as to what sort of activities (or trust purposes)" were to be considered charitable: *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 550.

The preamble lists many charitable purposes and is most commonly referred to in its modern English rendition, as it was by Slade J. in *McGovern v. Attorney-General*, [1982] Ch. 321, at p. 332, and adopted on several occasions by the Federal Court of Appeal:

. . . the relief of aged, impotent and poor people[;] maintenance of sick and maimed soldiers and mariners, schools of learning, free schools, and scholars in universities[;] repair of bridges, ports, havens, causeways,

mon law était venue à reconnaître comme des fins de bienfaisance:

[TRADUCTION] Entendu dans son sens juridique, le terme «organisme de bienfaisance» comprend quatre types d'organismes: des fiducies ayant pour but de soulager la pauvreté, des fiducies constituées pour promouvoir l'éducation, des fiducies visant à promouvoir la religion et des fiducies constituées à d'autres fins utiles à la société et ne se situant pas à l'intérieur des catégories susmentionnées.

Par la suite, des tribunaux et commentateurs ont dit que lord Macnaghten avait fait sienne la classification suivante de lord Romilly (à titre d'avocat) dans l'affaire *Morice c. Bishop of Durham* (1805), 10 Ves. Jun. 522, 32 E.R. 947, à la p. 951, en appel de la décision du maître des rôles (1804), 9 Ves. Jun. 399, 32 E.R. 656:

[TRADUCTION] . . . premièrement, le soulagement des indigents, par divers moyens: argent, nourriture, éducation, assistance médicale, etc.; deuxièmement, la promotion de l'éducation; troisièmement, la promotion de la religion; et quatrièmement, catégorie la plus difficile, la promotion de fins d'utilité publique générale.

On estime généralement que cette classification renvoie au préambule de la *Charitable Uses Act 1601*, 43 Eliz. 1, ch. 4, communément appelée *Statute of Elizabeth* (ci-après la «Loi d'Elizabeth»), où étaient énumérées diverses activités considérées comme des activités de bienfaisance. Selon D. W. M. Waters, le préambule a servi de [TRADUCTION] «fil conducteur aux tribunaux quant aux types d'activités (ou de fins fiduciaires)» devant être considérées comme des activités de bienfaisance: *Law of Trusts in Canada* (2e éd. 1984), à la p. 550.

145 Le préambule, où se trouvent énumérées plusieurs fins de bienfaisance, est le plus souvent cité dans la version en anglais moderne qu'en a donnée le juge Slade dans l'arrêt *McGovern c. Attorney-General*, [1982] Ch. 321, à la p. 332, qui a été adoptée à maintes reprises par la Cour d'appel fédérale:

[TRADUCTION] . . . soulager les personnes âgées, les infirmes ou les pauvres[;] pourvoir aux besoins des soldats et des marins malades ou invalides[;] subventionner les établissements scolaires, les écoles gratuites et les

churches, seabanks and highways[;] education and preferment of orphans[;] relief, stock or maintenance for houses of correction[;] marriages of poor maids[;] supportation, aid and help of young tradesmen, handicraftsmen and persons decayed[;] relief or redemption of prisoners or captives, and for aid or ease of any poor inhabitants concerning payments of fifteens, setting out of soldiers and other taxes.

146 However, it is important to recall Lord Macnaghten's understanding of the status of the preamble. In *Pemsel*, *supra*, at p. 581, immediately after his observation that "charity" has a technical meaning and prior to his outline of the four divisions, Lord Macnaghten made the following reference to the *Statute of Elizabeth*:

> Whatever may have been the foundation of the jurisdiction of the Court over [charitable] trusts, and whatever may have been the origin of the title by which these trusts are still known, no one I think who takes the trouble to investigate the question can doubt that the title was recognised and the jurisdiction established before the Act of 43 Eliz. and quite independently of that Act. The object of that statute was merely to provide new machinery for the reformation of abuses in regard to charities. But by a singular construction it was held to authorize certain gifts to charity which otherwise would have been void. And it contained in the preamble a list of charities so varied and comprehensive that it became the practice of the Court to refer to it as a sort of index or chart. At the same time it has never been forgotten that the "objects there enumerated," as Lord Chancellor Cranworth observes (1 D. & J. 79), "are not to be taken as the only objects of charity but are given as instances." [Emphasis added.]

Therefore the court has always had the jurisdiction to decide what is charitable and was never bound by the preamble. Nonetheless, the preamble proved to be a rich source of examples and the law of charities has proceeded by way of analogy to the purposes enumerated in the preamble. Indeed, as Lord Wilberforce observed in *Scottish Burial*

boursiers étudiant dans les universités[;] réparer les ponts, les ports, les havres, la chaussée, les églises, le littoral et les grandes routes[;] faire élever et instruire les orphelins[;] venir en aide aux maisons de correction, leur fournir des provisions ou les subventionner[;] doter les jeunes filles pauvres[;] fournir une aide aux jeunes commerçants, aux artisans et aux personnes ruinées[;] soulager ou délivrer les prisonniers, et aider ou soulager tous les citoyens pauvres relativement au paiement de la taxe d'un quinzième, de l'impôt pour la levée des armées et d'autres taxes.

Toutefois, il importe de rappeler l'opinion de lord Macnaghten quant au statut du préambule. Dans l'arrêt *Pemsel*, précité, à la p. 581, immédiatement après avoir fait observer que l'expression «*charity*» («organisme de bienfaisance») a un sens technique, et avant d'en énumérer les quatre catégories, lord Macnaghten a fait les remarques suivantes concernant la Loi d'Elizabeth:

> [TRADUCTION] Quel qu'ait pu être le fondement de la compétence de la Cour sur les fiducies de [bienfaisance], et quelle que soit l'origine de la désignation encore utilisée à l'égard de ces fiducies, quiconque, je pense, se donne la peine de fouiller la question ne doutera que la désignation a été reconnue et la compétence établie avant la Loi 43 Eliz. et tout à fait indépendamment de cette loi. Cette loi avait simplement pour objet de fournir un nouveau mécanisme permettant de remédier aux abus en matière d'organismes de bienfaisance. Mais, par une interprétation singulière, on a considéré qu'elle autorisait certains dons de bienfaisance qui autrement auraient été nuls. En préambule, figurait une liste d'organismes de bienfaisance si variés et multiples que la Cour en est venue à s'y référer comme à une sorte d'index ou de guide. Parallèlement, on n'a jamais perdu de vue que les «fins y énumérées», comme le souligne le lord chancelier Cranworth [1 D. & J. 79], «ne doivent pas être considérées comme les seules fins de bienfaisance autorisées, mais qu'elles ne sont données qu'à titre d'exemples.» [Je souligne.]

Les tribunaux ont donc toujours eu compétence pour décider en quoi consiste un organisme de bienfaisance et ils n'ont jamais été liés par le préambule. Néanmoins, celui-ci s'est avéré une riche source d'exemples, et le droit relatif aux organismes de bienfaisance s'est développé par voie d'analogies avec les fins y énumérées. En effet, comme l'a fait observer lord Wilberforce dans *Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd.*

Reform and Cremation Society Ltd. v. *Glasgow Corporation*, [1968] A.C. 138 (H.L.), at p. 154:

> . . . it is now accepted that what must be regarded is not the wording of the preamble itself, but the effect of decisions given by the courts as to its scope, decisions which have endeavoured to keep the law as to charities moving according as new social needs arise or old ones become obsolete or satisfied. Lord Macnaghten's grouping of the heads of recognised charity in *Pemsel's* case is one that has proved to be of value and there are many problems which it solves. But three things may be said about it, which its author would surely not have denied: first that, since it is a classification of convenience, there may well be purposes which do not fit neatly into one or other of the headings; secondly, that the words used must not be given the force of a statute to be construed; and thirdly, that the law of charity is a moving subject which may well have evolved even since 1891.

c. Glasgow Corporation, [1968] A.C. 138 (H.L.), à la p. 154:

> [TRADUCTION] . . . il est maintenant reconnu que ce n'est pas le libellé du préambule lui-même qui doit être pris en considération mais l'effet des décisions des tribunaux sur sa portée, décisions qui ont tenté de faire évoluer le droit relatif aux organismes de bienfaisance pour tenir compte de l'apparition de nouveaux besoins sociaux ou du fait que certains besoins ont cessé d'exister ou ont été comblés. Le regroupement des catégories d'organismes de charité reconnus effectué par lord Macnaghten dans *Pemsel* s'est révélé important, et il permet de résoudre bon nombre de problèmes. Mais il se prête à trois commentaires que son auteur n'aurait certainement pas contestés: premièrement, comme il s'agit d'une classification commode, il est bien possible que certaines fins puissent ne pas entrer aisément dans l'une ou l'autre des catégories; deuxièmement, il ne convient pas d'accorder aux mots utilisés la même force qu'à un texte de loi à interpréter; et, troisièmement, le droit en matière d'organismes de bienfaisance est un domaine en constante évolution, qui peut fort bien avoir changé, même depuis 1891.

The Supreme Court of Canada implicitly adopted the *Pemsel* classification in *The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 S.C.R. 76, and explicitly approved of it in *Guaranty Trust Co. of Canada v. Minister of National Revenue*, [1967] S.C.R. 133. However, in *Guaranty Trust* this Court also noted, citing with approval *Verge v. Somerville*, [1924] A.C. 496 (P.C.), at p. 499, that the *Pemsel* scheme is subject to the consideration that the purpose must also be "[f]or the benefit of the community or of an appreciably important class of the community" (p. 141). This language of "benefit of the community" is unfortunate because it creates confusion with the fourth head of charity under the *Pemsel* scheme — trusts for other purposes beneficial to the community. Nonetheless, this other notion of public benefit is different and reflects the general concern that "[t]he essential attribute of a charitable activity is that it seeks the welfare of the public; it is not concerned with the conferment of private advantage": Waters, *supra*, at p. 550. This public character is a requirement that attaches to all the heads of charity, although sometimes the requirement is attenuated under the head of poverty. It is this public quality that I also take Rand J. to be referring to in

147 La Cour suprême du Canada a implicitement adopté la classification établie dans *Pemsel* dans *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76, et elle l'a explicitement approuvé dans *Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue*, [1967] R.C.S. 133. Toutefois, dans ce dernier arrêt, elle a souligné, tout en citant avec approbation l'arrêt *Verge c. Somerville*, [1924] A.C. 496 (C.P.), à la p. 499, que cette classification est assujettie à une réserve, savoir que les fins doivent également servir [TRADUCTION] «l'intérêt de la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance» (p. 141). L'expression «intérêt de la communauté» est malheureuse parce qu'elle crée de la confusion avec la quatrième catégorie d'organismes de bienfaisance de la classification établie dans *Pemsel* — les fiducies constituées à d'autres fins utiles à la société. Cette autre notion d'intérêt du public est différente et reflète la préoccupation générale que [TRADUCTION] «[l]a caractéristique essentielle d'une activité de bienfaisance est qu'elle tend au bien-être de la population; elle ne vise pas à conférer des avantages d'ordre privé»: Waters, *op. cit.*, à la p. 550. Ce caractère public est une condition applicable à toutes les catégories d'organismes de bienfaisance,

Sunny Brae, *supra*, at p. 88, when, after outlining the four classifications of charitable purposes, he stated that "the attributes attaching to all are their voluntariness and, directly or indirectly, their reflex on public welfare".

bien qu'elle soit parfois atténuée dans le cas des organismes œuvrant au soulagement de la pauvreté. C'est à ce caractère public que se référait, selon moi, le juge Rand dans *Sunny Brae*, précité, à la p. 88, lorsque, après avoir exposé les quatre catégories de fins de bienfaisance, il a déclaré que [TRADUCTION] «les attributs qui les caractérisent toutes sont leur caractère bénévole et, directement ou indirectement, leur tendance au bien-être public».

148 The difference between the *Pemsel* classification and this additional notion of being "for the benefit of the community" is perhaps best understood in the following terms. The requirement of being "for the benefit of the community" is a necessary, but not a sufficient, condition for a finding of charity at common law. If it is not present, then the purpose cannot be charitable. However, even if it is present the court must still ask whether the purpose in question has what Professor Waters calls, at p. 550, the "generic character" of charity. This character is discerned by perceiving an analogy with those purposes already found to be charitable at common law, and which are classified for convenience in *Pemsel*. The difference is also often one of focus: the four heads of charity concern what is being provided while the "for the benefit of the community" requirement more often centers on who is the recipient.

La différence entre la classification établie dans *Pemsel* et cette notion additionnelle d'«intérêt de la communauté» est peut-être plus facile à saisir lorsqu'elle est exprimée ainsi: la condition voulant que la fin serve l'«intérêt de la communauté» est une condition nécessaire, mais insuffisante, pour permettre de conclure à l'existence d'une fin de bienfaisance en common law. Si cette condition n'est pas respectée, la fin en cause ne peut alors pas être considérée comme une fin de bienfaisance. Toutefois, même si elle est respectée, les tribunaux doivent en plus se demander si la fin en question possède ce que le professeur Waters appelle, à la p. 550 de son ouvrage, le [TRADUCTION] «caractère générique» de la bienfaisance. On peut discerner la présence de ce caractère en établissant une analogie avec les fins déjà reconnues comme des fins de bienfaisance en common law et qui ont été commodément classifiées dans *Pemsel*. En outre, la différence dépend souvent du point de vue: les quatre catégories de fins de bienfaisance s'attachent à ce qui est fourni, alors que la condition voulant que la fin serve l'«intérêt de la communauté» s'attache plus souvent à l'identité du bénéficiaire.

149 Although the *Pemsel* approach has been applied countless times by Canadian courts, both prior and subsequent to *Guaranty Trust*, its application to the myriad of modern organizations vying to be identified as charitable has often proved a daunting task. There have been repeated calls for the expansion or replacement of the test to reflect more completely the standards and values of modern Canadian society. As Strayer J.A. recently observed in *Human Life International in Canada Inc. v. M.N.R.*, [1998] 3 F.C. 202 (C.A.), at para. 8, the

Même si l'approche préconisée dans *Pemsel* a été appliquée à d'innombrables reprises par les tribunaux canadiens, tant avant qu'après l'arrêt *Guaranty Trust*, son application à la myriade d'organisations modernes qui rivalisent pour l'obtention du statut d'organisme de bienfaisance s'est révélée une tâche extrêmement difficile. Maintes fois, on a demandé l'élargissement ou le remplacement du critère afin qu'il reflète de façon plus complète les normes et les valeurs de la société canadienne moderne. Récemment, dans *Human*

definition of charity "remains . . . an area crying out for clarification through Canadian legislation for the guidance of taxpayers, administrators, and the courts".

Life International in Canada Inc. c. M.R.N., [1998] 3 C.F. 202 (C.A.), au par. 8, le juge Strayer a souligné que la définition d'organisme de bienfaisance «demeure [. . .] un domaine qui a bien besoin d'être précisé dans la législation canadienne pour la gouverne des contribuables, des administrateurs et des tribunaux».

In the absence of legislative reform, Canadian courts must contend with the difficulty of articulating how the law of charities is to keep "moving" in a manner that is consistent with the nature of the common law. As this Court held in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670:

En l'absence de réforme législative, les tribunaux canadiens doivent composer avec la difficulté de veiller à l'«évolution» du droit relatif aux organismes de bienfaisance d'une manière qui soit compatible avec la nature de la common law. Comme a statué notre Cour dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 670: 150

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.

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.

There are thus limits to the law reform that may be undertaken by the judiciary.

Les tribunaux sont donc assujettis à certaines limites en matière de réforme du droit.

Furthermore, given that the present appeal concerns the definition of a charitable organization for the purposes of the *ITA*, it is imperative to preserve the distinction that the *ITA* makes between charitable and non-profit organizations. Non-profit organizations, according to s. 149(1)(*l*), include

Qui plus est, comme le présent pourvoi porte sur la définition d'œuvre de bienfaisance pour l'application de la *LIR*, il est impérieux de préserver la distinction que fait cette loi entre les œuvres de bienfaisance et les organisations à but non lucratif. Aux termes de l'al. 149(1)*l*), sont compris parmi les organisations à but non lucratif: 151

a club, society or association that, in the opinion of the Minister, was not a charity within the meaning assigned by subsection 149.1(1) and that was organized and operated exclusively for social welfare, civic improvement, pleasure or recreation or for any other purpose except profit, no part of the income of which was payable to, or was otherwise available for the personal benefit of, any

un cercle ou une association qui, de l'avis du ministre, n'était pas un organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(l) et qui est constitué et administré uniquement pour s'assurer du bien-être social, des améliorations locales, s'occuper des loisirs ou fournir des divertissements, ou exercer toute autre activité non lucrative, et dont aucun revenu n'était payable à un pro-

proprietor, member or shareholder thereof unless the proprietor, member or shareholder was a club, society or association the primary purpose and function of which was the promotion of amateur athletics in Canada;

Therefore according to the *ITA*, it must be possible to have an organization that is "operated exclusively for social welfare" and is not constituted for private advantage, but which is not a charitable organization. The common law of charities must not be interpreted so as to undermine this distinction between non-profit organizations and charitable organizations.

152 While the definition of "charitable" is one major problem with the standard in s. 149.1(1), it is not the only one. Another is its focus on "charitable activities" rather than purposes. The difficulty is that the character of an activity is at best ambiguous; for example, writing a letter to solicit donations for a dance school might well be considered charitable, but the very same activity might lose its charitable character if the donations were to go to a group disseminating hate literature. In other words, it is really the purpose in furtherance of which an activity is carried out, and not the character of the activity itself, that determines whether or not it is of a charitable nature. Accordingly, this Court held in *Guaranty Trust*, *supra*, that the inquiry must focus not only on the activities of an organization but also on its purposes.

153 Unfortunately, this distinction has often been blurred by judicial opinions which have used the terms "purposes" and "activities" almost interchangeably. Such inadvertent confusion inevitably trickles down to the taxpayer organization, which is left to wonder how best to represent its intentions to Revenue Canada in order to qualify for registration. In fact, as may become clear shortly,

priétaire, un membre ou un actionnaire, ou ne pouvait par ailleurs servir au profit personnel de ceux-ci, sauf si le propriétaire, le membre ou l'actionnaire était un cercle ou une association dont le but premier et la fonction étaient de promouvoir le sport amateur au Canada;

Par conséquent, suivant la *LIR*, il est possible qu'une organisation ne soit pas constituée pour conférer un avantage personnel et soit «administré[e] uniquement pour s'assurer du bien-être social» sans pour autant être une œuvre de bienfaisance. Les règles de la common law en matière d'organismes de bienfaisance ne doivent pas être interprétées d'une manière qui saperait cette distinction entre les organisations à but non lucratif et les œuvres de bienfaisance.

Bien que la définition de «bienfaisance» constitue un problème important pour ce qui est de la norme établie par le par. 149.1(1), ce n'est pas le seul. En effet, l'accent qui est mis sur les «activités de bienfaisance» plutôt que sur les fins en est un autre. La difficulté est que le caractère d'une activité est, au mieux, ambigu. Par exemple, même si la rédaction d'une lettre sollicitant des dons au profit d'une école de danse pourrait bien être considérée comme une activité de bienfaisance, cette même activité pourrait perdre ce caractère si les dons devaient aller à un groupe diffusant de la littérature haineuse. Autrement dit, c'est en réalité la fin pour laquelle une activité est exercée, et non le caractère de l'activité elle-même, qui détermine s'il s'agit d'une activité de bienfaisance. En conséquence, dans l'arrêt *Guaranty Trust*, précité, notre Cour a décidé que l'examen doit porter non seulement sur les activités d'un organisme, mais aussi sur les fins qu'il poursuit.

Malheureusement, cette distinction a souvent été embrouillée par des opinions judiciaires dans lesquelles les mots «fins» et «activités» ont pratiquement été utilisés l'un pour l'autre. Cette confusion involontaire se répercute inévitablement sur l'organisme contribuable, qui en est réduit à se demander quelle est la meilleure façon de présenter ses intentions à Revenu Canada pour satisfaire aux conditions d'enregistrement. En fait, comme cela deviendra plus clair un peu plus loin, l'association

the Society may have suffered exactly this difficulty in drafting its purposes clause.

The final consideration raised by s. 149.1 is that of exclusive charitability. Under subs. (1), the definition of "charitable foundation" includes the requirement that it "is constituted and operated exclusively for charitable purposes" and "charitable organization" means, *inter alia*, an organization "all the resources of which are devoted to charitable activities carried on by the organization itself". The *ITA*, therefore, clearly requires that all of the purposes and activities of the foundation or organization be charitable. In light of the preceding discussion regarding the construal of charitable activities, exclusively charitable activities would be those that directly further charitable purposes and not other, non-charitable, purposes.

The *ITA* does make an exception to this requirement of exclusive charitability in s. 149.1(6.1) and (6.2). Subsection (6.1) reads as follows:

(6.1) For the purposes of the definition "charitable foundation" in subsection (1), where a corporation or trust devotes substantially all of its resources to charitable purposes and

(*a*) it devotes part of its resources to political activities,

(*b*) those political activities are ancillary and incidental to its charitable purposes, and

(*c*) those political activities do not include the direct or indirect support of, or opposition to, any political party or candidate for public office,

the corporation or trust shall be considered to be constituted and operated for charitable purposes to the extent of that part of its resources so devoted.

Subsection (6.2) is identical except that it applies to a "charitable organization" rather than "charitable foundation" and refers to "charitable activities" rather than "charitable purposes". Thus the *ITA*

a peut-être fait face précisément à cette difficulté en rédigeant la clause énonçant les fins qu'elle poursuit.

154 La dernière considération que soulève l'art. 149.1 est celle de l'affectation exclusive des ressources à la bienfaisance. Aux termes du par. (1), la définition de «fondation de bienfaisance» exige que celle-ci soit «constituée et administrée exclusivement à des fins de bienfaisance», et l'expression «œuvre de bienfaisance» s'entend notamment de l'œuvre «dont la totalité des ressources est consacrée à des activités de bienfaisance qu'elle mène elle-même». La *LIR* exige donc clairement que toutes les fins ou les activités de la fondation ou de l'œuvre, selon le cas, soient des fins ou activités de bienfaisance. Compte tenu de l'analyse qui précède concernant l'interprétation d'activités de bienfaisance, seraient des activités exclusivement de bienfaisance celles qui tendent directement à la réalisation de fins de bienfaisance et non d'autres fins n'ayant pas ce caractère.

155 La *LIR* prévoit une exception à cette condition d'affectation exclusive des ressources à la bienfaisance aux par. 149.1(6.1) et (6.2). Le paragraphe (6.1) dit ceci:

(6.1) Pour l'application de la définition de «fondation de bienfaisance» au paragraphe (1), la société ou la fiducie qui consacre presque toutes ses ressources à des fins de bienfaisance est considérée comme constituée et administrée exclusivement à des fins de bienfaisance si les conditions suivantes sont réunies:

a) elle consacre la partie restante de ses ressources à des activités politiques;

b) ces activités politiques sont accessoires à ses fins de bienfaisance;

c) ces activités politiques ne comprennent pas d'activités directes ou indirectes de soutien d'un parti politique ou d'un candidat à une charge publique ou d'opposition à l'un ou à l'autre.

Le paragraphe (6.2) est identique, sauf qu'il s'applique aux «œuvres de bienfaisance» plutôt qu'aux «fondations de bienfaisance», et qu'il parle d'«activités de bienfaisance» plutôt que de «fins de

will accept as charitable an organization/trust/corporation that devotes "substantially all" rather than all of its resources to charitable activities or purposes only when that organization/trust/corporation meets the requirements of subss. (6.1) and (6.2) which refer to political activities. Otherwise, an organization that devotes substantially all of its resources, rather than all, to charitable activities would run afoul of the general requirement of exclusive charitability found in the definitions of "charitable foundation" and "charitable organization" in s. 149.1(1).

156 There is, however, one other exception to this rule. Though they concerned a provision of an Act other than our *ITA*, I believe the words of Denning L.J. in *British Launderers' Research Association v. Borough of Hendon Rating Authority*, [1949] 1 K.B. 462 (C.A.), at pp. 467-68, as adopted by this Court in *Guaranty Trust*, *supra*, at p. 143, are apposite in this instance as well:

> It is not sufficient that the society should be instituted "mainly" or "primarily" or "chiefly" for the purposes of science, literature or the fine arts. It must be instituted "exclusively" for those purposes. The only qualification — which, indeed, is not really a qualification at all — is that other purposes which are merely incidental to the purposes of science and literature or the fine arts, that is, *merely a means to the fulfilment of those purposes*, do not deprive a society of the exemption. Once however, the other purposes cease to be merely incidental but become collateral; that is, cease to be a means to an end, but become an end in themselves; that is, become additional purposes of the society; then, whether they be main or subsidiary, whether they exist jointly with or separately from the purposes of science, literature or the fine arts, the society cannot claim the exemption. [Emphasis added by Ritchie J. in *Guaranty Trust*.]

157 In *Guaranty Trust*, Ritchie J., for the majority, relied on this statement to find that, although a particular purpose was not itself charitable, it was incidental to another, charitable purpose, and was therefore properly to be considered not as an end

bienfaisance». Ainsi, la *LIR* reconnaît comme organisme de bienfaisance une œuvre, une fiducie ou une société qui consacre «presque toutes» — et non toutes — ses ressources à des activités ou à des fins de bienfaisance seulement si cette œuvre, fiducie ou société respecte les conditions des par. (6.1) et (6.2) qui parlent d'activités politiques. Sans cela, un organisme qui consacre presque toutes ses ressources, mais non toutes, à des activités de bienfaisance ne satisferait pas à la condition générale d'affectation exclusive des ressources à la bienfaisance qui figure aux définitions de «fondation de bienfaisance» et d'«œuvre de bienfaisance» au par. 149.1(1).

Il existe toutefois une autre exception à cette règle. Même s'ils portaient sur une disposition d'une autre loi que notre *LIR*, les propos de lord Denning dans *British Launderers' Research Association c. Borough of Hendon Rating Authority*, [1949] 1 K.B. 462 (C.A.), aux pp. 467 et 468, que notre Cour a fait siens dans l'arrêt *Guaranty Trust*, précité, à la p. 143, sont tout aussi pertinents dans le cas présent:

> [TRADUCTION] Il ne suffit pas que l'association soit constituée «principalement», «en premier lieu» ou encore «spécialement» pour promouvoir la science, la littérature ou les beaux-arts. Elle doit être constituée «exclusivement» à ces fins. La seule réserve — qui, de fait, n'en est pas vraiment une — est que d'autres fins qui sont simplement accessoires aux fins relatives à la science, à la littérature et aux beaux-arts, c'est-à-dire *simplement des moyens de réaliser ces fins*, ne privent pas l'association de l'exemption. Toutefois, dès que les autres fins cessent d'être simplement accessoires pour devenir des fins parallèles, autrement dit lorsqu'elles cessent d'être des moyens d'arriver à une fin et deviennent des fins en elles-mêmes; c'est-à-dire lorsqu'elles deviennent des fins additionnelles de l'association; alors, qu'elles soient des fins principales ou accessoires, qu'elles existent conjointement ou séparément de la fin qui consiste à promouvoir la science, la littérature ou les beaux-arts, l'association ne peut pas réclamer l'exemption. [Italiques du juge Ritchie dans *Guaranty Trust*.]

Dans *Guaranty Trust*, le juge Ritchie, pour la majorité, a invoqué ces remarques pour conclure que, même si une fin particulière n'était pas en soi une fin de bienfaisance, elle était accessoire à une autre fin de bienfaisance et devait donc, à juste

in itself, but as a "means of fulfilment" of another purpose, which had already been determined to be charitable. Viewed in this way, it did not vitiate the charitable character of the organization. (See also *Positive Action Against Pornography*, *supra*, at p. 355, where a similar argument was considered and rejected, but only on the facts.)

The chief proposition to be drawn from this holding is that even the pursuit of a purpose which would be non-charitable in itself may not disqualify an organization from being considered charitable if it is pursued only as a means of fulfilment of another, charitable, purpose and not as an end in itself. That is, where the purpose is better construed as an activity in direct furtherance of a charitable purpose, the organization will not fail to qualify as charitable because it described the activity as a purpose.

In conclusion, on the basis of the Canadian jurisprudence, the requirements for registration under s. 248(1) come down to two:

(1) the purposes of the organization must be charitable, and must define the scope of the activities engaged in by the organization; and

(2) all of the organization's resources must be devoted to these activities unless the organization falls within the specific exemptions of s. 149.1(6.1) or (6.2).

In the absence of legislative reform providing guidelines, the best way in which to discern the charitable quality of an organization's purposes is to continue to proceed by way of analogy to those purposes already found to be charitable by the common law, and conveniently classified in *Pemsel*, subject always to the general requirement of providing a benefit to the community, and with an eye to society's current social, moral, and economic context. The task at hand, then, is to con-

titre, être considérée non pas comme une fin en soi, mais comme un «moyen de réaliser» une autre fin, laquelle avait déjà été jugée être une fin de bienfaisance. Considérée sous cet angle, elle n'enlevait pas à l'organisme son caractère de bienfaisance. (Voir aussi l'arrêt *Positive Action Against Pornography*, précité, à la p. 355, où un argument semblable a été étudié et rejeté, mais seulement à la lumière des faits de l'espèce.)

158 La principale proposition qui se dégage de cette conclusion est que même le fait de poursuivre une fin qui n'est pas en soi une fin de bienfaisance peut ne pas avoir pour effet d'empêcher un organisme d'être considéré comme une œuvre de bienfaisance si la fin en question est poursuivie uniquement en tant que moyen de réaliser une autre fin — de bienfaisance celle-là — et non comme une fin en soi. Autrement dit, si la fin s'apparente davantage à une activité menée directement en vue de réaliser une fin de bienfaisance, cela n'empêchera pas l'organisme d'être considéré comme une œuvre de bienfaisance du seul fait qu'il a décrit l'activité comme une fin.

159 En conclusion, suivant la jurisprudence canadienne, il y a deux conditions d'enregistrement pour l'application du par. 248(1):

(1) les fins poursuivies par l'organisme doivent être des fins de bienfaisance, et elles doivent définir le champ des activités menées par l'organisme;

(2) la totalité des ressources de l'organisme doit être consacrée à ces activités, à moins que celui-ci soit visé par les exemptions expressément prévues au par. 149.1(6.1) ou (6.2).

En l'absence de réforme législative donnant des indications à cet égard, le meilleur moyen de déterminer si les fins poursuivies par un organisme possèdent le caractère de bienfaisance requis consiste encore à procéder par voie d'analogie avec les fins qui ont déjà été reconnues comme telles par la common law et commodément classifiées dans *Pemsel*, sous réserve toujours du respect de la condition générale que les fins en question servent l'intérêt de la communauté, et tout en tenant

sider whether the Society, as presently constituted, has met these criteria.

B. *Charitable Purposes*

160 The Society submits that its purposes clause restricts it to activities which qualify as charitable either under the second heading in *Pemsel*, the advancement of education, or the fourth heading, purposes beneficial to the community. However, for the reasons that follow, I cannot accede to this submission. In the end, while it is true that at least some of the Society's purposes contemplate charitable activities, it cannot be said that they restrict the Society to charitable activities alone, even if this was the intention behind the re-drafting of the clause.

(1) Advancement of Education

161 In Canada, "advancement of education" has been given a fairly restricted meaning. As noted by Stone J.A. in *Positive Action Against Pornography*, *supra*, at pp. 348-49, it has generally been limited to the "formal training of the mind" or the "improvement of a useful branch of human knowledge", and even that has been considered an expansion of the traditional view, which admitted only of the former. Relying upon this, Stone J.A. rejected the submission that the distribution of "educational" material regarding the issue of pornography was a charitable activity. As he stated, at p. 349, "the presentation to the public of selected items of information and opinion . . . cannot be regarded as educational in the sense understood by this branch of the law". See also *Interfaith Development Education Association, Burlington v. M.N.R.*, 97 D.T.C. 5424 (F.C.A.), as well as *Briarpatch Inc. v. The Queen*, 96 D.T.C. 6294 (F.C.A.), in which Robertson J.A. relied (at p. 6295) on the following passage from *Maclean Hunter Ltd. v. Deputy Minister of National Reve-*

compte du contexte social, moral et économique de la société au moment concerné. La tâche qui nous incombe est donc de décider si l'association, telle qu'elle est constituée actuellement, satisfait à ces critères.

B. *Les fins de bienfaisance*

L'association soutient que, en vertu de la clause énonçant les fins qu'elle poursuit, elle ne peut exercer que des activités de bienfaisance visées soit par la deuxième catégorie de l'arrêt *Pemsel*, la promotion de l'éducation, soit par la quatrième catégorie, les fins utiles à la société. Toutefois, pour les motifs qui suivent, je ne peux pas accepter cet argument. En dernière analyse, quoiqu'il soit vrai qu'au moins certaines des fins poursuivies par l'association visent des activités de bienfaisance, il est impossible d'affirmer qu'elles limitent l'association à de telles activités, même si c'était là l'intention visée par la modification de la clause.

(1) La promotion de l'éducation

Au Canada, la «promotion de l'éducation» a été interprétée de manière assez restrictive. Comme l'a souligné le juge Stone dans l'arrêt *Positive Action Against Pornography*, précité, aux pp. 348 et 349, elle a été généralement limitée à la «formation classique de l'esprit» et à «l'amélioration d'une branche utile du savoir humain», et même cette définition a été considérée comme un élargissement de l'interprétation traditionnelle, qui n'autorisait que le premier élément mentionné. S'appuyant sur ce qui précède, le juge Stone a rejeté l'argument que la diffusion de documentation «éducative» sur la pornographie constituait une activité de bienfaisance. Selon lui, «la [. . .] présentation au public de renseignements et d'opinions choisis ayant trait à la pornographie [. . .] ne peut être considéré[e] comme étant éducati[ve] au sens où l'entend cette branche du droit» (p. 349). Voir aussi *Interfaith Development Education Association, Burlington c. M.R.N.*, 97 D.T.C. 5424 (C.A.F.), et *Briarpatch Inc. c. La Reine*, 96 D.T.C. 6294 (C.A.F.), où le juge Robertson s'est guidé (à la p. 6295) sur le passage qui suit de l'arrêt *Maclean Hunter Ltd. c. Sous-ministre du Revenu*

nue for Customs and Excise, 88 D.T.C. 6096 (F.C.A.), as a guide:

> [W]hen the word "education" or "educational" is used without qualification, it has reference to a fundamental process of learning which is aimed at preparing either for life in general or for a large purpose such as a particular profession or trade, and is in any event without an immediately utilitarian focus.

Viewed in light of these common-law parameters, the decisions by Revenue Canada and the Federal Court of Appeal to deny registration to the Society under the advancement of education category are neither surprising nor incorrect. Although purpose (a) does contemplate the provision of "educational forums, classes, workshops and seminars", the goal of these programs is clearly "immediately utilitarian": preparing women "to find or obtain employment or self-employment". This does not, in my view, equate to preparation for "life in general" or for a "particular profession or trade".

This conclusion is bolstered, I think, by the nature of the activities which the Society viewed as coming within purpose (a). On the basis of the Society's submissions and follow-up conversations, it was not unreasonable for Revenue Canada to conclude that there was no systematic instructional structure or format to the supposedly educational activities planned by the Society. Indeed, quite apart from the way in which these programs ultimately may have been implemented, it seems that the Society was unable even to show any actual intention to confine its activities to within either the formal training of the mind or the improvement of a useful branch of human knowledge, as those terms have been defined at common law. It is easy to see how information sessions presented on such topics as human rights, employment equity, violence and abuse against women, and how to start a small business, while probably informative and important, would appear to be more in the nature of "the presentation to the pub-

national pour les douanes et l'accise, 88 D.T.C. 6096 (C.A.F.):

> [L]es termes «education» («éducation, études») ou «educational» («éducatif»), lorsqu'ils se trouvent utilisés sans être assortis de précisions, visent un processus fondamental d'acquisition d'habiletés et de connaissances ayant pour objet de préparer une personne soit à la vie en général soit en vue d'un objectif large tel (*sic*) la pratique d'un métier ou d'une profession: l'objet visé, quoi qu'il en soit, n'a pas un caractère utilitaire immédiat.

Considérées sous l'éclairage de ces paramètres 162
de la common law, les décisions de Revenu Canada et de la Cour d'appel fédérale qui ont refusé l'enregistrement de l'association sur le fondement de la catégorie «promotion de l'éducation» ne sont ni étonnantes ni incorrectes. Quoique la fin énoncée à l'alinéa a) envisage l'organisation de «rencontres, d[e] cours, d[']ateliers et d[e] séminaires éducatifs», le but de ces programmes a clairement un «caractère utilitaire immédiat»: préparer les femmes à «se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome». À mon avis, cela n'équivaut pas à préparer des personnes à «la vie en général» ou à «la pratique d'un métier ou d'une profession».

Cette conclusion est, je crois, renforcée par la 163
nature des activités qui, de l'avis de l'association, étaient visées par l'alinéa a). Sur la base des observations de l'association et des conversations de suivi, il n'était pas déraisonnable pour Revenu Canada de conclure que les activités censément éducatives envisagées par l'association n'étaient pas structurées ou présentées de façon systématique. De fait, indépendamment de la manière dont ces programmes ont pu être mis en œuvre concrètement, il semble que l'association a été incapable de prouver avoir quelque intention réelle de limiter ses activités soit à la formation classique de l'esprit, soit à l'amélioration d'une branche utile du savoir humain, suivant le sens donné à ces expressions en common law. Il est facile de voir pourquoi des séances d'information sur des sujets tels que les droits de la personne, l'équité en matière d'emploi, la violence et les mauvais traitements infligés aux femmes ou encore les moyens de lancer une petite entreprise, quoiqu'elles soient probablement

lic of selected items of information and opinion", to borrow the language of Stone J.A. in *Positive Action Against Pornography*, *supra*. Thus, if lacking the quality of systematic instruction must necessarily disqualify an activity from coming within the advancement of education, then the Federal Court of Appeal was justified in finding that the Society's activities were not charitable under this heading, and consequently that the purposes clause, to the extent that it contemplated such activities, did not restrict the Society to charitable activities for the advancement of education.

instructives et importantes, semblent participer davantage de la «présentation au public de renseignements et d'opinions choisis», pour reprendre la formule du juge Stone dans l'arrêt *Positive Action Against Pornography*, précité. En conséquence, si le fait qu'une activité n'a pas le caractère de l'enseignement systématique l'empêche nécessairement de relever de la catégorie «promotion de l'éducation», la Cour d'appel fédérale était justifiée de conclure que les activités de l'association n'étaient pas des activités de bienfaisance visées par cette catégorie et par conséquent que, dans la mesure où elle prévoyait de telles activités, la clause énonçant les fins poursuivies par l'association ne limitait pas celle-ci à des activités de bienfaisance destinées à promouvoir l'éducation.

164 However, while the Federal Court of Appeal may have followed its own jurisprudence, it is not clear to me that this Court should as well. I think that Stone J.A.'s statement that "the presentation to the public of selected items of information" is not educational must be read in light of his conclusions with respect to the fourth head of charity, namely that the material being disseminated exhibited a strong anti-pornography bias. Clearly such biased material, in most cases, would disqualify an organization from the second head of charity without necessitating an inquiry into whether the organization pursued some kind of formal training of the mind, broadly understood.

Toutefois, bien que la Cour d'appel fédérale ait suivi sa propre jurisprudence, il n'est pas évident à mon sens que notre Cour doive faire de même. L'affirmation du juge Stone que la «présentation au public de renseignements [. . .] choisis» n'a pas un caractère éducatif doit être considérée à la lumière de ses conclusions sur la quatrième catégorie d'organismes de bienfaisance, savoir que la documentation diffusée témoignait d'un fort parti pris contre la pornographie. À l'évidence, la diffusion de pareille documentation partiale empêcherait dans la plupart des cas un organisme d'être admissible à l'enregistrement selon la deuxième catégorie d'organismes de bienfaisance sans qu'il soit nécessaire de se demander si l'organisme en cause œuvre de quelque façon que ce soit à la «formation classique de l'esprit» au sens large.

165 I do not endorse Robertson J.A.'s approval, in *Briarpatch*, *supra*, of the definition of "education" found in *Maclean Hunter*, *supra*. *Maclean Hunter* is not a charities case, and was concerned, among other things, with the meaning of the "printed books . . . [used] solely for educational . . . purposes" exemption from sales tax under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 27(1), 29(1) and Sch. III, Part III, s. 3(*a*). The court referred to the plain meaning of "education" to decide this question. However, to find that a purpose falls under the second head of charity, one proceeds by way of analogy to other cases found to

Je ne souscris pas à l'approbation par le juge Robertson, dans *Briarpatch*, précité, de la définition du mot «éducation» donnée dans l'arrêt *Maclean Hunter*, précité. Ce dernier cas n'était pas une affaire d'organismes de bienfaisance: il portait, entre autres choses, sur le sens de l'exemption de taxe de vente accordée à l'égard des «livres imprimés [. . .] servant exclusivement à des fins éducatives» accordée par la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, par. 27(1), 29(1), et annexe III, partie III, al. 3*a*). La cour s'est reportée au sens ordinaire du mot «éducation» pour trancher cette question. Toutefois, pour déterminer si

fall under that head, not by asking whether the purpose would be found to fall within the plain meaning of "education". In other words, the question is what is educational in the way the law of charities uses the term.

For these reasons, I believe that the law regarding the educational head of charity should be modified and in that respect it is worth considering the slightly more expansive approach taken by the English courts. Although Stone J.A. alluded to this in *Positive Action Against Pornography*, the full inclusiveness of this approach certainly did not find its way into Canadian law by virtue either of that judgment or of its progeny. In *Inland Revenue Commissioners v. McMullen*, [1981] A.C. 1, at p. 15, the House of Lords recognized that

> both the legal conception of charity, and within it the educated man's ideas about education, are not static, but moving and changing. Both change with changes in ideas about social values. Both have evolved with the years. In particular in applying the law to contemporary circumstances it is extremely dangerous to forget that thoughts concerning the scope and width of education differed in the past greatly from those which are now generally accepted.

See also *Re Hopkins' Will Trusts*, [1964] 3 All E.R. 46 (Ch. D.), and *Scottish Burial Reform*, *supra*.

This judicial attitude has led, for example, to the characterization as charitable of a trust for the support of an amateur soccer league, on the grounds that it promoted the physical education and development of students as an adjunct to their formal education (*McMullen*), as well as a trust for the promotion of conferences on a wide variety of academic subjects: *Re Koeppler Will Trusts*, [1986] Ch. 423 (C.A.). Even in Canada, the law has occasionally recognized non-traditional educational activities as charitable, such as a summer camp

une fin relève de la deuxième catégorie d'organisme de bienfaisance, on procède par voie d'analogie avec les autres affaires où il a été jugé que la fin en cause relevait de cette catégorie, et non en se demandant si la fin correspond au sens ordinaire du mot «éducation». Autrement dit, il faut se demander ce qui constitue de l'éducation au sens où ce terme est utilisé dans le droit relatif aux organismes de bienfaisance.

166 Pour ces motifs, je crois que le droit concernant la catégorie d'organismes de bienfaisance œuvrant à la «promotion de l'éducation» devrait être modifié et que, à cet égard, il vaut la peine d'examiner l'approche un peu plus libérale adoptée par les tribunaux anglais. Bien que le juge Stone y ait fait allusion dans l'arrêt *Positive Action Against Pornography*, le caractère extensible de cette approche n'est certes pas entré dans le droit canadien, que ce soit sous l'effet de ce jugement ou de ceux qui s'en sont inspirés. Dans *Inland Revenue Commissioners c. McMullen*, [1981] A.C. 1, à la p. 15, la Chambre des lords a reconnu que

> [TRADUCTION] tant la conception juridique de la bienfaisance que, à l'intérieur de celle-ci, les idées des gens instruits sur l'éducation ne sont pas immuables, mais changent. Elles changent en même temps que changent les idées sur les valeurs sociales. Elles évoluent au fil des ans. S'agissant en particulier d'appliquer le droit aux circonstances d'aujourd'hui, il est très dangereux d'oublier que les opinions qui avaient cours autrefois sur l'étendue de l'éducation différaient grandement de celles qui sont généralement acceptées aujourd'hui.

Voir aussi *Re Hopkins' Will Trusts*, [1964] 3 All E.R. 46 (Ch. D.), et *Scottish Burial Reform*, précité.

167 Cette attitude des tribunaux les a amenés, par exemple, à conclure qu'une fiducie établie pour soutenir une ligue de soccer amateur était une œuvre de bienfaisance parce qu'elle encourageait l'éducation et le développement physiques des élèves en tant qu'activité complémentaire de leur éducation formelle (*McMullen*), tout comme l'était une fiducie établie pour aider à la tenue de conférences sur un large éventail de matières théoriques: *Re Koeppler Will Trusts*, [1986] Ch. 423 (C.A.). Même au Canada, le droit a parfois reconnu des

where children were taught about their heritage and ancestral culture: *Re Societa Unita and Town of Gravenhurst* (1977), 16 O.R. (2d) 785 (H.C.), aff'd (1978), 6 M.P.L.R. 172 (Ont. Div. Ct.).

168 In my view, there is much to be gained by adopting a more inclusive approach to education for the purposes of the law of charity. Indeed, compared to the English approach, the limited Canadian definition of education as the "formal training of the mind" or the "improvement of a useful branch of human knowledge" seems unduly restrictive. There seems no logical or principled reason why the advancement of education should not be interpreted to include more informal training initiatives, aimed at teaching necessary life skills or providing information toward a practical end, so long as these are truly geared at the training of the mind and not just the promotion of a particular point of view. Notwithstanding the limitations posed by the existing jurisprudence, to adopt such an approach would amount to no more than the type of incremental change to the common law of which this Court has approved in such decisions as *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, and *Salituro*, *supra*.

169 To limit the notion of "training of the mind" to structured, systematic instruction or traditional academic subjects reflects an outmoded and under inclusive understanding of education which is of little use in modern Canadian society. As I said earlier, the purpose of offering certain benefits to charitable organizations is to promote activities which are seen as being of special benefit to the community, or advancing a common good. In the case of education, the good advanced is knowledge or training. Thus, so long as information or training is provided in a structured manner and for a genuinely educational purpose — that is, to advance the knowledge or abilities of the recipients — and not solely to promote a particular point

activités éducatives non traditionnelles telles que des camps d'été où les enfants recevaient un enseignement sur leur héritage et la culture de leurs ancêtres: *Re Societa Unita and Town of Gravenhurst* (1977), 16 O.R. (2d) 785 (H.C.), conf. par (1978), 6 M.P.L.R. 172 (C. div. Ont.)

Je suis d'avis qu'il y a beaucoup à gagner à adopter une approche plus extensive à l'égard de la notion d'éducation pour l'application du droit relatif aux organismes de bienfaisance. De fait, en comparaison avec l'approche retenue en Angleterre, la définition limitée appliquée à l'éducation au Canada, savoir la «formation classique de l'esprit» et l'«amélioration d'une branche utile du savoir humain», semble excessivement restrictive. Il ne semble pas exister de raison logique ou fondée sur des principes justifiant de ne pas interpréter la promotion de l'éducation de manière à inclure des moyens de formation moins traditionnels, destinés à enseigner des connaissances de base nécessaires à la vie de tous les jours ou la communication de renseignements pratiques, dans la mesure où ces moyens visent réellement à former l'esprit et non seulement à promouvoir un point de vue particulier. Malgré les limitations fixées par la jurisprudence existante, l'adoption d'une telle approche représenterait tout au plus le type de changement progressif de la common law que notre Cour a approuvé dans des arrêts comme *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, et *Salituro*, précité.

Le fait de limiter la notion de «formation de l'esprit» à l'enseignement structuré et systématique, ou aux matières théoriques traditionnelles, reflète une conception démodée et trop limitative de l'éducation, qui est peu utile dans la société canadienne moderne. Comme je l'ai dit plus tôt, la fin poursuivie en accordant certains avantages aux œuvres de bienfaisance est d'encourager la tenue d'activités qui sont considérées comme ayant un intérêt spécial pour la communauté ou servant un intérêt commun. Dans le cas de l'éducation, l'intérêt commun est la connaissance ou la formation. En conséquence, dans la mesure où l'information ou la formation est donnée d'une manière structurée et dans une fin véritablement éducative —

of view or political orientation, it may properly be viewed as falling within the advancement of education.

As the Ontario Law Reform Commission pointed out in its 1996 *Report on the Law of Charities*, knowledge can take many forms. It can be theoretical or practical, speculative or technical, scientific or moral. Moreover, it can be sought in many different ways, and for many different reasons, whether for its own sake or as a means to an end. Viewed in this way, there is no good reason why non-traditional activities such as workshops, seminars, self-study, and the like should not be included alongside traditional, classroom-type instruction in a modern definition of "education". Similarly, there is no reason to exclude education aimed at advancing a specific, practical end. In terms of encouraging activities which are of special benefit to the community, which is the ultimate policy reason for offering tax benefits to charitable organizations, there is nothing to be gained, and much to be lost, by arbitrarily denying benefits to organizations devoted to advancing various types of useful knowledge.

That is not to say that education should be broadened beyond recognition, however. Even while advocating a more inclusive approach to education, the Ontario Law Reform Commission also cautioned against treating as educational those activities which, although they advance legitimate goods, do not include any actual teaching or learning component. The concern is that, in certain cases, activities which fit awkwardly with the concept of education — such as, for example, a trust to assist the publication of unknown authors — seem to have been accorded charitable status under that category nonetheless, mainly because they did not fall within any of the other categories. I would

c'est-à-dire l'amélioration des connaissances ou des aptitudes des bénéficiaires — et non seulement dans le but de promouvoir un point de vue particulier ou une orientation politique donnée, l'information ou la formation peut à bon droit être considérée comme relevant de la promotion de l'éducation.

Comme l'a souligné la Commission de réforme 170
du droit de l'Ontario dans son *Report on the Law of Charities* de 1996, le savoir peut prendre bien des formes. Il peut être théorique ou pratique, spéculatif ou technique, scientifique ou moral. De plus, on peut souhaiter l'acquérir de bien des manières et pour toutes sortes de raisons, qu'on recherche le savoir pour le savoir ou encore comme moyen d'arriver à une fin. Dans cette optique, aucun motif valable ne s'oppose à ce que des activités non traditionnelles tels les ateliers, les séminaires, l'autoformation et autres mesures du genre soient comprises dans la définition moderne d'«éducation» au même titre que l'enseignement traditionnel en salle de classe. De même, il n'y a aucune raison d'exclure une mesure d'éducation visant à l'avancement d'un objectif pratique précis. Si l'on veut encourager des activités qui présentent un intérêt spécial pour la communauté, ce qui est en définitive la raison qui sous-tend l'octroi d'avantages fiscaux aux œuvres de bienfaisance, on a beaucoup à perdre et rien à gagner à refuser arbitrairement des avantages à des organismes qui se consacrent à promouvoir divers types de connaissances utiles.

Ceci ne veut pas dire, toutefois, qu'il faut élargir 171
la notion d'éducation au point de la rendre méconnaissable. Même si elle préconise une interprétation plus extensive de cette notion, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a toutefois fait une mise en garde contre le fait de qualifier d'éducatives des activités qui, encore qu'elles servent des intérêts légitimes, ne comportent ni enseignement véritable ni acquisition de connaissances. La raison en est que, dans certains cas, des activités qui cadrent mal avec la notion d'éducation — par exemple, une fiducie établie pour aider à la publication d'auteurs inconnus — semblent néanmoins s'être vu reconnaître le statut d'activités de bien-

agree with that caution. To my mind, the threshold criterion for an educational activity must be some legitimate, targeted attempt at educating others, whether through formal or informal instruction, training, plans of self-study, or otherwise. Simply providing an opportunity for people to educate themselves, such as by making available materials with which this might be accomplished but need not be, is not enough. Neither is "educating" people about a particular point of view in a manner that might more aptly be described as persuasion or indoctrination. On the other hand, formal or traditional classroom instruction should not be a prerequisite, either. The point to be emphasized is that, in appropriate circumstances, an informal workshop or seminar on a certain practical topic or skill can be just as informative and educational as a course of classroom instruction in a traditional academic subject. The law ought to accommodate any legitimate form of education.

faisance au titre de cette catégorie, principalement parce qu'elles n'entraient dans aucune autre. Je souscris à cette mise en garde. J'estime que le critère minimal qui doit être respecté pour qu'une activité puisse être qualifiée d'éducative est la présence d'efforts légitimes et ciblés d'éducation d'autrui, soit par un enseignement traditionnel ou non, soit par des activités de formation ou encore par des programmes d'autoformation ou d'autres types de mesures. Le simple fait de donner aux gens la possibilité de s'instruire, par exemple en mettant à leur disposition de la documentation utile à cette fin mais non indispensable, ne suffit pas. Il ne suffit pas non plus d'«éduquer» les gens au sujet d'un point de vue particulier par des méthodes qu'il serait peut-être plus juste de qualifier de persuasion ou d'endoctrinement. En revanche, l'enseignement scolaire traditionnel ne doit pas non plus être un préalable. Ce qu'il faut bien comprendre c'est que, dans des circonstances appropriées, un atelier ou séminaire — même de type non scolaire — sur une matière ou une aptitude pratique donnée peut être tout aussi informatif et éducatif qu'un cours suivi en salle de classe et portant sur une matière scolaire traditionnelle. Le droit devrait faire une place à toute forme légitime d'éducation.

172 A further concern is that once we allow education to be directed toward a practical end and not just the "formal training of the mind" or the "improvement of a useful branch of human knowledge", at some point education ceases to be an end in itself and is better characterized as an activity directed toward an end that must be independently determined to be charitable. However, education is unique in that it can be characterized both as an activity in furtherance of some specific end and as an activity that provides transferable skills and knowledge that enable one to continue to learn new things throughout one's life. In this way, education is an end in itself even when it also has an instrumental character. There may be situations in which education cannot be said to have this dual aspect, and so ceases to be an end in itself, but

Un autre problème est que si nous acceptons que l'éducation puisse viser un objectif pratique et non simplement la «formation classique de l'esprit» ou l'«amélioration d'une branche utile du savoir humain», elle cessera à partir d'un certain point d'être une fin en soi pour s'apparenter davantage à une activité visant une fin dont il faut déterminer, de façon indépendante, s'il s'agit d'une fin de bienfaisance. Toutefois, l'éducation a quelque chose d'unique en ce qu'elle peut être qualifiée à la fois d'activité menée dans la poursuite de quelque fin déterminée et d'activité de transmission d'aptitudes et de connaissances permettant aux individus de continuer à apprendre durant toute leur vie. À cet égard, l'éducation est une fin en soi même si elle revêt également un caractère instrumental. Il peut exister des situations où il serait impossible d'affirmer que l'éducation ne présente pas cette dualité et donc qu'elle cesse d'être une fin en soi, mais pareilles situations sont

such situations are likely rare and certainly do not include the case at bar.

In summary, then, I reiterate my view that purpose (a), the primary purpose of the Society, would not qualify as charitable under the traditional approach to education, as it seems to lack the element of systematic instruction that is required by the existing Canadian jurisprudence in this area. However, given the commitment "to provide educational forums, classes, workshops and seminars" to enable the Society's constituents "to find or obtain employment", it would be charitable under the more expansive definition of education I have proposed. That is, the purpose is to train the minds of immigrant women in certain important life skills, with a specific end in mind: equipping them to find and secure employment in Canada. I find that this is indeed a valid charitable purpose. Moreover, certain activities carried out in furtherance of this purpose, such as the provision of the educational programs contemplated by the purposes clause, are undoubtedly charitable within this expanded definition, whether or not they have the quality of systematic instruction traditionally associated with education in the charitable sense.

Even if the purpose is charitable under the second head of the *Pemsel* classification, it must still satisfy the requirement that it benefit "the community or . . . an appreciably important class of the community". This requirement, in the context of education, has been held to mean that the class must be substantial, or at least not so small that there is no benefit to the community as a whole, and the benefits cannot be provided exclusively to a particular class of private individuals, defined only by their personal relationships to the organization or their creed: *Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co.*, [1951] A.C. 297 (H.L.); see also *Tudor on Charities* (8th ed. 1995), at pp. 60-62. I must say that there is no doubt in my mind that the fact that the class of beneficiaries is lim-

probablement rares et la présente espèce n'en est certes pas une.

En résumé, donc, je répète qu'à mon sens la fin énoncée à l'alinéa a), savoir la fin principale poursuivie par l'association, n'est pas une fin de bienfaisance selon l'approche traditionnelle en matière d'éducation, car elle semble dépourvue de l'aspect enseignement systématique exigé par la jurisprudence canadienne dans ce domaine. Toutefois, compte tenu de l'engagement d'«organiser des rencontres, des cours, des ateliers et des séminaires éducatifs» à l'intention des personnes visées, afin qu'elles puissent se trouver du travail comme salarié ou travailleur autonome, cette fin serait une fin de bienfaisance suivant la définition plus large de l'éducation que je propose. Autrement dit, la fin consiste à former l'esprit des immigrantes en leur enseignant certaines connaissances de base importantes, et ce dans un but bien précis: les préparer à trouver et conserver un emploi au Canada. J'estime qu'il s'agit vraiment d'une fin de bienfaisance valide. De plus, certaines activités menées dans la poursuite de cette fin, telles que la mise sur pied des programmes éducatifs envisagés par la clause énonçant les fins poursuivies, sont certainement des activités de bienfaisance au sens de cette définition élargie, qu'elles présentent ou non le caractère d'enseignement systématique traditionnellement associé à l'éducation en matière de bienfaisance. 173

Même s'il s'agit d'une fin de bienfaisance relevant de la deuxième catégorie de la classification établie dans *Pemsel*, cette fin doit satisfaire la condition suivante: servir l'intérêt de «la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance». En matière d'éducation, cette condition a été interprétée comme signifiant que le groupe doit être considérable, ou du moins ne pas être tellement restreint qu'aucun bienfait n'en résulte pour l'ensemble de la société, et les bienfaits ne peuvent pas être accordés exclusivement à un groupe particulier d'individus, définis seulement par leur rapports personnels avec l'organisme ou par leur croyance: *Oppenheim c. Tobacco Securities Trust Co.*, [1951] A.C. 297 (H.L.); voir aussi *Tudor on Charities* (8e éd. 1995), aux pp. 60 à 62. Je dois dire qu'il ne 174

ited to immigrant and visible minority women would pose no problem to the Society's application.

(2) Fourth Head of Charity: Public Benefit

175 In *Native Communications Society*, *supra*, at pp. 479-80, the Federal Court of Appeal set out certain "necessary preliminaries" for the determination of a charitable purpose under the fourth category of Lord Macnaghten's formulation. As Stone J.A. put it, the purpose must be beneficial to the community "in a way which the law regards as charitable" by coming within the "spirit and intendment" of the preamble to the *Statute of Elizabeth* if not within its letter, and whether a purpose would or may operate for the public benefit is to be answered by the court on the basis of the record before it and in exercise of its equitable jurisdiction in matters of charity.

176 In other words, more is required than simple "public benefit", in the ordinary sense of that term, to bring a purpose within the fourth head of *Pemsel*. In *Positive Action Against Pornography*, *supra*, at p. 352, Stone J.A. stressed that the task of the court under this heading is relatively narrow; it is not called upon "to decide what is beneficial to the community in a loose sense, but only what is beneficial in a way the law regards as charitable" (emphasis added). Thus, it is not sufficient to assert, as the Society has, that, by helping immigrant and visible minority women to obtain employment, it creates a "level playing field", which is in the public benefit because it is "in the public interest of immigrants and in fact of all Canadians that immigrants obtain employment as quickly as possible". Rather than laying claim to public benefit only in a loose or popular sense, it is incumbent upon the Society to explain just how its

fait aucun doute dans mon esprit que le fait que le groupe de bénéficiaires se limite aux immigrantes et aux femmes appartenant à une minorité visible ne nuirait en rien à la demande de l'association.

(2) La quatrième catégorie de fins de bienfaisance: les fins servant l'intérêt du public

Dans l'arrêt *Native Communications Society*, précité, aux pp. 479 et 480, la Cour d'appel fédérale a énoncé certaines «conditions préalables» pour déterminer si une fin particulière peut être considérée comme une fin de bienfaisance visée par la quatrième catégorie de la classification de lord Macnaghten. Pour reprendre les propos du juge Stone, la fin doit être utile à la société «d'une façon que la loi considère comme charitable» en étant conforme à «l'esprit» du préambule de la Loi d'Elizabeth, si ce n'est à sa lettre, et c'est en se fondant sur le dossier dont elle dispose et en exerçant sa compétence en *equity* en matière d'organismes de bienfaisance que la cour doit déterminer si une fin servirait ou pourrait servir l'intérêt du public.

Autrement dit, le seul «intérêt du public», au sens ordinaire de cette expression, ne suffit pas pour qu'une fin relève de la quatrième catégorie énoncée dans *Pemsel*. Dans *Positive Action Against Pornography*, précité, à la p. 352, le juge Stone a souligné que la tâche de la cour dans l'application de cette catégorie est relativement limitée; elle n'a pas à décider «ce qui est utile à la collectivité dans un sens large, mais simplement ce qui lui est utile d'une façon à laquelle la loi reconnaît un caractère charitable» (je souligne). Par conséquent, il ne suffit pas d'affirmer, comme l'a fait l'association, qu'en aidant les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible à trouver du travail, elle rend les [TRADUCTION] «règles du jeu équitables», et sert ainsi l'intérêt du public, parce qu'il est dans [TRADUCTION] «l'intérêt des immigrantes et, de fait, de tous les Canadiens, que les premières trouvent du travail le plus rapidement possible». Plutôt que d'invoquer seulement l'intérêt du public dans un sens large ou commun, l'association doit expliquer en quoi au juste les fins qu'elle poursuit sont utiles d'une façon que le

purposes are beneficial in a way the law regards as charitable.

In *D'Aguiar*, *supra*, it was recognized that the guidance provided by the common law in this area is not particularly clear. I agree. The requirement that the purposes benefit the community "in a way the law regards as charitable" is obviously circular, and the various examples enumerated in the preamble to the *Statute of Elizabeth* seem to lack a common character or thread on which to base any coherent argument from analogy. That notwithstanding, however, the Privy Council in that case set out what is in my view a useful approach to the assessment of an organization's purposes under the fourth head (at p. 33):

> [The Court] must first consider the trend of those decisions which have established certain objects as charitable under this heading, and ask whether, by reasonable extension or analogy, the instant case may be considered to be in line with these. Secondly, it must examine certain accepted anomalies to see whether they fairly cover the objects under consideration. Thirdly — and this is really a cross-check upon the others — it must ask whether, consistently with the objects declared, the income and property in question can be applied for purposes clearly falling outside the scope of charity; if so, the argument for charity must fail.

To this I would add the general requirement, outlined in *Verge v. Somerville*, *supra*, at p. 499, that the purpose must also be "for the benefit of the community or of an appreciably important class of the community" rather than for private advantage.

In considering these requirements, then, it is first necessary to determine what "trend", if any, can be discerned from previous decisions under the fourth head. My colleague, Gonthier J., reasons, at para. 95, that there is a line of cases recognizing that "immigrants are often in special need of assistance in their efforts to integrate into their new

droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance.

Dans *D'Aguiar*, précité, on a reconnu que les 177
indications de la common law dans ce domaine n'étaient pas particulièrement claires. Je suis d'accord avec cette affirmation. La condition voulant que les fins soient utiles à la société «d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance» est de toute évidence circulaire, et les exemples énumérés dans le préambule de la Loi d'Elizabeth semblent dépourvus de tout dénominateur ou fil commun susceptible d'étayer une argumentation par analogie qui soit cohérente. Malgré cela, toutefois, le Conseil privé a énoncé dans cette affaire ce qui est à mon sens une méthode utile d'appréciation, au regard de la quatrième catégorie, des fins poursuivies par un organisme (à la p. 33):

> [TRADUCTION] Premièrement, [le tribunal] doit considérer la tendance qui se dégage des décisions qui ont reconnu certaines fins comme étant des fins de bienfaisance au sens de la quatrième catégorie et se demander si, par extension ou analogie raisonnable, le cas à l'étude est semblable aux précédents. Deuxièmement, il doit examiner certaines anomalies acceptées pour voir si elles couvrent les fins en cause. Troisièmement, — et c'est vraiment un contrôle par recoupement des autres — il doit se demander si, en conformité avec les fins déclarées, le revenu et les biens en question peuvent être affectés à des fins clairement étrangères à la notion de bienfaisance; dans l'affirmative, l'argument qu'il s'agit de fins de bienfaisance ne peut être retenu.

À cela, j'ajouterais la condition générale, énoncée dans l'arrêt *Verge c. Somerville*, précité, à la p. 499, que la fin doit également servir «l'intérêt de la communauté ou d'un groupe d'une certaine importance» plutôt que des intérêts privés.

Dans l'examen de ces conditions, il faut donc 178
premièrement décider quelle est, le cas échéant, la «tendance» qui se dégage des décisions antérieures sur la quatrième catégorie. Au paragraphe 95, mon collègue le juge Gonthier fait valoir qu'il existe un courant jurisprudentiel reconnaissant que «les immigrants ont souvent un besoin particulier d'as-

home". Helping immigrant women obtain employment would therefore be included within this purpose. With respect, I disagree that the cases cited in support of this proposition can be so characterized.

179 In differing with my colleague on these cases, I do not wish to be taken as disagreeing with the underlying sentiment that assistance to immigrant women is a laudable goal. The question before this Court, however, is not whether this purpose should be considered charitable but whether the common law recognizes it to be charitable. I agree that the law in this area is in need of reform but there are limits to the degree of change that the common law can accommodate. It is one thing to change the law by legislative amendment and quite another to alter the existing jurisprudence by a fundamental turning in direction.

180 It is imperative to recall also the various ways in which one may presently obtain immigrant status. There are many categories of admission under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. Of particular relevance to the present case is the category for those who seek to immigrate under the points system, sometimes colloquially referred to as the "independent class". D. B. N. Bagambiire, in his text *Canadian Immigration and Refugee Law* (1996), at p. 35, lists the following individuals under this categorization:

> . . . applicants who wish to immigrate purely on the basis of their education, training, experience and skills possessed, known as "skilled workers"; applicants who seek to immigrate under the business immigration program and sub-programs; the self-employed persons, entrepreneurs and investors; and those immigrants who are related to Canadian citizens and permanent residents, but whose relationship with those relatives is not close enough for them to qualify as members of the coveted and preferred family class category, generically known as "assisted relatives". Applicants under each

sistance pour s'intégrer à leur nouvelle patrie». Le fait d'aider les immigrantes à se trouver du travail relèverait donc de cette fin. Avec égards, je n'estime pas que la jurisprudence citée à l'appui de cette proposition puisse être qualifiée de la sorte.

Je ne veux pas que mon désaccord avec mon collègue sur l'effet de ces arrêts soit interprété comme un rejet du sentiment sous-jacent que l'assistance aux immigrantes est un objectif louable. Cependant, la question dont est saisie notre Cour n'est pas de savoir si cette fin devrait être considérée comme une fin de bienfaisance, mais plutôt si la common law lui reconnaît ce caractère. Je conviens que le droit en la matière a besoin de réforme, mais il y a des limites au degré de changement auquel la common law peut se prêter. Changer le droit par voie de modification législative est une chose, mais modifier la jurisprudence existante par un changement fondamental d'orientation constitue quelque chose de tout à fait différent.

Il est également impérieux de rappeler les diverses façons d'obtenir actuellement le statut d'immigrant. La *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, établit plusieurs catégories d'admission. Une catégorie particulièrement pertinente dans le cas qui nous occupe est celle visant les personnes qui désirent immigrer en invoquant le système de points, parfois appelée communément la «catégorie des indépendants». Dans son ouvrage intitulé *Canadian Immigration and Refugee Law* (1996), à la p. 35, D. B. N. Bagambiire dit qu'appartiennent à cette catégorie les personnes suivantes:

> [TRADUCTION] . . . les requérants qui désirent immigrer uniquement sur la foi de leur scolarité, formation, expérience et qualification professionnelle, qu'on appelle les «travailleurs qualifiés»; les requérants qui désirent immigrer dans le cadre du programme et des sous-programmes d'immigration des gens d'affaires; les travailleurs indépendants, les entrepreneurs et les investisseurs; et les immigrants qui ont des liens avec des citoyens canadiens et des résidents permanents, liens qui ne sont toutefois pas assez étroits pour leur permettre d'être admis en tant que membres de la catégorie —

one of these subcategories are evaluated and assessed on the basis of criteria set forth in the regulations.

What this means is that these applicants must be assessed according to a point system outlined in the regulations: *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, ss. 6.11 to 6.19 and 8 to 11.1; see also s. 6(8) and 9(1.4) of the *Immigration Act*. The central question in this assessment is whether the applicant will be able to integrate successfully into Canadian society, with particular emphasis placed upon employment skills and opportunities. Given this expectation of successful integration and despite its unquestionable worthiness as a social goal — indeed, not only for immigrants but also for all Canadians — I fail to see how providing assistance with integration to independent immigrants is to be considered charitable at common law. Of course, many other groups of immigrants may in fact be in special need of such assistance. But in so far as an organization assists all immigrants, I find it difficult to see how such an organization does not run afoul of the exclusive charitability rule, absent either specific legislation or the targetting by the organization of groups with special needs relating to their immigrant status. In my opinion the case law from other jurisdictions, cited by Gonthier J., supports this position rather than undermines it.

In *Re Stone* (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704, the Supreme Court of New South Wales held that the promotion of Jewish settlement in Israel was charitable under the fourth head of charity. In finding the trust charitable under this head, Helsham J. referred to the case of *Verge v. Somerville*, *supra*, which held that a trust to help resettle ex-servicemen in their native land and give them a "fresh start" was for a charitable purpose. He does not discuss why the resettlement of soldiers is analo-

convoitée et préférée — de la famille, immigrants qui sont désignés globalement sous le vocable de «parents aidés». Les demandes des requérants relevant de ces diverses sous-catégories sont évaluées en fonction des critères réglementaires.

Cela signifie que les demandes de ces requérants sont évaluées suivant le système de points précisé dans le règlement: *Règlement de l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 6.11 à 6.19, et 8 à 11.1; voir également les par. 6(8) et 9(1.4) de la *Loi sur l'immigration*. La question centrale dans cette évaluation est celle de savoir si le requérant sera en mesure de s'intégrer avec succès à la société canadienne. On s'attache particulièrement à sa qualification professionnelle et à ses possibilités d'emploi. Vu cette attente d'intégration fructueuse et malgré le caractère incontestablement valable de cette intégration en tant qu'objectif social — de fait, non seulement pour les immigrants mais pour tous les Canadiens — il est difficile de voir comment le fait d'aider les immigrants «indépendants» à s'intégrer peut être considéré une fin de bienfaisance en common law. Évidemment, il est possible que, dans les faits, de nombreux autres groupes d'immigrants aient besoin de façon particulière d'une telle aide. Toutefois, dans la mesure où un organisme vient en aide à tous les immigrants, je vois difficilement comment on pourrait dire qu'il ne déroge pas à la règle concernant l'affectation exclusive de ses ressources à la bienfaisance, sans mesures législatives spécifiques ou sans que l'organisme limite son action à des groupes ayant des besoins particuliers liés à leur situation d'immigrants. À mon avis, la jurisprudence étrangère citée par le juge Gonthier appuie plus qu'elle ne réfute cette position.

Dans *Re Stone* (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704, la 181
Cour suprême de New South Wales a statué que le fait de promouvoir l'établissement de personnes juives en Israël était une fin de bienfaisance visée par la quatrième catégorie de fiducies. En concluant qu'il s'agissait d'une fiducie de bienfaisance relevant de la quatrième catégorie, le juge Helsham s'est référé à l'arrêt *Verge c. Somerville*, précité, où il a été jugé qu'une fiducie constituée pour aider d'anciens militaires à se réinstaller dans leur pays

gous to Jewish settlement in Israel, but I find the context for this analogy to be provided by Helsham J.'s earlier discussion of the argument that this was also a trust for the advancement of religion. Although Helsham J. rejected this argument, following a previous House of Lords decision, he did discuss at length the religious duty of the Jewish people to return to the Promised Land. To my mind, it is this aspect of return, combined with the persecution of the Jewish people that culminated in the establishment of the State of Israel, that makes this trust analogous to that in *Verge v. Somerville*, *supra*. However, I do not think that the analogy embraces the more general case of helping any immigrants to settle in a new land. Immigrants, considered generally, are not returning either to their native country or their spiritual home. Nor have they necessarily been subjected to the hardships of soldiers or the persecution of members of the Jewish faith. I note that Helsham J. does make a broader claim, at p. 718, referring to "the encouragement and settlement of migrants". However, I am struck by the lack of reasoning to support this statement, and would therefore confine the decision to the context of Jewish settlement in Israel.

182 Another case cited by my colleague is *In re Wallace*, [1908] V.L.R. 636 (S.C.), in which a trust to aid immigrants was upheld as a trust for the relief of poverty. The case was clearly decided on this basis and although Hood J. commented in *obiter* that, given the fact of the *Immigration Acts*, a trust to aid immigration could be charitable as for the public benefit, he also noted, at p. 640, that "there are divergent opinions on the subject". This latter position, involving looking to the fact of legislation as evidence of public benefit, invokes an understanding of public benefit that is wider than, and contrary to, the common law of charities. The common law determines public benefit under the fourth head through analogy to cases already found

natal et à y prendre un «nouveau départ» visait une fin de bienfaisance. Le juge Helsham n'explique pas en quoi la réinstallation de soldats est analogue à l'établissement de personnes juives en Israël, mais j'estime que le contexte de cette analogie ressort de l'examen qu'il fait, plus tôt dans ses motifs, de l'argument suivant lequel il s'agissait également d'une fiducie constituée pour la promotion de la religion. Bien que le juge Helsham ait rejeté cet argument, suivant en cela un arrêt antérieur de la Chambre des lords, il a examiné de manière approfondie l'obligation religieuse qu'ont les Juifs de retourner à la Terre promise. À mon sens, c'est cette idée de retour, conjuguée aux persécutions infligées aux Juifs ayant abouti à la création de l'État d'Israël, qui rend cette fiducie analogue à celle en cause dans *Verge c. Somerville*, précité. Cependant, je ne crois pas que l'analogie s'applique au fait plus général d'aider tout immigrant à s'établir dans un nouveau pays. Considérés de façon générale, les immigrants ne retournent ni dans leur pays natal ni dans leur foyer spirituel. Ils n'ont pas non plus nécessairement vécu les épreuves des soldats ou les persécutions des tenants de la foi hébraïque. Je souligne que le juge Helsham a effectivement fait un énoncé plus général, à la p. 718, et mentionné [TRADUCTION] «l'encouragement et l'établissement des migrants». Toutefois, je suis frappé par l'absence de raisonnement étayant cette affirmation, et je limiterais donc cet arrêt au contexte de l'établissement des Juifs en Israël.

Une autre décision citée par mon collègue est *In re Wallace*, [1908] V.L.R. 636 (S.C.), dans laquelle une fiducie établie pour aider les immigrants a été considérée comme une fiducie pour le soulagement de la pauvreté. Cette affaire a manifestement été décidée sur ce fondement, et bien que le juge Hood ait dit, dans des remarques incidentes, qu'en raison de l'existence des *Immigration Acts*, une fiducie ayant pour but d'aider l'immigration pourrait avoir un caractère de bienfaisance parce qu'elle sert l'intérêt du public, il a également souligné, à la p. 640, [TRADUCTION] «qu'il y a des divergences d'opinions sur le sujet». Cette dernière position, qui exige d'accepter le fait de l'existence d'une loi comme preuve de l'intérêt du public, implique une

to be charitable. I would therefore decline to follow Hood J.'s reasoning on this point.

I do not wish to be taken as saying that the existence of legislation in a field is never relevant to the question of what is charitable. Indeed, the Federal Court of Appeal in *Everywoman's Health Centre Society (1988) v. M.N.R.*, [1992] 2 F.C. 52, pointed to legislation in order to rebut the argument that the provision of abortions in private clinics was contrary to public policy. But this is simply to say that a finding of public benefit, understood broadly, is a necessary but not sufficient condition for a finding of charity under the fourth head; if there is no public benefit, then there is no charity. Public benefit alone, however, does not equal charity.

I would also distinguish the case at bar from *In re Cohen*, [1954] N.Z.L.R. 1097 (S.C.). There the court found that a trust for the assistance of refugees was charitable under both the first and fourth heads. It held, at p. 1101, that "the establishment in a new country of persons uprooted from and compelled to flee their own homes" was analogous to the repatriation of returned soldiers at issue in *Verge v. Somerville*, *supra*. The relief of refugees was also upheld as charitable in *Re Morrison* (1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757 (Ch. D.). While it is true that refugees and immigrants may share many interests and needs, it is the fact that refugees are "compelled to flee their own homes" in the face of persecution that makes their

interprétation de la notion d'intérêt du public qui non seulement déborde le cadre des règles de la common law en matière d'organismes de bienfaisance mais y est également contraire. En common law, on détermine l'existence de l'intérêt du public au sens de la quatrième catégorie par voie d'analogie avec les cas où des fins ont déjà été reconnues comme des fins de bienfaisance. Je refuse donc de suivre le raisonnement du juge Hood sur ce point.

183 Je ne dis pas que l'existence de mesures législatives régissant un secteur donné n'est jamais pertinente pour déterminer si une fin a un caractère de bienfaisance. De fait, dans *Everywoman's Health Centre Society (1988) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.F. 52, la Cour d'appel fédérale a fait état de l'existence de mesures législatives pour réfuter l'argument que la prestation de services d'avortement en cliniques privées était contraire à la politique générale. Mais cela revient simplement à dire que la constatation de l'existence de l'intérêt du public, au sens large de cette expression, est une condition nécessaire mais insuffisante pour permettre de conclure à l'existence d'une fin de bienfaisance visée à la quatrième catégorie; si l'intérêt du public n'est pas servi, il n'y a pas de bienfaisance. Toutefois, le seul fait qu'une fin serve l'intérêt du public ne signifie pas pour autant qu'elle a un caractère de bienfaisance.

184 Je distinguerais également le présent cas de l'affaire *In re Cohen*, [1954] N.Z.L.R. 1097 (S.C.), où la cour a conclu qu'une fiducie constituée pour venir en aide aux réfugiés poursuivait une fin de bienfaisance visée par les première et quatrième catégories. Elle a jugé, à la p. 1101, que [TRADUCTION] «l'établissement dans un nouveau pays d'individus déracinés et contraints de fuir leur pays d'origine» était analogue à la réinstallation des anciens combattants dans l'affaire *Verge c. Somerville*, précitée. L'aide aux réfugiés a également été reconnue comme une fin de bienfaisance dans *Re Morrison* (1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757 (Ch. D.). Même s'il est vrai que les réfugiés et les immigrants ont en commun de nombreux intérêts et besoins, c'est le fait que les réfugiés sont «contraints de fuir leur pays d'origine» devant la

situation analogous to that of soldiers returning from war.

185 I would similarly distinguish the Ethnic Minority Training and Employment Project, Reg. No. 1050917, registered by the Charity Commissioners for England and Wales in November 22, 1995, from the case at bar. The purposes of that organization are to assist and educate

> refugees, asylum seekers, migrants and others who recently arrived in the United Kingdom, in particular those from the Horn of Africa, who through their social and economic circumstances are in need and unable to further their education or gain employment, and who may be at risk or [*sic*] permanent exclusion from the labour market;

Refugees and asylum seekers are distinguishable from immigrants generally, for the reasons outlined above. Nonetheless, this organization also aids "migrants and others". However, it strongly qualifies this through reference to those from the Horn of Africa and those whose circumstances are such that they face "permanent exclusion from the labour market". To my mind, these factors go to the relief of poverty. Indeed, in *Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers Association Inc.*, [1942] 1 All E.R. 232 (Ch. D.), at p. 233, Simonds J. held that

> [i]t is clear from the cases which have been cited to me that a gift may be a good charitable gift, as in relief of poverty, although the recipients of the gift are not in destitution, or even on the borderline of destitution. "Poverty," it has been said, is a relative term. I think here that the implication of the gift to enable the recipients to become self-supporting is a sufficient indication that they stand on the poverty side of the borderline — that is to say, that they are persons who could not be self-supporting, in whatever enterprise they embarked, without the assistance of this fund. [Emphasis added.]

persécution qui rend leur situation analogue à celle des soldats revenant de la guerre.

De même, je distinguerais le cas de l'association de celui de l'Ethnic Minority Training and Employment Project, Reg. No. 1050917, qui a été enregistrée par les Charity Commissioners for England and Wales le 22 novembre 1995. Cet organisme a pour fins d'aider et d'instruire

> [TRADUCTION] les réfugiés, les demandeurs d'asile, les migrants et autres individus arrivés récemment au Royaume-Uni, en particulier ceux de la Corne de l'Afrique, qui, en raison de leur situation sociale et économique, sont dans le besoin et sont incapables de compléter leur éducation ou de se trouver un emploi, et qui risquent peut-être d'être exclus en permanence du marché du travail;

Les réfugiés et les demandeurs d'asile se distinguent des immigrants en général pour les raisons exposées précédemment. Néanmoins, cet organisme aide également les «migrants et autres individus». Toutefois, il restreint considérablement cette dernière catégorie en parlant des personnes arrivant de la Corne de l'Afrique et de celles dont la situation est telle qu'elles risquent «d'être exclu[e]s en permanence du marché du travail». À mon sens, ces facteurs relèvent du soulagement de la pauvreté. De fait, dans *Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers Association Inc.*, [1942] 1 All E.R. 232 (Ch. D.), à la p. 233, le juge Simonds a conclu ainsi:

> [TRADUCTION] . . . il ressort clairement de la jurisprudence qui m'a été citée qu'un don peut être un don de bienfaisance valide, destiné au soulagement de la pauvreté, même si les bénéficiaires ne sont pas dans l'indigence ou même au bord de l'indigence. La «pauvreté», a-t-on dit, est un terme relatif. Je crois en l'espèce qu'un don destiné à permettre aux bénéficiaires de devenir aptes à subvenir à leurs besoins est une indication suffisante qu'elles se trouvent sous le seuil de la pauvreté — c'est-à-dire qu'il s'agit de personnes qui, quelles que soient les activités qu'elles entreprennent, ne pourraient pas devenir autonomes sans l'aide de ce fonds». [Je souligne.]

In the present case, it is not clear that the Society is targeting those who are at risk of permanent exclusion from the job market, or who cannot become self-supporting without the Society's assistance.

Dans le présent cas, il n'apparaît pas clairement que l'association vise les personnes qui risquent d'être exclues en permanence du marché du travail ou qui, sans son aide, sont incapables de devenir autonomes.

The final authority cited by my colleague is a ruling of the Internal Revenue Service in the United States that a non-profit organization that assists immigrants "in overcoming social, cultural and economic problems by either personal counselling or referral to the appropriate public or private agencies" is charitable: U.S. Rev. Rul. 76-205 in Internal Revenue Cumulative Bulletin 1976-1, at p. 154. The revenue ruling held that:

La dernière décision citée par mon collègue est une décision de l'Internal Revenue Service des États-Unis suivant laquelle un organisme sans but lucratif qui aide les immigrants [TRADUCTION] «à surmonter des obstacles d'ordre social, culturel et économique en leur offrant des services de consultation personnelle ou en les adressant aux organismes publics ou privés compétents» est un organisme de bienfaisance: U.S. Rev. Rul. 76-205 dans Internal Revenue Cumulative Bulletin 1976-1, à la p. 154. Il a été statué dans cette décision que: 186

The organization was formed to aid immigrants to the United States in overcoming social, cultural, and economic problems by either personal counseling or referral to the appropriate public or private agencies. The organization has found that immigrants may be subject to discrimination and prejudice, often arrive without friends or relatives, possess a limited knowledge of English, and lack an awareness of employment opportunities. To help overcome these handicaps, the organization offers instruction in English by its multilingual staff, job counseling, and social and recreational functions that permit a mingling of immigrants with each other and with United States citizens. The organization also distributes a newsletter containing information on becoming a citizen, securing decent housing, and obtaining medical care.

[TRADUCTION] L'organisme a été formé pour aider les personnes qui immigrent aux États-Unis à surmonter des obstacles d'ordre social, culturel et économique en leur offrant des services de consultation personnelle ou en les adressant aux organismes publics ou privés compétents. L'organisme a constaté que les immigrants peuvent être victimes de discrimination et de préjugés, qu'ils arrivent souvent sans amis ou parents, qu'ils ont une connaissance limitée de l'anglais et qu'ils sont peu au fait des possibilités d'emploi. Pour les aider à surmonter ces handicaps, l'organisme organise des cours d'anglais donnés par son personnel multilingue, des séances d'orientation professionnelle ainsi que des activités sociales et récréatives permettant aux immigrants de se rencontrer et de rencontrer des citoyens des États-Unis. L'organisme diffuse aussi un bulletin donnant de l'information sur la marche à suivre pour devenir citoyen des États-Unis, se trouver un logement décent et obtenir des soins médicaux.

The organization relies upon grants and contributions from the general public for support. It does not charge for its services.

L'organisme compte sur des subventions et sur la générosité du grand public pour assurer son fonctionnement. Il offre ses services gratuitement.

Section 501(c)(3) of the Code provides for the exemption from Federal income tax of organizations organized and operated exclusively for charitable and educational purposes.

Suivant l'article 501(c)(3) du Code, sont exempts de l'impôt sur le revenu fédéral les organismes constitués et exploités exclusivement à des fins de bienfaisance et à des fins éducatives.

Section 1.501(c)(3)-1(d)(3) of the Income Tax Regulations defines the term "educational" as including the instruction of the public on subjects useful to the individual and beneficial to the community.

L'article 1.501(c)(3)-1(d)(3) du règlement de l'impôt sur le revenu définit le mot «éducatives» en disant qu'il s'entend notamment du fait d'instruire le public sur des sujets utiles aux individus et profitables à la communauté.

Section 1.501(c)(3)-1(d)(2) of the regulations provides that the term "charitable," as used in section 501(c)(3) of the Code, includes the elimination of prejudice and discrimination.

By counseling immigrants, the organization is instructing the public on subjects useful to the individual and beneficial to the community, and is, therefore, furthering an educational purpose. Personal counseling has been recognized as a valid method of instruction for educational organizations. See Rev. Rul. 73-569, 1973-2 C.B. 178. In addition, by offering instruction in English, by assisting immigrants in finding helpful agencies, by aiding immigrants to attain full citizenship, and by providing opportunities for immigrants to meet and discuss problems with each other and United States citizens, the organization is also eliminating prejudice and discrimination.

The activities that the organization engages in beyond education were therefore clearly held to be charitable because they eliminate prejudice and not because they are aimed at the more general purpose of helping immigrants integrate into society.

187 I have difficulty agreeing that the activities described in the above revenue ruling are directly in furtherance of the purpose of eliminating prejudice and discrimination so as to make them exclusively charitable. Even if they are, I have difficulty in accepting the same with respect to the case at bar. The Society is solely aimed at helping immigrant women obtain employment, and it is not clear that all of the difficulties faced by immigrant women in obtaining employment stem from prejudice and discrimination so as to make this an exclusively charitable purpose. For example, making contacts and obtaining information pose difficulties with respect to gaining employment, but these difficulties do not necessarily indicate prejudice and discrimination. Therefore the Society's objects fail the third step of the *D'Aguiar* approach to the fourth head of charity, which asks whether "consistently with the objects declared, the income and property in question can be applied for purposes clearly falling outside the scope of charity" (p. 33). As the matter is not in issue, I would also decline to comment as to whether the

Suivant l'article 1.501(c)(3)-1(d)(2) du règlement, le mot «bienfaisance» à l'article 1.501(c)(3) du Code s'entend notamment de la lutte contre les préjugés et la discrimination.

En conseillant les immigrants, l'organisme renseigne le public sur des sujets utiles aux individus et profitables à la société et tend, par conséquent, à réaliser une fin éducative. La consultation personnelle a été reconnue comme une méthode valable d'instruction pour les organismes éducatifs. Voir Rev. Rul. 73-569, 1973-2 C.B. 178. De plus, en offrant des cours d'anglais, en faisant connaître aux immigrants les organismes utiles, en les aidant à obtenir la citoyenneté et en leur donnant la possibilité de se réunir et de discuter de problèmes entre eux et avec des citoyens des États-Unis, l'organisme lutte aussi contre les préjugés et la discrimination.

Les activités que mènent l'organisme en plus de ses activités éducatives ont donc clairement été considérées comme des activités de bienfaisance parce qu'elles luttent contre les préjugés et non parce qu'elles visent la fin plus générale qui est d'aider les immigrants à s'intégrer à la société.

J'ai de la difficulté à admettre que les activités décrites dans la décision susmentionnée visent directement la fin que constitue la lutte contre les préjugés et la discrimination et qu'elles sont exclusivement des activités de bienfaisance. Même si elles le sont, j'ai de la difficulté à accepter que c'est le cas dans l'affaire qui nous est soumise. L'association vise uniquement à aider les immigrantes à se trouver du travail, et il n'est pas clair que toutes les difficultés que ces dernières rencontrent dans la recherche d'un emploi découlent de préjugés et de discrimination et qu'il s'agit exclusivement d'une fin de bienfaisance. Par exemple, établir des contacts et obtenir de l'information sont deux aspects de la recherche d'un emploi qui ne manquent pas de soulever des difficultés, mais ces difficultés sont inhérentes au fait de s'établir dans un nouveau pays. Elles ne sont pas nécessairement indicatives de l'existence de préjugés et de discrimination. Par conséquent, les fins poursuivies par l'association ne satisfont pas au troisième volet de l'approche préconisée dans l'arrêt *D'Aguiar* pour ce qui est de la quatrième catégorie d'organismes

elimination of prejudice and discrimination may be recognized as a charitable purpose at common law.

The only Canadian authority provided to me is *Re Fitzgibbon* (1916), 27 O.W.R. 207 (H.C.), in which a bequest to an institution for the assistance of immigrant girls was upheld. With respect, I do not find the reasoning in this case persuasive. Middleton J. did not follow the *Pemsel* approach endorsed by this Court and, moreover, drew analogies to cases that appear to have an educational component and so provide little assistance in determining the content of the fourth head of charity.

In summary, I do not find any support for the proposition that assisting immigrant women to integrate into society through helping them to obtain employment is a charitable purpose under the fourth head of charity. Therefore I would characterize purpose (a) listed in the Society's purposes solely in terms of education. That, however, does not end the inquiry. For one thing, it remains to be determined whether all of the Society's resources are devoted to activities in furtherance of charitable purposes. But, before I turn to answer that question, the Society must overcome another preliminary hurdle and that is the examination of its listed purposes (b), (c), and (e). In *Guaranty Trust*, *supra*, this Court confirmed the rather obvious proposition that, even if one or more of an organization's purposes are charitable, the organization still cannot be considered charitable if its other purposes cannot qualify as such. That is, a valid charitable organization must be constituted exclusively for charitable purposes. For reasons that I will outline, I believe that if purposes (b), (c), and (e) are to be upheld, they must be found to

de bienfaisance, lequel consiste à se demander si, «en conformité avec les fins déclarées, le revenu et les biens en question peuvent être affectés à des fins clairement étrangères à la notion de bienfaisance» (p. 33). Comme il ne s'agit pas d'une question en litige, je refuse également de commenter la question de savoir si la lutte contre les préjugés et la discrimination peut être reconnue comme une fin de bienfaisance en common law.

188 La seule décision canadienne qui m'a été présentée est *Re Fitzgibbon* (1916), 27 O.W.R. 207 (H.C.), dans laquelle la validité d'un legs fait à un établissement venant en aide aux jeunes filles immigrantes a été confirmée. Avec égards, je ne trouve pas convaincant le raisonnement fait dans cette décision. Le juge Middleton n'a pas suivi l'approche établie dans *Pemsel*, à laquelle a souscrit notre Cour, et il a en outre fait des analogies avec des décisions qui semblent comporter un aspect éducatif et, de ce fait, sont de peu de secours pour déterminer le contenu de la quatrième catégorie d'organismes de bienfaisance.

189 En résumé, rien à mon avis ne vient étayer l'argument voulant que le fait d'assister les immigrantes dans leur intégration à la collectivité en les aidant à se trouver du travail constitue une fin de bienfaisance visée par la quatrième catégorie. Par conséquent, je qualifierais la fin énoncée à l'alinéa a) de la liste des fins poursuivies par l'association uniquement de fin éducative. Cependant, cette constatation ne met pas fin à l'examen. Tout d'abord, il reste à décider si la totalité des ressources de l'association est consacrée à des activités menées à des fins de bienfaisance. Toutefois, avant de passer à cette question, l'association doit surmonter un autre obstacle préliminaire, savoir l'examen de ses fins énumérées aux alinéas b), c) et e). Dans l'arrêt *Guaranty Trust*, précité, notre Cour a confirmé la proposition par ailleurs assez évidente suivant laquelle, même si une ou plusieurs des fins poursuivies par l'organisme sont des fins de bienfaisance, celui-ci ne peut pas pour autant obtenir le statut d'organisme de bienfaisance si les autres fins qu'il poursuit n'ont pas cette qualité. Autrement dit, un organisme de bien-

be ancillary and incidental to the valid educational purpose found in purpose (a).

(3) Ancillary and Incidental Purposes

190 Purposes (b) and (c) contemplate carrying out political activities and soliciting funds from public and private sources. Political purposes are not generally considered charitable (see, for example, *Positive Action Against Pornography*, *supra*), and certain exceptions available under s. 149.1 of the *ITA*, which I will discuss below, apply only to political activities incidental and ancillary to other, charitable activities, not political purposes incidental and ancillary to other, charitable purposes: *Human Life International*, *supra*.

191 Thus, it is significant to note that paragraphs (b) and (c) of the Society's purposes clause make it quite clear that the activities to be carried out in furtherance of those purposes are to be "ancillary and indental" to purpose (a), which I have found to be a valid educational purpose. I believe that the inclusion of this language was actually an attempt to bring the Society into conformity with the exception in s. 149.1(6.2) of the *ITA*, which provides that, to the extent that political activities carried out by an organization are "incidental and ancillary" to charitable activities, the portion of the organization's resources that is devoted to the political activities is deemed to be devoted to charitable activities.

192 As I have already indicated, s. 149.1(6.2) makes no mention of political purposes and thus provides no direct assistance to the Society. However, the indirect result of the Society's effort to comply with the section is that its purposes clause now makes clear that the sole purpose of carrying out political activities and raising funds is to facilitate a valid educational purpose. Thus, in my view,

faisance authentique doit être constitué exclusivement à des fins de bienfaisance. Pour les motifs que je vais exposer, j'estime que, pour être considérées valides, les fins énumérées aux alinéas b), c) et e) doivent être jugées accessoires à la fin éducative authentique reconnue à l'alinéa a).

(3) Fins accessoires

Les alinéas b) et c) prévoient l'exercice d'activités politiques et la sollicitation de fonds auprès de sources publiques ou privées. Les fins politiques ne sont généralement pas considérées comme des fins de bienfaisance (voir, par exemple, l'arrêt *Positive Action Against Pornography*, précité), et certaines exceptions prévues par l'art. 149.1 de la *LIR*, que je vais examiner plus loin, s'appliquent seulement aux activités politiques accessoires à des activités de bienfaisance, et non aux fins politiques accessoires à d'autres fins de bienfaisance: voir *Human Life International*, précité.

En conséquence, il importe de souligner que les alinéas b) et c) de la clause énonçant les fins poursuivies par l'association indiquent très clairement que les activités menées pour réaliser ces fins doivent être «accessoires» à la fin énoncée à l'alinéa a), que j'ai jugé être une fin éducative valide. Je crois que l'utilisation de cette formulation était en réalité une tentative visant à permettre à l'association de se conformer à l'exception prévue au par. 149.1(6.2) de la *LIR*, qui dit que, dans la mesure où les activités politiques d'un organisme sont «accessoires» à ses activités de bienfaisance, la partie de ses ressources consacrée à des activités politiques est réputée consacrée à des activités de bienfaisance.

Comme je l'ai indiqué précédemment, le par. 149.1(6.2) ne parle pas de fins politiques et n'apporte donc aucun secours direct à l'association. Toutefois, l'effet indirect de la tentative de celle-ci de se conformer à cette disposition est que la clause énonçant les fins qu'elle poursuit indique désormais clairement que les activités politiques et les activités de levée de fonds ont pour seul but de

purposes (b) and (c) can be taken as means to the fulfilment of purpose (a), not ends in themselves, and thus do not disqualify the Society from obtaining registration as a charity under the *ITA*.

Purpose (e), on the other hand, poses a more serious problem. Because of its extremely broad drafting, which mandates the Society to do "all such things that are incidental or conducive to the attainment of" its other purposes, it is difficult to discern whether it is a means of fulfilment or an end in itself. That is, while doing things that are "incidental" to the attainment of charitable purposes might safely be treated as a means of fulfilment of the purposes, the same cannot be said of doing things that are merely "conducive" to those ends. To say that an action is "conducive" to a result implies only that the action leads or contributes to the result, not that it is carried on only in pursuit thereof. In other words, one purpose may be conducive to another while still remaining an end in itself, not merely a means to the fulfilment of the second purpose. This, combined with the exceedingly vague content of purpose (e), leads me to conclude that it cannot be classified as charitable simply on the basis of its relationship to the educational purpose disclosed in purpose (a).

But the inquiry cannot stop there. In *Guaranty Trust*, *supra*, at p. 144, this Court expressed the view that the question of whether an organization was constituted exclusively for charitable purposes cannot be determined solely by reference to the objects and purposes for which it was originally established. It is also necessary to consider the nature of the activities presently carried on by the organization as a potential indicator of whether it has since adopted other purposes. In other words, as Lord Denning put it in *Institution of Mechanical Engineers v. Cane*, [1961] A.C. 696 (H.L.), at

faciliter une fin éducative valide. Par conséquent, je suis d'avis que les fins b) et c) peuvent être considérées comme des moyens de réaliser la fin énoncée à l'alinéa a) et non comme des fins en soi et que, de ce fait, elles ne rendent pas l'association inadmissible à l'enregistrement comme organisme de bienfaisance en vertu de la *LIR*.

Par contre, la fin énoncée à l'alinéa e) pose un problème plus sérieux. Parce que l'alinéa est rédigé en termes extrêmement généraux et qu'il confie à l'association le mandat de «faire toutes choses accessoires ou propres à assurer la réalisation» de ses autres fins, il est difficile de dire s'il décrit un moyen de réaliser une fin ou une fin en soi. En d'autres mots, bien que le fait d'accomplir toutes choses «accessoires» à la réalisation de fins de bienfaisance puisse sans trop de risque d'erreur être assimilé à un moyen de réaliser de telles fins, on ne peut en dire autant de l'accomplissement de toutes choses simplement «propres» à assurer la réalisation de ces fins. Dire qu'une action est «propre» à permettre un résultat implique seulement que cette action conduit ou contribue au résultat, et non qu'elle est accomplie uniquement dans la poursuite de ce résultat. Autrement dit, une fin peut être propre à assurer la réalisation d'une autre fin tout en restant une fin en soi, et ne pas constituer simplement un moyen de réaliser la seconde fin. Cette considération, conjuguée à la teneur extrêmement vague de la fin énoncée à l'alinéa e), m'amène à conclure que cette fin ne peut pas être qualifiée de fin de bienfaisance simplement en se fondant sur son rapport avec la fin éducative indiquée à l'alinéa a). 193

Mais l'examen ne peut prendre fin ici. Dans *Guaranty Trust*, précité, à la p. 144, notre Cour a dit être d'avis que la question de savoir si un organisme est constitué exclusivement à des fins de bienfaisance ne peut pas être tranchée en se référant seulement aux fins et objets pour lesquels il a été établi à l'origine. Il faut également prendre en compte les activités exercées par l'organisme au moment de l'examen afin de voir si celui-ci n'a pas, depuis sa constitution, adopté d'autres fins. En d'autres mots, comme a dit lord Denning dans l'arrêt *Institution of Mechanical Engineers c. Cane*, 194

p. 723, the real question is, "for what purposes is the society *at present* instituted?" (Emphasis in original.)

195 Thus, even if I have given too restrictive or literal a reading to purpose (e) of the Society, I draw further support for my conclusion as to its non-charitable character from the nature of the activities carried out by the Society. For example, I do not see how the provision of a job skills directory and the establishment of support groups for professionals constitute educational activities, nor do they appear to me to be "incidental" to the attainment of purpose (a) of the Society. Hence, unless they are carried out in contravention of the purposes clause, they must fall under purpose (e) as activities "conducive" to the other purposes. However, while these may well be useful services, they are directly in furtherance of helping immigrant women to find employment, which in itself is not a charitable purpose. This proves that the purposes of the Society can and do accommodate non-charitable activities. They are simply too vague and indeterminate to permit the Society to qualify for charitable status under the fourth head of *Pemsel*.

C. *A New Approach?*

196 A finding that the Society does not satisfy the traditional requirements of charity does not exhaust its arguments. In fact, it reserved perhaps its most forceful submissions to urge this Court to consider adopting an entirely new approach to the definition of "charitable". Citing reports by law reform commissions in England and Australia, the Society observed that the law of charities has historically been difficult to define and even more difficult to reform. These commissions have typically found that the traditional definition reflects a narrow and outdated view of the type of activities which should be encouraged and protected by the

[1961] A.C. 696 (H.L.), à la p. 723, la véritable question est la suivante: [TRADUCTION] «à quelles fins l'association est-elle constituée *à ce moment-ci*?» (En italique dans l'original.)

En conséquence, même si j'ai interprété de façon trop restrictive ou littérale la fin énoncée à l'alinéa e), la nature des activités exercées par l'association vient renforcer ma conclusion qu'il ne s'agit pas d'une fin de bienfaisance. Par exemple, je ne vois pas comment l'établissement d'un répertoire de compétences et la création de groupes de soutien à l'intention de professionnels peuvent constituer des activités éducatives, et de telles activités ne me semblent pas «accessoires» à la réalisation de la fin énoncée à l'alinéa a). Par conséquent, à moins qu'elles soient exercées en contravention de la clause énonçant les fins poursuivies, ces activités ne peuvent que relever de l'alinéa e) en tant qu'activités «propres» à assurer la réalisation des autres fins. Toutefois, même si elles peuvent fort bien constituer des services utiles, elles visent directement à aider les immigrantes à se trouver du travail, ce qui en soi n'est pas une fin de bienfaisance. Cela prouve que les fins poursuivies par l'association peuvent donner lieu et, de fait, donnent lieu à des activités autres que des activités de bienfaisance. Elles sont simplement trop vagues et imprécises pour rendre l'association admissible au statut d'organisme de bienfaisance suivant la quatrième catégorie énoncée dans *Pemsel*.

C. *Une nouvelle approche?*

Conclure que l'association ne satisfait pas aux conditions traditionnelles d'enregistrement des organismes de bienfaisance ne répond pas à tous ses arguments. En fait, l'association a réservé ses arguments peut-être les plus puissants pour exhorter notre Cour à envisager l'adoption d'une approche entièrement nouvelle à l'égard de la définition de «bienfaisance». Citant des rapports de commissions de réforme du droit en Angleterre et en Australie, l'association a fait remarquer que, depuis toujours, le droit relatif aux organismes de bienfaisance a été difficile à définir et encore plus difficile à réformer. Ces commissions ont généralement

law, that it provides little guidance to the ordinary citizen, and that it is reactive and unable to respond to changing societal needs. However, their various attempts to devise either a new definition or alternative, acceptable categories have been unsuccessful.

conclu que la définition traditionnelle reflète une conception étroite et démodée du type d'activités qui doivent être encouragées et protégées par le droit, qu'elle fournit peu d'indications aux citoyens, qu'elle permet uniquement de réagir aux situations et non de tenir compte de l'évolution des besoins de la société. Toutefois, leurs divers efforts en vue d'élaborer soit une nouvelle définition soit de nouvelles catégories acceptables n'ont pas porté fruit.

Accordingly, the Society has submitted that a new, "contextual" approach to charity should be adopted. Such an approach, it is suggested, would respect the precedents developed in the jurisprudence, but not to the exclusion of finding new activities to be charitable. This new approach, which would be triggered only upon an organization's failing to meet the traditional requirements, would be to ask whether the organization is performing a "public benefit". There would be no fixed definition or categories of public benefit. Instead, the court would consider a series of questions in making the determination, including whether the activities of the organization are consistent with constitutional and *Charter* values, whether the activities complement the legislative goals enunciated by elected representatives, and whether they are of a type in respect of which government spending is typically allocated. It is further suggested that such factors as vagueness and uncertainty could negate a finding of charity, but that vagueness alone would not be an automatic bar to classification as charitable because "many activities that we consider charitable are by their very nature vague and uncertain".

197 Par conséquent, l'association a soutenu qu'il y a lieu d'adopter une nouvelle approche, «contextuelle» celle-là, à l'égard de la notion d'organisme de bienfaisance. Une telle approche, a-t-elle affirmé, respecterait les précédents établis par la jurisprudence sans toutefois écarter la possibilité que de nouvelles activités se voient reconnaître la qualité d'activités de bienfaisance. Cette nouvelle approche, qui ne s'appliquerait que si un organisme ne satisfait pas aux conditions traditionnelles, consisterait à se demander si cet organisme sert un «intérêt social». Ni définition ni catégories fixes ne seraient établies à l'égard de cette notion. Les tribunaux répondraient plutôt à une série de questions, notamment celles-ci: Les activités de l'organisme sont-elles compatibles avec les valeurs inscrites dans la Constitution et la *Charte*? Ces activités complètent-elles les objectifs législatifs établis par les élus du peuple? S'agit-il d'activités auxquelles des fonds publics sont généralement affectés? L'association a soutenu en outre que des facteurs tels que le caractère vague et incertain d'une activité pourrait empêcher de conclure que celle-ci est une activité de bienfaisance, mais qu'un tel caractère n'exclurait pas à lui seul une telle reconnaissance, car [TRADUCTION] «bien des activités que nous considérons comme des activités de bienfaisance sont, de par leur nature même, vagues et incertaines».

The Society, in support of this approach, relies upon certain passages from the decisions of the Federal Court of Appeal in *Native Communications Society*, *supra*, and *Everywoman's Health Centre Society*, *supra*. At the outset, I must note that, while I am not unsympathetic to the argument that a new approach to the definition of charity

198 Au soutien de cette approche, l'association invoque certain passages des arrêts de la Cour d'appel fédérale *Native Communications Society* et *Everywoman's Health Centre Society*, précités. Tout d'abord, je dois souligner que, bien que je ne sois pas insensible à l'argument qu'une nouvelle approche est souhaitable à l'égard de la notion

would be welcome, my reading of these cases discloses nothing that could be taken to support the suggested approach. Indeed, I must say that I find the suggestion that the Federal Court of Appeal erred in law by failing to apply what amounts to an entirely novel doctrine to be quite surprising.

199 That aside, I also see a number of serious flaws in the approach proposed by the Society. To begin with, the Society appears to confuse the concept of charitable purposes with that of charitable activities. As I have already noted, any definition of charity must be concerned primarily with the former, not the latter, as the true issue is whether activities are carried on in furtherance of a charitable purpose or purposes. Activities which may on first glance appear to be non-charitable or ambiguous may take on an entirely different character when carried on in furtherance of a purpose which is clearly charitable.

200 Even more importantly, though, the new approach would constitute a radical change to the common law and, consequently, to tax law. In my view, the fact that the *ITA* does not define "charitable", leaving it instead to the tests enunciated by the common law, indicates the desire of Parliament to limit the class of charitable organizations to the relatively restrictive categories available under *Pemsel* and the subsequent case law. This can be seen as reflecting the preferred tax policy: given the tremendous tax advantages available to charitable organizations, and the consequent loss of revenue to the public treasury, it is not unreasonable to limit the number of taxpayers who are entitled to this status. For this Court suddenly to adopt a new and more expansive definition of charity, without warning, could have a substantial and serious effect on the taxation system. In my view, especially in light of the prominent role played by legislative priorities in the "new approach", this would be a change better effected by Parliament than by the courts.

d'organisme de bienfaisance, je ne vois rien dans ces arrêts qui étaye l'approche proposée. De fait, je dois dire que je trouve très étonnante l'assertion selon laquelle la Cour d'appel fédérale aurait commis une erreur de droit en n'appliquant pas ce qui équivaut à une doctrine entièrement nouvelle.

Cet aspect mis à part, j'estime que l'approche proposée par l'association comporte plusieurs lacunes sérieuses. Tout d'abord, l'association semble confondre le concept de fins de bienfaisance et celui d'activités de bienfaisance. Comme je l'ai dit précédemment, toute définition d'organisme de bienfaisance doit s'attacher principalement aux premières et non aux secondes, car la véritable question est de savoir si des activités sont exercées en vue de réaliser une ou plusieurs fins de bienfaisance. Il est possible que des activités qui, à première vue, semblent ne pas être des activités de bienfaisance ou semblent ambiguës prennent un caractère tout à fait différent quand elles sont exercées en vue de réaliser une fin qui est clairement une fin de bienfaisance.

Fait plus important encore, cependant, la nouvelle approche modifierait radicalement la common law et, en conséquence, le droit fiscal. À mon avis, le fait que la *LIR* ne définisse pas le mot «bienfaisance», mais s'en remette plutôt aux critères énoncés par la common law, témoigne de la volonté du législateur de limiter les œuvres de bienfaisance reconnues aux catégories relativement restrictives établies dans l'arrêt *Pemsel* et la jurisprudence subséquente. Ce fait peut être considéré comme reflétant la politique fiscale qui est privilégiée: vu les avantages fiscaux énormes consentis aux œuvres de bienfaisance et la perte de recettes qui en résulte pour le Trésor, il n'est pas déraisonnable de limiter le nombre de contribuables ayant droit à ce statut. Si notre Cour adoptait soudain une nouvelle définition élargie de l'expression organisme de bienfaisance, cela risquerait d'entraîner des conséquences graves et importantes pour le système fiscal. Je suis d'avis, particulièrement à la lumière du rôle important que jouent les priorités législatives dans la «nouvelle approche», qu'il est préférable que ce soit le législateur plutôt que les tribunaux qui apporte un tel changement.

Still, it is difficult to dispute that the law of charity has been plagued by a lack of coherent principles on which consistent judgment may be founded. The *Statute of Elizabeth* was never intended to provide an exhaustive list of charitable purposes, and although the categories enunciated by Lord Macnaghten in *Pemsel* are to some extent a useful classification of what the common law has decided is charitable, they should not and have not been read strictly by the courts. Again, the law of charity has always been treated as a "moving subject": *Scottish Burial Reform*, *supra*, at p. 154. But if this is to remain the case, very little assistance is provided by such standards as "in a way which the law regards as charitable" and "within the spirit and intendment of the preamble to the Statute of Elizabeth", given their circular reasoning and retrospective bias. In the submission of the intervener, the Canadian Centre for Philanthropy (the "Centre"), "without having available a method which allows for consideration of the underlying elements of charitable purpose, any movement forward may be frustrated".

Néanmoins, il est difficile de nier que le droit relatif aux organismes de bienfaisance a souffert de l'absence de principes cohérents autour desquels aurait pu s'articuler une jurisprudence uniforme. La Loi d'Elizabeth n'a jamais eu pour objet de fournir une liste exhaustive des fins de bienfaisance et, quoique les catégories énumérées par lord Macnaghten dans *Pemsel* soient dans une certaine mesure une classification utile des fins reconnues par la common law comme des fins de bienfaisance, elles ne doivent pas être interprétées strictement par les tribunaux et, de fait, elles ne l'ont pas été. Encore une fois, le droit relatif aux organismes de bienfaisance a toujours été considéré comme un «domaine en constante évolution»: *Scottish Burial Reform*, précité, à la p. 154. Mais s'il doit continuer d'en être ainsi, des normes exprimées par des formules telles que «d'une façon que le droit considère comme ayant un caractère de bienfaisance» et «conforme à l'esprit du préambule de la Loi d'Elizabeth» sont très peu utiles, étant donné le raisonnement circulaire sur lequel elles reposent et leur tendance rétrospective. Le Centre canadien de philanthropie (le «Centre») intervenant a soutenu que, [TRADUCTION] «en l'absence d'une méthode permettant de tenir compte des éléments sous-jacents d'une fin de bienfaisance, tout progrès pourrait être impossible». 201

As I have said, it would not be appropriate for the Court, in the context of this case, to adopt an entirely new definition of charity. If this is to be done, especially for the purposes of the *ITA*, the specifics of the desired approach will be for Parliament to decide. Although it is not necessary for me to comment on proposals for change, particularly since aspects of the Centre's proposals may themselves need further clarifications and refinements, I would commend for serious consideration the general framework suggested by the Centre as potentially a useful guide for the legislator. Consistent both with the conceptual approach taken by the Ontario Law Reform Commission (albeit not with its ultimate recommendations, which advise against a legislated definition of charity) and with *D'Aguiar*, *supra*, and drawing heavily from G. H. L. Fridman's article, "Charities and Public Benefit" (1953), 31 *Can. Bar Rev.* 537,

Je le répète, il ne serait pas opportun, dans le contexte du présent pourvoi, que notre Cour adopte une définition entièrement nouvelle d'organisme de bienfaisance. Si une telle mesure doit être prise, particulièrement pour l'application de la *LIR*, c'est au législateur qu'il appartient d'en arrêter le détail. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que je commente les propositions de changement, compte tenu particulièrement du fait que certains aspects des propositions du Centre peuvent nécessiter des clarifications et précisions, je tiens cependant à souligner que le cadre général proposé par le Centre mérite toute l'attention du législateur, car il pourrait se révéler un guide utile. Conformément à l'approche conceptuelle de la Commission de réforme du droit de l'Ontario (mais non à ses recommandations finales, qui sont défavorables à toute définition législative d'organisme de bienfaisance), d'une part, et à l'arrêt *D'Aguiar*, précité, d'autre part, et 202

at pp. 551-52, the Centre proposes an approach which focuses on whether a given project pursues a good for the benefit of strangers in a way that is practically useful. A three-step inquiry is suggested, as follows:

(1) Determine whether the purposes are charitable within the first three heads of *Pemsel*: the relief of poverty, the advancement of religion, or the advancement of education.

(2) If not, determine whether a public benefit is offered, by examining whether

(a) the purpose benefits an identifiable group of people, of whatever size, having a common interest;

(b) the benefit is physical or spiritual, measurable or intangible, direct or indirect; and

(c) the benefit is reasonably recognized and realistically to be provided, as opposed to merely speculative, putative, or hoped-for.

If these requirements are met, then a *prima facie* presumption of charitable purpose is raised. If not, then proceed to determine whether the purpose falls within one of the decided anomalies under the fourth head of *Pemsel*.

(3) Once a *prima facie* presumption of charity is established, determine whether there are grounds for holding the purpose to be non-charitable by reason of one or more of the following:

(a) exceptions previously decided (e.g., political purpose or purpose contrary to public policy);

(b) reasons of public policy relating to the nature of the common interest; or

(c) a failure to be exclusively charitable because the means or activities undertaken

s'inspirant largement de l'article de G. H. L. Fridman, «Charities and Public Benefit» (1953), 31 *R. du B. can.* 537, aux pp. 551 et 552, le Centre propose une approche axée sur la question de savoir si un projet donné vise à réaliser, d'une manière utile et pratique, un bienfait pour autrui. Le Centre suggère l'examen à trois volets qui suit:

(1) Déterminer si les fins poursuivies sont des fins de bienfaisance au sens de l'une des trois premières catégories de l'arrêt *Pemsel*: soulagement de la pauvreté, promotion de la religion ou promotion de l'éducation.

(2) Dans la négative, déterminer si un bienfait public est offert, en vérifiant si les conditions suivantes sont réunies:

a) la fin bénéficie à un groupe identifiable de personnes — indépendamment de leur nombre — qui ont un intérêt commun;

b) le bienfait peut être matériel ou spirituel, mesurable ou intangible, direct ou indirect;

c) le bienfait est raisonnablement reconnu et sera réalistement fourni, par opposition à simplement hypothétique, présumé ou souhaité;

Si ces conditions sont réunies, il s'agit à première vue d'une fin de bienfaisance. Dans la négative, il faut déterminer si la fin relève d'une des anomalies acceptées au titre de la quatrième catégorie de l'arrêt *Pemsel*.

(3) Une fois établie l'existence à première vue d'une fin de bienfaisance, il faut déterminer s'il est justifié d'arriver à la conclusion contraire pour l'un ou plusieurs des motifs suivants:

a) la fin relève d'une exception reconnue (par exemple, il s'agit d'une fin politique ou contraire à une politique générale);

b) il existe des raisons de politique générale touchant à la nature de l'intérêt commun en cause;

c) il ne s'agit pas exclusivement d'une fin de bienfaisance parce que les moyens ou les

are not primarily concerned with giving actual effect to the stated purpose or, at least, subordinate to the primary concern.

As a general matter, there is much to be said for this approach, which focuses primarily on the purposes and not the activities of a given organization and respects both the established law of charity and the need for a flexible approach that will permit movement forward. Certainly, it poses a viable solution to the interpretive problems now inherent in the law, which is preferable not only to the Society's proposal but also to the suggestion that the Court simply add another category to the categories established by *Pemsel*, a suggestion which, in my view, would do little to enhance the fairness or flexibility of the law. However, I reiterate that, even though some substantial change in the law of charity would be desirable and welcome at this time, any such change must be left to Parliament. To be sure, the proposed change would amount to much more than merely a clarification of the law; indeed, it would likely result in a major expansion of the range of organizations that can qualify as charitable both under the *ITA* and otherwise. This would go well beyond the type of incremental change to the common law which this Court has been prepared to make.

D. *Are All of the Organization's Resources Devoted to Charitable Activities or Does the Organization Falls Within the Specific Exemptions of Section 149.1(6.1) or (6.2)?*

It will be clear from the foregoing that I am of the view that the purposes of the Society do not restrict it to charitable activities, and thus that the Society cannot be viewed as being constituted exclusively for charitable purposes. As such, it is unnecessary for me to decide whether all of the organization's resources are devoted to charitable

activités utilisés ou menées ne visent pas principalement à réaliser la fin déclarée ou, du moins, ne sont pas subordonnés à l'objet principal.

De façon générale, cette approche présente 203
beaucoup d'intérêt: elle met principalement l'accent sur les fins poursuivies par un organisme donné et non sur ses activités, et elle respecte le droit établi en matière d'organismes de bienfaisance tout en apportant la souplesse nécessaire pour permettre à celui-ci d'évoluer. Elle offre certainement une solution viable aux problèmes d'interprétation qui affligent actuellement le droit, et elle est préférable non seulement à la proposition de l'association, mais également à la suggestion qui a été faite à notre Cour d'ajouter simplement une autre catégorie à celles établies dans *Pemsel*, suggestion qui, à mon sens, ferait peu pour accroître l'équité du droit ou sa souplesse. Toutefois, je répète que, même si certains changements substantiels du droit en matière d'organismes de bienfaisance seraient souhaitables et bienvenus à ce moment-ci, il faut laisser au législateur le soin de les apporter. Il ne fait aucun doute que les changements proposés feraient bien plus que simplement préciser le droit; de fait, ils entraîneraient probablement un élargissement considérable de l'éventail d'organismes susceptibles d'être reconnus comme organismes de bienfaisance tant sous le régime de la *LIR* qu'autrement. Ces changements iraient beaucoup plus loin que le genre de changements progressifs de la common law que notre Cour est disposée à effectuer.

D. *La totalité des ressources de l'organisme est-elle consacrée à des activités de bienfaisance, ou l'organisme tombe-t-il sous le coup des exemptions expressément prévues au par. 149.1(6.1) ou (6.2)?*

Les propos qui précèdent auront clairement 204
indiqué que je suis d'avis que les fins poursuivies par l'association ne la limitent pas à des activités de bienfaisance et que, de ce fait, elle ne peut pas être considérée comme ayant été constituée exclusivement à de telles fins. Il n'est donc pas nécessaire de décider si la totalité des ressources de cet

activities or whether the organization falls within the specific exemptions of s. 149.1(6.1) or (6.2). That is, its application for registration as a charitable organization would have been properly rejected by Revenue Canada even on the basis of its purposes clause alone. However, given the great deal of argument focused on the activities actually carried out by the Society, and despite the inevitable overlap between the discussions of purposes and activities, a few brief remarks about the nature of the Society's activities are, I believe, appropriate at this point.

organisme est consacrée à des activités de bienfaisance ou si celui-ci tombe sous le coup des exemptions expressément prévues au par. 149.1(6.1) ou (6.2). En d'autres mots, Revenu Canada aurait à bon droit refusé la demande d'enregistrement à titre d'œuvre de bienfaisance en se basant uniquement sur la clause énonçant les fins poursuivies par l'association. Toutefois, étant donné qu'une grande partie de l'argumentation a porté sur les activités exercées dans les faits par l'association, et quoique l'examen des fins et celui des activités se chevauchent inévitablement, je crois qu'il convient, à ce moment-ci de l'analyse, de faire quelques brèves remarques sur la nature des activités de l'association.

205 Even if I were to assume that all of the Society's stated purposes are charitable, it is clear that several of the activities detailed in its submissions to Revenue Canada, including the aforementioned job skills directory as well as networking, liaising for accreditation of credentials, soliciting job opportunities, and offering referral services, are not. These activities cannot be said to be carried on in furtherance of, or incidental or ancillary to, any valid charitable purpose. That is, teaching women skills they require to obtain employment in Canada is one thing; publishing a directory and otherwise marketing those skills to prospective employers is quite another. While these additional services are no doubt helpful to the members of the Society as well as, presumably, to their eventual employers, the Society has failed to show how they fall within any of the established categories of charity, either directly or by analogy. Thus, it is impossible, in my view, to say either that the Society's activities are actually restricted to charitable activities or that substantially all of its resources are allocated to such activities. In fact, the opposite conclusion is indicated.

Même si je supposais que toutes les fins que déclare poursuivre l'association sont des fins de bienfaisance, il est évident que plusieurs des activités précisées dans les observations qu'elle a présentées à Revenu Canada, notamment le répertoire de compétences susmentionné, le réseautage, les communications en vue de l'attestation des titres de compétences, la sollicitation d'offres d'emploi et les services d'orientation, ne sont pas des activités de bienfaisance. Il est impossible d'affirmer que ces activités sont exercées en vue de réaliser une fin de bienfaisance légitime ou qu'elles sont accessoires à une telle fin. En d'autres mots, enseigner aux femmes des aptitudes dont elles ont besoin pour se trouver du travail au Canada est une chose; publier un répertoire de compétences ou faire connaître de quelque autre façon ces compétences à d'éventuels employeurs est quelque chose de tout à fait différent. Même si ces services additionnels sont sans aucun doute utiles aux membres de l'association et aussi, peut-on supposer, à leurs employeurs éventuels, l'association n'a pas démontré comment ils relèvent de l'une ou l'autre des catégories établies d'organismes de bienfaisance, soit directement soit par analogie. En conséquence, il est impossible à mon avis de dire que les activités de l'association se limitent dans les faits à des activités de bienfaisance ou que celle-ci consacre presque toutes ses ressources à de telles activités. En fait, la conclusion contraire s'impose.

In the result, I am of the view that the Society has not satisfied either of the two criteria for registration as a charity under s. 248(1) of the *ITA*. In this respect, while I differ somewhat in the reasoning involved, I am in substantial agreement with the ultimate conclusion reached by both Revenue Canada and the Federal Court of Appeal.

Par conséquent, je suis d'avis que l'association n'a satisfait à aucun des deux critères régissant l'enregistrement en tant qu'organisme de bienfaisance sous le régime du par. 248(1) de la *LIR*. À cet égard, bien que mon raisonnement soit un peu différent du leur, je souscris pour l'essentiel à la conclusion de la Cour d'appel fédérale et de Revenu Canada. 206

E. *Charter Considerations*

One final submission merits some consideration. It was argued by the interveners, the Minority Advocacy and Rights Council, the Canadian Ethnocultural Council, and the Centre for Research Action on Race Relations that the rule in *Pemsel*, as incorporated in ss. 248(1) and 149.1(1) of the *ITA*, violates s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by discriminating against immigrant and visible minority women on the basis of the analogous ground of immigrant status as well as the enumerated grounds of race, gender, and national or ethnic origin. Very briefly, the argument runs as follows. The purpose of the *Pemsel* rule is to support socially desirable activities of registered charities for the benefit of their beneficiaries by facilitating the raising of revenue to fund these activities. Denying the Society registration under the aforementioned subsections of the *ITA* may result in its being able to raise less revenue, which means that immigrant and visible minority women may not enjoy the full range of activities that otherwise might be available to them. The result, it is submitted, is that these women are denied benefits made available to others by virtue of "irrelevant personal characteristics".

E. *Considérations relatives à la Charte*

Un dernier argument mérite que nous nous y arrêtions. Les intervenants, en l'occurrence le Conseil de revendication des droits des minorités, le Conseil ethnoculturel du Canada et le Centre de recherche-action sur les relations raciales, ont prétendu que la règle énoncée dans *Pemsel*, incorporée dans les par. 248(1) et 149.1(1) de la *LIR*, viole l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elle crée, à l'endroit des immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible, de la discrimination fondée sur un motif analogue, savoir le statut d'immigrant, ainsi que sur les motifs énumérés suivants: race, sexe et origine nationale ou ethnique. Voici, très brièvement, en quoi consiste cet argument. La règle énoncée dans *Pemsel* a pour objet de soutenir les activités socialement désirables exercées par les organismes de bienfaisance enregistrés à l'intention de leurs bénéficiaires, en facilitant la levée de fonds destinés à financer ces activités. Le fait de refuser à l'association l'enregistrement sous le régime des paragraphes précités de la *LIR* peut se traduire par des levées de fonds moins importantes, ce qui signifie que les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible ne pourront peut-être pas bénéficier de toute la gamme des activités qui pourraient autrement leur être offertes. Il en résulte, plaide-t-on, que pour des [TRADUCTION] «caractéristiques personnelles non pertinentes» ces femmes sont privées d'avantages dont bénéficient d'autres personnes. 207

With respect, because I see no merit to this argument, it can be dealt with briefly. The interplay of *Pemsel* and the *ITA* results in a scheme whereby any organization, by restricting itself to charitable purposes and activities, can qualify for registration as a charitable organization. This proposition also

Avec égards, comme je ne vois aucun fondement à cet argument, il est possible d'y répondre en peu de mots. L'interaction de l'arrêt *Pemsel* et de la *LIR* donne un régime dans le cadre duquel tout organisme qui se limite à des fins et activités de bienfaisance peut être admissible à l'enregistre- 208

holds in its inverse form: every organization, to qualify for registration under s. 248(1), must restrict itself to charitable purposes and activities. This requirement applies uniformly to every organization that seeks to be registered as charitable. The rejection of the Society's application for registration was a consequence of the nature of its purposes and activities, not of the characteristics of its intended beneficiaries. In fact, as I have already stated, the personal characteristics of the class of beneficiaries would erect no barrier to the Society's application if it could show that its purposes and activities were otherwise charitable. Simply put, nothing in the law operates to prevent immigrant and visible minority women from forming the beneficiary class of a properly constituted charitable organization. The denial of registration in this case has been the result not of any discrimination within the meaning of s. 15, but of the organization's inability to bring itself within established guidelines of uniform application.

ment comme œuvre de bienfaisance. La proposition réciproque vaut également: pour être admissible à l'enregistrement, sous le régime du par. 248(1), tout organisme doit se limiter à des fins et activités de bienfaisance. Cette condition s'applique uniformément à tout organisme qui demande à être enregistré comme œuvre de bienfaisance. Le refus de la demande d'enregistrement de l'association découle de la nature de ses fins et activités et non des caractéristiques des bénéficiaires visés. En fait, comme je l'ai dit précédemment, les caractéristiques personnelles de la catégorie de bénéficiaires ne feraient pas obstacle à la demande de l'association si celle-ci pouvait démontrer que ses fins et ses activités sont par ailleurs des fins et activités de bienfaisance. Simplement, cela signifie qu'aucune règle de droit n'a pour effet d'empêcher les immigrantes et les femmes appartenant à une minorité visible d'être les bénéficiaires d'une œuvre de bienfaisance validement constituée. En l'espèce, le refus de l'enregistrement résulte non pas de discrimination au sens de l'art. 15, mais plutôt de l'incapacité de l'association de se conformer aux lignes directrices établies, qui sont appliquées uniformément.

209 Thus, I must reject the suggestion that the operation of the charitable registration scheme in the *ITA* constitutes a violation of the s. 15 rights of the Society's intended beneficiaries.

En conséquence, je dois rejeter la suggestion selon laquelle l'application du régime prévu par la *LIR* en matière d'enregistrement des organismes de bienfaisance porte atteinte aux droits que garantit l'art. 15 aux bénéficiaires visés par l'association.

VI. Disposition

VI. Dispositif

210 For all of the above reasons, I would dismiss the appeal, with no order as to costs.

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, sans ordonnance en ce qui concerne les dépens.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

Solicitor for the appellant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureur de l'appelante: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Procureur de l'intimé: George Thomson, Ottawa.

Solicitor for the interveners Minority Advocacy and Rights Council, Canadian Ethnocultural Council and Centre for Research Action on Race Relations: Emilio S. Binavince, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Centre for Philanthropy: Worton & Hunter, Edmonton; Drache Burke-Robertson & Buchmayer, Ottawa.

Procureur des intervenants le Conseil de revendication des droits des minorités, le Conseil ethnoculturel du Canada et le Centre de recherche-action sur les relations raciales: Emilio S. Binavince, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Centre canadien de philanthropie: Worton & Hunter, Edmonton; Drache Burke-Robertson & Buchmayer, Ottawa.

FBI Foods Ltd. — Les aliments FBI Ltée, FBI Brands Ltd. — Les marques FBI Ltée and Lawrence Kurlender *Appellants*

v.

Cadbury Schweppes Inc. and Cadbury Beverages Canada Inc./Breuvages Cadbury Canada Inc. *Respondents*

INDEXED AS: CADBURY SCHWEPPES INC. *v.* FBI FOODS LTD.

File No.: 25778.

1998: April 30; 1999: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Commercial law — Confidential information — Breach of confidence — Remedies — Manufacturer using confidential information obtained under licensing agreement to manufacture competing product — Whether permanent injunction appropriate remedy for breach of confidence in this case — Whether "head start" concept applies — Whether calculation of equitable compensation differs from common law damages.

Duffy-Mott licensed its trademark and its formula for making "Clamato", a confection of tomato juice and clam broth, to Caesar Canning. To enable Caesar Canning to produce Clamato, Duffy-Mott communicated information about its recipe and manufacturing procedures which was confidential. Caesar Canning subsequently entered into a contract with the appellant FBI Foods to manufacture Clamato and passed on this confidential information. The respondent Cadbury Schweppes acquired the shares of Duffy-Mott and notified Caesar Canning that the licence agreement (and consequently the sub-agreement with FBI Foods) would terminate in 12 months, on April 15, 1983. The licence agreement left Caesar Canning (and therefore FBI Foods) free to compete with the respondent in the juice market after termination. It provided only that Caesar Canning would no longer have the right to use the trademark "Clamato" and would not, for a period of five years, manufacture or distribute any product which

FBI Foods Ltd. — Les aliments FBI Ltée, FBI Brands Ltd. — Les marques FBI Ltée et Lawrence Kurlender *Appelants*

c.

Cadbury Schweppes Inc. et Cadbury Beverages Canada Inc./Breuvages Cadbury Canada Inc. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: CADBURY SCHWEPPES INC. *c.* ALIMENTS FBI LTÉE

N° du greffe: 25778.

1998: 30 avril; 1999: 28 janvier.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit commercial — Renseignements confidentiels — Abus de confiance — Réparations — Fabricant utilisant des renseignements confidentiels obtenus aux termes d'un contrat de licence pour fabriquer un produit concurrent — L'injonction permanente est-elle la réparation qu'il convient d'accorder pour un abus de confiance en l'espèce? — La notion de «longueur d'avance» s'applique-t-elle? — Le calcul d'une indemnité fondée sur l'equity diffère-t-il de celui des dommages-intérêts reconnus en common law?

Duffy-Mott a accordé à Caesar Canning une licence relative à sa marque de commerce et à sa formule pour la préparation de «Clamato», un mélange de jus de tomate et de bouillon de palourdes. Pour permettre à Caesar Canning de produire le Clamato, Duffy-Mott lui a transmis des renseignements confidentiels sur sa recette et ses procédés de fabrication. Caesar Canning a, par la suite, conclu avec l'appelante Les aliments FBI un contrat de fabrication du Clamato et lui a transmis les renseignements confidentiels en question. L'intimée Cadbury Schweppes a acheté les actions de Duffy-Mott et a avisé Caesar Canning que le contrat de licence (et, par voie de conséquence, le contrat que celle-ci avait conclu avec Les aliments FBI) prendrait fin 12 mois plus tard, le 15 avril 1983. Le contrat de licence laissait à Caesar Canning (et donc à la société Les aliments FBI) la liberté de faire concurrence à l'intimée dans le marché du jus après la résiliation. Il prévoyait seulement que Caesar Canning n'aurait plus le droit d'utiliser la

included among its ingredients clam juice and tomato juice. Working from the list of ingredients and processing specifications for Clamato, but omitting clams or other seafood, Caesar Canning developed Caesar Cocktail, which went on the market immediately after the licensing agreement terminated. FBI Foods agreed to co-pack the new product. The respondents had surreptitiously discovered the exact formula of Caesar Cocktail at the end of March 1983, but did not take any action to enjoin the manufacture and sale of Caesar Cocktail, or otherwise protest, since they mistakenly believed that the absence of clam broth in the reformulated recipe would be fatal to their claim. When Caesar Canning declared bankruptcy, FBI Foods purchased its assets and carried on the production of Caesar Cocktail through a wholly owned subsidiary, FBI Brands. In 1986, the respondents obtained new legal advice respecting their legal rights, and dispatched a cease and desist letter to FBI Brands. Eventually, this action was commenced in 1988 against the FBI companies. The trial judge concluded that by misappropriating the confidential information the appellants had wrongfully obtained a 12-month "springboard" into the highly competitive juice market that but for the breach they would not have enjoyed. She refused an injunction but awarded as "head start damages" the amount it would have cost Caesar Canning to hire a consultant to assist with in-house development of a new tomato-based brand during the 12-month notice period. The Court of Appeal granted the respondents a permanent injunction against continued use of the confidential information, or products derived therefrom. It also awarded compensation equivalent to the profits they would have earned had they in fact sold an additional volume of Clamato equivalent to the sales of Caesar Cocktail during the 12-month period following termination of the licence, the amount of which was to be determined in a reference.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Equity, as a court of conscience, directs itself to the behaviour of the person who has come into possession of information that is in fact confidential, and was accepted on that basis, either expressly or by implica-

marque de commerce «Clamato» et qu'il lui serait interdit, pendant une période de cinq ans, de fabriquer ou de distribuer tout produit qui compterait parmi ses ingrédients du bouillon de palourdes et du jus de tomate. En se servant de la liste des ingrédients et du procédé de fabrication du Clamato, mais en omettant d'y inclure des palourdes ou d'autres fruits de mer, Caesar Canning a mis au point le Caesar Cocktail, qui a été lancé sur le marché immédiatement après la résiliation du contrat de licence. La société Les aliments FBI a accepté de mettre en bouteille à forfait le nouveau produit. Les intimées avaient subrepticement découvert la formule exacte du Caesar Cocktail à la fin de mars 1983, mais elles n'ont pris aucune mesure pour faire interdire la fabrication et la vente du Caesar Cocktail, et n'ont protesté d'aucune autre manière, parce qu'elles croyaient à tort que l'absence de bouillon de palourdes dans la recette reformulée serait fatale à leur recours. Lorsque Caesar Canning a déclaré faillite, la société Les aliments FBI a acheté ses actifs et a confié la production du Caesar Cocktail à une filiale en propriété exclusive, Les marques FBI. En 1986, les intimées ont obtenu un nouvel avis juridique au sujet de leurs droits, et ont envoyé une mise en demeure à la société Les marques FBI. La présente action a finalement été intentée en 1988 contre les sociétés FBI. Le juge de première instance a conclu qu'en s'appropriant illicitement les renseignements confidentiels, les appelants avaient bénéficié injustement, dans le marché très concurrentiel des jus, d'un «tremplin» de 12 mois qui n'aurait pas existé sans le manquement commis. Elle a refusé de prononcer une injonction mais a accordé, à titre de «dommages-intérêts pour la longueur d'avance conférée», la somme qu'aurait dû débourser Caesar Canning pour embaucher un consultant chargé de l'aider à mettre au point sur place un nouveau produit à base de tomates au cours de la période de préavis de 12 mois. La Cour d'appel a accordé aux intimées une injonction permanente ordonnant de cesser l'utilisation des renseignements confidentiels, ou des produits qui en sont tirés. Elle leur a aussi accordé une indemnité représentant les profits qu'elles auraient réalisés si elles avaient vendu une quantité additionnelle de Clamato équivalant au volume des ventes de Caesar Cocktail effectuées au cours de la période de 12 mois ayant suivi la résiliation de la licence, dont le montant devrait être déterminé dans le cadre d'un renvoi.

Arrêt: Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

L'*equity*, qui fait appel à la conscience, s'intéresse au comportement de la personne entrée en possession de renseignements qui sont en réalité confidentiels, et qu'elle a acceptés comme tels, expressément ou par

tion. Equity will pursue the information into the hands of a third party who receives it with the knowledge that it was communicated in breach of confidence (or afterwards acquires notice of that fact even if innocent at the time of acquisition) and impose its remedies. The equitable doctrine, which is the basis on which the courts below granted relief, potentially runs alongside a number of other causes of action for unauthorized use or disclosure of confidential information, including actions sounding in contract, tort and property law. It was suggested in *Lac Minerals* that the action for breach of confidence should be characterized as a *sui generis* hybrid that springs from multiple roots in equity and the common law. The *sui generis* concept was adopted to recognize the flexibility that has been shown by courts in the past to uphold confidentiality and in crafting remedies for its protection. The result of *Lac Minerals* is to confirm jurisdiction in the courts in a breach of confidence action to grant a remedy dictated by the facts of the case rather than strict jurisdictional or doctrinal considerations. Whether a breach of confidence in a particular case has a contractual, tortious, proprietary or trust flavour goes to the appropriateness of a particular equitable remedy but does not limit the court's jurisdiction to grant it.

There was no fiduciary relationship in this case. The policy objectives underlying fiduciary relationships do not generally apply to business entities dealing at arm's length. While the existence of a fiduciary duty will not be denied simply because of the commercial context where the ingredients giving rise to that duty are otherwise present, the overriding deterrence objective applicable to situations of particular vulnerability to the exercise of a discretionary power does not operate here.

A contractual term that deals expressly or by necessary implication with confidentiality can negate the general obligation otherwise imposed by equity. However, the licence agreement in this case cannot reasonably be read as negating the duty of confidence imposed by law. The contractual context, while it may place important parameters on what compensation would be appropriate, does not assist the appellants in their effort to eliminate the compensation altogether.

déduction. L'*equity* continue de s'appliquer aux renseignements qui sont entre les mains d'un tiers qui les reçoit en sachant qu'ils ont été communiqués par suite d'un abus de confiance (ou qui prend connaissance de ce fait ultérieurement) et prescrit certaines mesures de redressement. La règle d'*equity*, sur laquelle se sont appuyés les tribunaux d'instance inférieure pour accorder une réparation, peut coexister avec de nombreux autres droits d'action pour utilisation ou communication non autorisées de renseignements confidentiels, notamment les actions fondées sur le droit des contrats, la responsabilité délictuelle et le droit des biens. Dans l'arrêt *Lac Minerals*, il a été indiqué que l'action pour abus de confiance devait être considérée comme une action hybride *sui generis* dont les sources multiples émanent de l'*equity* et de la common law. Le concept de *sui generis* a été adopté afin de reconnaître la souplesse dont ont fait preuve les tribunaux dans le passé pour maintenir la confidentialité et concevoir des réparations visant à la préserver. L'arrêt *Lac Minerals* confirme que, dans une action pour abus de confiance, les tribunaux ont compétence pour accorder une réparation dictée par les faits de l'affaire plutôt que par des considérations purement juridictionnelles ou doctrinales. La question de savoir si, dans un cas donné, un abus de confiance relève du droit contractuel, du droit délictuel, du droit des biens ou du droit des fiducies a trait au caractère approprié d'une réparation particulière en *equity*, mais ne limite pas la compétence du tribunal pour accorder cette réparation.

Il n'y avait pas de rapports fiduciaires en l'espèce. Les objectifs de principe qui sous-tendent les rapports fiduciaires ne s'appliquent pas généralement aux entités commerciales qui agissent sans lien de dépendance. Même si l'existence d'une obligation fiduciaire ne sera pas niée simplement en raison du contexte commercial lorsque les éléments qui y donnent naissance sont par ailleurs présents, l'objectif primordial de dissuasion applicable au cas de vulnérabilité particulière à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne s'applique pas en l'espèce.

Une clause contractuelle qui traite de la confidentialité, expressément ou par déduction nécessaire, peut annihiler l'obligation générale par ailleurs imposée par l'*equity*. Cependant, le contrat de licence en l'espèce ne saurait raisonnablement être interprété comme annihilant l'obligation de confidentialité imposée par le droit. Même s'il peut imposer des paramètres importants quant à l'indemnisation appropriée, le contexte contractuel ne peut aider les appelants à éliminer complètement l'indemnisation.

The respondents' characterization of confidential information as property is controversial. The reliance on intellectual property law ignores the "bargain" that lies at the heart of patent protection. A patent is a statutory monopoly which is given in exchange for a full and complete disclosure by the patentee of his or her invention. If a court were to award compensation to the respondents on principles analogous to those applicable in a case of patent infringement, the respondents would be obtaining the benefit of patent remedies without establishing that their invention meets the statutory criteria for the issuance of a patent, or paying the price of public disclosure of their secret. A proprietary remedy should not automatically follow from a breach of confidentiality. It would be contrary to the authorities to allow the choice of remedy to be driven by a label ("property") rather than a case-by-case balancing of the equities. In this case, the trial judge considered the confidential information to be nothing very special, and that "but for" the breach the respondents would in any event have faced a merchantable version of Caesar Cocktail in the marketplace within 12 months.

While equitable rules may produce a more generous level of compensation than their counterparts in tort, in the present case the policy objectives in both equity and tort would equally support restoration of the plaintiff to the financial position it would have occupied "but for" the breach.

In Canada, the authority to award financial compensation for breach of confidence is inherent in the exercise of general equitable jurisdiction and does not depend on the niceties of *Lord Cairns' Act* or its statutory successors.

The trial judge was correct to refuse a permanent injunction in the circumstances of this case, and the permanent injunction issued by the Court of Appeal should be vacated. The fact the respondents may have delayed action under a misapprehension of their legal rights was certainly a consideration relevant to the defence of acquiescence raised against them as an absolute bar to their action, but the delay thus explained away may nevertheless be taken into consideration when weighing the equities of a permanent injunction. While the law would lose its deterrent effect if defendants could misappropriate confidential information and retain profits thereby

La qualité de biens que les intimées attribuent aux renseignements confidentiels est controversée. Le fait d'invoquer le droit de la propriété intellectuelle ne tient pas compte du «marché» qui est au cœur même de la protection conférée par les brevets. Un brevet est un monopole légal accordé en contrepartie de la divulgation totale et complète de son invention par le breveté. Si un tribunal devait accorder une indemnité aux intimées en se fondant sur des principes analogues à ceux applicables en matière de contrefaçon de brevet, celles-ci se trouveraient à bénéficier de réparations attachées au brevet sans avoir à établir que leur invention satisfait aux critères légaux de délivrance d'un brevet, ou sans avoir à payer le prix de la divulgation publique de leur secret. Une réparation fondée sur le droit de propriété ne devrait pas automatiquement être accordée à la suite d'un manquement à l'obligation de confidentialité. Il serait contraire à la jurisprudence de permettre que le choix de la réparation soit guidé par une étiquette («bien») plutôt que par une évaluation cas par cas de ce qu'exige l'*equity* entre les parties. En l'espèce, le juge de première instance a considéré que les renseignements confidentiels n'avaient rien de très particulier et que, «n'eût été» le manquement, les intimées auraient de toute façon dû affronter sur le marché, dans les 12 mois, une version commercialisable du Caesar Cocktail.

Bien que les règles d'*equity* puissent donner lieu à une indemnité plus généreuse que les règles de la responsabilité délictuelle, les objectifs de principe qui existent tant en *equity* qu'en matière de responsabilité délictuelle justifieraient également, en l'espèce, le rétablissement de la demanderesse dans la situation financière qui aurait été la sienne «n'eût été» le manquement.

Au Canada, le pouvoir d'accorder une indemnité pécuniaire dans un cas d'abus de confiance est inhérent à l'exercice de la compétence générale d'*equity* et n'est pas tributaire des subtilités de la *Lord Cairns' Act* ou des lois qui lui ont succédé.

Dans les circonstances de la présente affaire, le juge de première instance a eu raison de refuser d'accorder une injonction permanente, et l'injonction permanente prononcée par la Cour d'appel devrait être annulée. Le fait que les intimées puissent avoir tardé à agir en raison d'une méprise quant aux droits que leur conférait la loi était sûrement une considération pertinente quant à la défense d'acquiescement invoquée contre elles à titre d'obstacle absolu à leur action, mais le retard ainsi expliqué peut néanmoins entrer en ligne de compte dans l'évaluation des droits en *equity* à une injonction permanente. Alors que la loi perdrait son effet dissuasif si les

generated subject only to the payment of compensation if, as and when they are caught and successfully sued, one's indignation in this case has to be tempered by an appreciation of the equities between the parties at the date of the trial. At the date of the trial, 11 years had passed since Caesar Cocktail went into production, using "nothing very special" information that could promptly have been replaced (had the respondents made a timely fuss) by substitute technology accessible to anyone skilled in the art of juice formulation. An injunction in the circumstances of this case would inflict competitive damage on the appellants in 1999 far beyond what is necessary to restore the respondents to the competitive position they would have enjoyed "but for" the breach 16 years ago. With respect to financial compensation, the Court of Appeal was correct to reject the trial judge's "consulting fee" approach in this case, since the confidential information was not for sale. Its "market value" was thus not a proper measure. It erred, however, in being prepared to assume that if Caesar Cocktail had been kept off the market the void would have been filled with sales of Clamato juice. The reference directed by the Court of Appeal should therefore continue, but on somewhat modified terms. The mandate is to assess the financial loss if any attributable to the breach of confidence during the compensable period. The compensable period is the 12 months following termination of the licence, as directed by the Court of Appeal. The assessment of the respondents' loss of profit may include consideration of relevant market factors, as well as the royalties otherwise payable under the licence agreement, for the 12-month compensable period. The Referee will have to keep in mind that the objective is a broadly equitable result; mathematical exactitude is neither required nor obtainable.

Cases Cited

Considered: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; **referred to:** *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415; *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41; *Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.*,

défendeurs pouvaient s'approprier illicitement des renseignements confidentiels et conserver les profits qu'ils en tirent, en versant simplement une indemnité si jamais ils se faisaient prendre et étaient poursuivis avec succès, il faut tempérer son indignation en l'espèce en examinant les droits en *equity* des parties à la date du procès. À cette date, 11 années s'étaient écoulées depuis que l'on avait commencé à produire le Caesar Cocktail à l'aide de renseignements n'ayant «rien de très particulier» qui auraient pu être remplacés promptement (si les intimées avaient réagi à temps) par d'autres techniques accessibles à toute personne spécialisée dans la formulation de jus. Si une injonction était accordée dans les circonstances de la présente affaire, elle causerait aux appelants en 1999 un préjudice sur le plan de la concurrence allant bien au-delà de ce qui est nécessaire pour rétablir les intimées dans la position concurrentielle qu'elles auraient occupée «n'eût été» le manquement commis il y a 16 ans. En ce qui concerne l'indemnité pécuniaire, la Cour d'appel a eu raison de rejeter la méthode des «honoraires d'expertise» adoptée par le juge de première instance en l'espèce, étant donné que les renseignements confidentiels n'étaient pas à vendre. La «valeur marchande» de ces renseignements n'était donc pas une bonne méthode de calcul. Elle a toutefois commis une erreur en étant disposée à supposer que, si le Caesar Cocktail avait été gardé à l'écart du marché, le vide ainsi créé aurait été comblé par des ventes de jus Clamato. Le renvoi ordonné par la Cour d'appel devrait donc se poursuivre, mais à des conditions quelque peu modifiées. Il s'agit d'évaluer la perte pécuniaire, s'il en est, qui a été subie en raison de l'abus de confiance pendant la période à l'égard de laquelle il peut y avoir indemnisation. Cette période est celle de 12 mois qui a suivi la résiliation de la licence, comme l'a ordonné la Cour d'appel. Il est possible de prendre en considération dans le calcul de la perte de profits des intimées les conditions du marché pertinentes, de même que les redevances par ailleurs payables en vertu du contrat de licence, pendant la période de 12 mois à l'égard de laquelle il peut y avoir indemnisation. L'arbitre devra se souvenir qu'il s'agit d'atteindre un résultat généralement équitable; l'exactitude mathématique n'est ni requise ni possible.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; **arrêts mentionnés:** *Seager c. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415; *Coco c. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41; *Aquaculture Corp. c. New Zealand Green*

[1990] 3 N.Z.L.R. 299; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551; *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.* (1998), 80 C.P.R. (3d) 449; *Ben-Israel v. Vitacare Medical Products Inc.* (1997), 78 C.P.R. (3d) 94; *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] A.C. 109; *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 718; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *337965 B.C. Ltd. v. Tackama Forest Products Ltd.* (1992), 91 D.L.R. (4th) 129, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. v; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *E. I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland*, 244 U.S. 100 (1917); *Moorgate Tobacco Co. v. Philip Morris Ltd.* (1984), 156 C.L.R. 414; *Federal Commissioner of Taxation v. United Aircraft Corp.* (1943), 68 C.L.R. 525; *Macri v. Miskiewicz* (1991), 39 C.P.R. (3d) 207, varied (1993), 50 C.P.R. (3d) 76; *Phipps v. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46; *Re Keene*, [1922] 2 Ch. 475; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Mouat v. Clark Boyce*, [1992] 2 N.Z.L.R. 559, rev'd on other grounds, [1993] 4 All E.R. 268; *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *ICAM Technologies Corp. v. EBCO Industries Ltd.* (1993), 52 C.P.R. (3d) 61, aff'g (1991), 36 C.P.R. (3d) 504; *Ontex Resources Ltd. v. Metalore Resources Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 229; *655 Developments Ltd. v. Chester Dawe Ltd.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 500; *Argyll (Duchess) v. Argyll (Duke)*, [1967] Ch. 302; *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, [1957] R.P.C. 207; *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 93; *Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 2)*, [1979] 2 All E.R. 620; *Pharand Ski Corp. v. Alberta* (1991), 80 Alta. L.R. (2d) 216; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Recovery Production Equipment Ltd. v. McKinney Machine Co.*, [1998] A.J. No. 801 (QL); *Treadwell v. Martin* (1976), 67 D.L.R. (3d) 493; *Planon Systems Inc. v. Norman Wade Co.*, [1998] O.J. No. 3547 (QL); *Z Mark International Inc. v. Leng Novak Blais Inc.* (1996), 12 O.T.C. 33; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *Interfirm Comparison (Australia) Pty. Ltd. v. Law Society of New South Wales*, [1977] R.P.C. 137; *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd.*, [1967] R.P.C. 375 (1959), aff'd [1960] R.P.C. 128; *Santé Naturelle Ltée v. Produits de Nutrition Vitaform Inc.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 548; *Montour Ltée v. Jolicœur* (1988), 19 C.I.P.R. 25; *Matrox Electronic Systems Ltd. v. Gaudreau*, [1993]

Mussel Co., [1990] 3 N.Z.L.R. 299; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. c. McTavish*, [1966] R.C.S. 551; *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.* (1998), 80 C.P.R. (3d) 449; *Ben-Israel c. Vitacare Medical Products Inc.* (1997), 78 C.P.R. (3d) 94; *Attorney-General c. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] A.C. 109; *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 718; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *337965 B.C. Ltd. c. Tackama Forest Products Ltd.* (1992), 91 D.L.R. (4th) 129, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. v; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *E. I. Du Pont de Nemours Powder Co. c. Masland*, 244 U.S. 100 (1917); *Moorgate Tobacco Co. c. Philip Morris Ltd.* (1984), 156 C.L.R. 414; *Federal Commissioner of Taxation c. United Aircraft Corp.* (1943), 68 C.L.R. 525; *Macri c. Miskiewicz* (1991), 39 C.P.R. (3d) 207, modifié (1993), 50 C.P.R. (3d) 76; *Phipps c. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46; *Re Keene*, [1922] 2 Ch. 475; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Mouat c. Clark Boyce*, [1992] 2 N.Z.L.R. 559, inf. pour d'autres motifs, [1993] 4 All E.R. 268; *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *ICAM Technologies Corp. c. EBCO Industries Ltd.* (1993), 52 C.P.R. (3d) 61, conf. (1991), 36 C.P.R. (3d) 504; *Ontex Resources Ltd. c. Metalore Resources Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 229; *655 Developments Ltd. c. Chester Dawe Ltd.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 500; *Argyll (Duchess) c. Argyll (Duke)*, [1967] Ch. 302; *Nichrotherm Electrical Co. c. Percy*, [1957] R.P.C. 207; *English c. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 93; *Malone c. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 2)*, [1979] 2 All E.R. 620; *Pharand Ski Corp. c. Alberta* (1991), 80 Alta. L.R. (2d) 216; *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Recovery Production Equipment Ltd. c. McKinney Machine Co.*, [1998] A.J. No. 801 (QL); *Treadwell c. Martin* (1976), 67 D.L.R. (3d) 493; *Planon Systems Inc. c. Norman Wade Co.*, [1998] O.J. No. 3547 (QL); *Z Mark International Inc. c. Leng Novak Blais Inc.* (1996), 12 O.T.C. 33; *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *Interfirm Comparison (Australia) Pty. Ltd. c. Law Society of New South Wales*, [1977] R.P.C. 137; *Terrapin Ltd. c. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd.*, [1967] R.P.C. 375 (1959), conf. par [1960] R.P.C. 128; *Santé Naturelle Ltée c. Produits de Nutrition Vitaform Inc.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 548; *Montour Ltée c. Jolicœur*, [1988] R.J.Q. 1323; *Matrox Electronic Systems Ltd. c.*

R.J.Q. 2449; *Dowson & Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3; *Chaleur Silica Inc. v. Lockhart* (1990), 108 N.B.R. (2d) 366; *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203; *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie v. Andres Wines Ltd.* (1987), 40 D.L.R. (4th) 239, aff'd (1990), 71 D.L.R. (4th) 575n, leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. x; *Stephenson Jordan & Harrison Ltd. v. MacDonald & Evans* (1951), 69 R.P.C. 10; *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287; *Schauenburg Industries Ltd. v. Borowski* (1979), 101 D.L.R. (3d) 701; *Robb v. Green*, [1895] 2 Q.B. 1; *United Horse-Shoe and Nail Co. v. Stewart* (1888), 13 App. Cas. 401; *Wood v. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 S.C.R. 283; *Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 267; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 207, aff'd (1995), 11 B.C.L.R. (3d) 262.

Statutes and Regulations Cited

Chancery Amendment Act, 1858 (U.K.), 21 & 22 Vict., c. 27 (*Lord Cairns' Act*).
Court of Queen's Bench Act, S.M. 1988-89, c. 4, s. 36.
Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 99.
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27.
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 20.
Judicature Act, R.S.N.W.T. 1988, c. J-1, s. 42.
Judicature Act, R.S.Y. 1986, c. 96, s. 27.
Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, c. Q-1, s. 45(9).
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, s. 32.

Authors Cited

Birks, Peter. "The Remedies for Abuse of Confidential Information", [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 460.
Capper, David. "Damages for Breach of the Equitable Duty of Confidence" (1994), 14 *Legal Stud.* 313.
Davies, J. D. "Duties of Confidence and Loyalty", [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 4.
Great Britain. Law Commission. *Breach of Confidence: Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commission Act 1965*. Law Com. No. 110, Cmnd. 8388. London: H.M.S.O., 1981.

Gaudreau, [1993] R.J.Q. 2449; *Dowson & Mason Ltd. c. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3; *Chaleur Silica Inc. c. Lockhart* (1990), 108 R.N.-B. (2e) 366; *Saltman Engineering Co. c. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203; *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie c. Andres Wines Ltd.* (1987), 40 D.L.R. (4th) 239, conf. par (1990), 71 D.L.R. (4th) 575n, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 1 R.C.S. x; *Stephenson Jordan & Harrison Ltd. c. MacDonald & Evans* (1951), 69 R.P.C. 10; *Shelfer c. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287; *Schauenburg Industries Ltd. c. Borowski* (1979), 101 D.L.R. (3d) 701; *Robb c. Green*, [1895] 2 Q.B. 1; *United Horse-Shoe and Nail Co. c. Stewart* (1888), 13 App. Cas. 401; *Wood c. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 R.C.S. 283; *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 207, conf. par (1995), 11 B.C.L.R. (3d) 262.

Lois et règlements cités

Chancery Amendment Act, 1858 (R.-U.), 21 & 22 Vict., ch. 27 (*Lord Cairns' Act*).
Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 79.
Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 20.
Loi sur la Cour du Banc de la Reine, L.M. 1988-89, ch. 4, art. 36.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 99.
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-1, art. 42.
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.Y. 1986, ch. 96, art. 27.
Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, ch. Q-1, art. 45(9).
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, art. 32.

Doctrine citée

Birks, Peter. «The Remedies for Abuse of Confidential Information», [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 460.
Capper, David. «Damages for Breach of the Equitable Duty of Confidence» (1994), 14 *Legal Stud.* 313.
Davies, J. D. «Duties of Confidence and Loyalty», [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 4.
Great Britain. Law Commission. *Breach of Confidence: Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commission Act 1965*. Law Com. No. 110, Cmnd. 8388. London: H.M.S.O., 1981.

Great Britain. Law Commission. Working Paper No. 58. *Breach of Confidence*. London: H.M.S.O., 1974.

Gurry, Francis. *Breach of Confidence*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

McCamus, John D. "Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995: Law of Remedies: Principles and Proofs*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, 295.

North, P. M. "Breach of Confidence: Is There a New Tort?" (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 149.

Restatement (Third) of Unfair Competition: As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 11, 1993, c. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute, 1995.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 1998, release 6).

Tsaknis, Leo. "The Jurisdictional Basis, Elements, and Remedies in the Action for Breach of Confidence — Uncertainty Abounds" (1993), 5 *Bond L. Rev.* 18.

Weinrib, Arnold S. "Information and Property" (1988), 38 *U.T.L.J.* 117.

World Intellectual Property Guidebook: Canada. By Milan Chromecek and Stuart C. McCormack; general editor, Donald S. Chisum: New York: M. Bender, 1991.

Great Britain. Law Commission. Working Paper No. 58. *Breach of Confidence*. London: H.M.S.O., 1974.

Gurry, Francis. *Breach of Confidence*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

McCamus, John D. «Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995: Law of Remedies: Principles and Proofs*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, 295.

North, P. M. «Breach of Confidence: Is There a New Tort?» (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 149.

Restatement (Third) of Unfair Competition: As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 11, 1993, c. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute, 1995.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 1998, release 6).

Tsaknis, Leo. «The Jurisdictional Basis, Elements, and Remedies in the Action for Breach of Confidence — Uncertainty Abounds» (1993), 5 *Bond L. Rev.* 18.

Weinrib, Arnold S. «Information and Property» (1988), 38 *U.T.L.J.* 117.

World Intellectual Property Guidebook: Canada. By Milan Chromecek and Stuart C. McCormack; general editor, Donald S. Chisum: New York: M. Bender, 1991.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 23 B.C.L.R. (3d) 325, 138 D.L.R. (4th) 682, [1996] 9 W.W.R. 609, 79 B.C.A.C. 56, 129 W.A.C. 56, 29 B.L.R. (2d) 14, 69 C.P.R. (3d) 22, [1996] B.C.J. No. 1813 (QL), allowing the respondents' appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 318, [1994] 8 W.W.R. 727, [1994] B.C.J. No. 1191 (QL). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Michael P. Carroll, Q.C., Peter G. Voith and *Monika B. Gehlen*, for the appellants.

Jack Giles, Q.C., and *David T. Woodfield*, for the respondents.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 23 B.C.L.R. (3d) 325, 138 D.L.R. (4th) 682, [1996] 9 W.W.R. 609, 79 B.C.A.C. 56, 129 W.A.C. 56, 29 B.L.R. (2d) 14, 69 C.P.R. (3d) 22, [1996] B.C.J. No. 1813 (QL), qui a accueilli l'appel des intimées contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 318, [1994] 8 W.W.R. 727, [1994] B.C.J. No. 1191 (QL). Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

Michael P. Carroll, c.r., Peter G. Voith et *Monika B. Gehlen*, pour les appelants.

Jack Giles, c.r., et *David T. Woodfield*, pour les intimées.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — Clamato juice is a confection of tomato juice and clam broth. By the early 1980s it had developed a market in Canada about 10 times the size of its market in the United States, where it originated. To a significant extent, its success in Canada is attributed to the efforts of the appellants and their predecessors, who manufactured Clamato juice at plants in Vancouver and eastern Ontario under licence from the respondents. The respondents terminated the licence effective April 15, 1983. The courts below concluded that thereafter the appellants misused confidential information related to the Clamato recipe obtained during the licence period to continue to manufacture a rival tomato-based drink, which they called Caesar Cocktail. Liability for breach of confidence is no longer contested. This appeal requires us to consider appropriate remedies for breach of confidence in a commercial context.

2 The respondents obtained from the British Columbia Court of Appeal a permanent injunction against continued use of the confidential information, or products derived therefrom, plus an award of compensation equivalent to the profits the respondents would have earned had they in fact sold an additional volume of Clamato equivalent to the sales of Caesar Cocktail during the 12-month period following termination of the licence. In this Court the appellants complain that the order of the British Columbia Court of Appeal effectively makes them the insurer of the respondents' profits in the year following the termination, despite the fact it was the respondents who precipitated the termination and thus any market dislocation suffered by Clamato. The appellants want the compensation to be reduced to zero. The respondents, equally indignant, analogize the misused confidential information to a species of property which the appellants have converted to their own use. In their cross-appeal they therefore attack the limitation of

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le jus Clamato est un mélange de jus de tomate et de bouillon de palourdes. Au début des années 80, le volume des ventes de ce produit au Canada était 10 fois supérieur à celui qu'il connaissait aux États-Unis où il a été lancé. Le succès de ce produit au Canada est attribuable, dans une large mesure, aux efforts des appelants et de leurs prédécesseurs qui fabriquaient le jus Clamato dans des usines situées à Vancouver et dans l'Est ontarien, en vertu d'une licence consentie par les intimées. Ces dernières ont résilié la licence le 15 avril 1983. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les appelants avaient par la suite utilisé abusivement des renseignements confidentiels concernant la recette de Clamato, qu'ils avaient obtenus pendant que la licence était en vigueur, pour continuer de fabriquer une boisson rivale à base de tomates qu'ils ont appelée Caesar Cocktail. La responsabilité pour abus de confiance n'est plus contestée. Il s'agit, dans le présent pourvoi, d'examiner les réparations qu'il convient d'accorder pour un abus de confiance dans un contexte commercial.

Les intimées ont obtenu de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique une injonction permanente ordonnant de cesser l'utilisation des renseignements confidentiels, ou des produits qui en sont tirés, ainsi qu'une indemnité représentant les profits qu'elles auraient réalisés si elles avaient vendu une quantité additionnelle de Clamato équivalant au volume des ventes de Caesar Cocktail effectuées au cours de la période de 12 mois ayant suivi la résiliation de la licence. Devant notre Cour, les appelants se plaignent que l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique les rend, en fait, garants des profits des intimées relativement à l'année qui a suivi la résiliation, même si ce sont ces dernières qui sont à l'origine de cette résiliation et, partant, du bouleversement du marché du Clamato. Les appelants demandent que l'indemnité soit réduite à zéro. Tout aussi indignées, les intimées assimilent les renseignements confidentiels utilisés abusivement à une sorte de bien que les appelants se sont appropriés à leurs propres

their compensation to the profits they would otherwise have earned to a mere 12 months. The respondents say they want the market value of the "pirated" information.

Facts

Duffy-Mott registered in Canada the trademark CLAMATO on October 17, 1969. In the late 1970s, it decided to supply the Canadian market by licensing its trademark and its formula to local juice manufacturers, who undertook "the manufacture, distribution, sale and marketing" of Clamato in an exclusive territory. Caesar Canning Ltd. of British Columbia, now bankrupt, obtained the territory consisting of Ontario and Western Canada for a series of 12-month periods, indefinitely renewable provided the licensee achieved a minimum volume of sales in each 12-month period. Caesar Canning easily exceeded the minimum volumes in each 12-month period.

By the spring of 1979, Caesar Canning had built up a distribution system and promoted the product with sufficient energy that its territory was extended to include the rest of Canada. Local sources were obtained for the ingredients except the premixed portion of the dry seasonings, which was provided by the licensor, Duffy-Mott. The *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, and regulations thereunder, and their U.S. equivalent, required disclosure on the product label of all the ingredients in descending order of quantity. However, neither Caesar Canning nor the other appellants ever did discover the precise formula of the respondents' secret "dry mix". Nevertheless, to enable Caesar Canning to produce Clamato, Duffy-Mott communicated related information about its recipe and manufacturing procedures which the trial judge found to be confidential. This finding is no longer attacked.

fins. Elles contestent donc, dans leur pourvoi incident, la décision de limiter leur indemnité aux seuls profits qu'elles auraient par ailleurs réalisés au cours d'une période de 12 mois. Les intimées réclament la valeur marchande des renseignements «piratés».

Les faits

Duffy-Mott a enregistré la marque de commerce CLAMATO au Canada le 17 octobre 1969. À la fin des années 70, elle a décidé d'approvisionner le marché canadien en accordant des licences relatives à sa marque de commerce et à sa formule à des fabricants de jus locaux, qui ont commencé à [TRADUCTION] «fabriquer, distribuer, vendre et commercialiser» le Clamato dans un territoire exclusif. Caesar Canning Ltd. de la Colombie-Britannique, qui est maintenant en faillite, a obtenu le territoire constitué de l'Ontario et de l'Ouest canadien pour une série de périodes de 12 mois renouvelables indéfiniment à la condition que le volume des ventes du titulaire de la licence atteigne un certain seuil au cours de chaque période de 12 mois. Caesar Canning a facilement dépassé ce seuil au cours de chacune des périodes de 12 mois. 3

Au printemps de 1979, Caesar Canning avait mis sur pied un système de distribution et avait si bien fait la promotion du produit que son territoire a été élargi au reste du Canada. Les ingrédients étaient obtenus de fournisseurs locaux à l'exception de la partie prémélangée des condiments secs qui était fournie par le donneur de licence, Duffy-Mott. La *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 et son règlement d'application, ainsi que les dispositions américaines équivalentes, exigeaient l'inscription sur l'étiquette du produit de tous les ingrédients par ordre décroissant de quantité. Toutefois, ni Caesar Canning ni les autres appelants n'ont réussi à découvrir la formule précise du «mélange sec» secret des intimées. Néanmoins, pour permettre à Caesar Canning de produire le Clamato, Duffy-Mott a transmis des renseignements connexes sur sa recette et ses procédés de fabrication que le juge de première instance a considérés comme confidentiels. Cette conclusion n'est plus contestée. 4

5 On May 11, 1981, Caesar Canning entered into a contract with the appellant FBI Foods Ltd. to manufacture Clamato and related products at its Trenton, Ontario plant. The parties called their contract a "Tolling Agreement", and FBI Foods was paid a fixed fee for each case of juice product. The contract was for a period of five years, unless sooner terminated for various reasons, including earlier termination of the underlying Licence Agreement between Duffy-Mott and Caesar Canning. Duffy-Mott consented to, but was not a party to, the Tolling Agreement. To enable it to manufacture Clamato, FBI Foods was given information about the Clamato recipe and methods of manufacture which Duffy-Mott regarded as, and FBI Foods now acknowledges was, confidential.

Termination of the Licence

6 In 1982, the respondent Cadbury Schweppes acquired the shares of Duffy-Mott and, in a switch of business strategy, decided that Duffy-Mott would take back the production and marketing of Clamato in Canada. To this end, it notified Caesar Canning on April 15, 1982 that the Licence Agreement (and consequently the sub-agreement with FBI Foods) would terminate in 12 months. Caesar Canning was offered an ongoing contract to produce Clamato at a fixed fee per case, which it declined.

7 It is important to note that the Licence Agreement left Caesar Canning (and therefore FBI Foods) free to compete with the respondent in the juice market after termination. The Licence Agreement provided only that Caesar Canning would no longer have the right to use the trademark CLAMATO and it would not, for a period of five years, manufacture or distribute any product "which includes among its ingredients clam juice and tomato juice" (emphasis added).

8 Armed with 12 months' notice of the termination of its licence, Caesar Canning immediately

Le 11 mai 1981, Caesar Canning a conclu avec l'appelante Les aliments FBI Ltée un contrat de fabrication du Clamato et de produits connexes à son usine de Trenton, en Ontario. En vertu de cette entente que les parties ont qualifiée de «contrat d'achat ferme», un prix fixe était versé à la société Les aliments FBI pour chaque caisse de jus fabriqué. Le contrat était d'une durée de cinq ans, à moins de résiliation pour divers motifs, dont la résiliation prématurée du contrat de licence sous-jacent liant Duffy-Mott et Caesar Canning. Duffy-Mott a consenti à la conclusion du contrat d'achat ferme sans toutefois y être partie. Pour permettre à la société Les aliments FBI de fabriquer le Clamato, Duffy-Mott lui a transmis, au sujet de la recette de Clamato et de son procédé de fabrication, des renseignements qu'elle considérait comme confidentiels et que la société Les aliments FBI reconnaît maintenant comme tels.

La résiliation de la licence

En 1982, l'intimée Cadbury Schweppes a acheté les actions de Duffy-Mott et a décidé, dans le cadre d'un changement de stratégie commerciale, que Duffy-Mott reprendrait la production et la commercialisation du Clamato au Canada. À cette fin, elle a avisé Caesar Canning, le 15 avril 1982, que le contrat de licence (et, par voie de conséquence, le contrat que celle-ci avait conclu avec Les aliments FBI) prendrait fin 12 mois plus tard. Elle a offert à Caesar Canning un contrat permanent pour la production de Clamato à un prix fixe par caisse, que Caesar Canning a refusé de signer.

Il importe de souligner que le contrat de licence laissait à Caesar Canning (et donc à la société Les aliments FBI) la liberté de faire concurrence à l'intimée dans le marché du jus après la résiliation. Le contrat de licence prévoyait seulement que Caesar Canning n'aurait plus le droit d'utiliser la marque de commerce CLAMATO et qu'il lui serait interdit, pendant une période de cinq ans, de fabriquer ou de distribuer tout produit [TRADUCTION] «qui compte parmi ses ingrédients du bouillon de palourdes et du jus de tomate» (je souligne).

Munie du préavis de 12 mois de résiliation de sa licence, Caesar Canning s'est immédiatement atta-

began work to develop a competing product. Lorne Nicklason, its Manager of Quality Control and Quality Assurance, developed a "reformulated" tomato-based juice over a few months in late 1982, working from the list of ingredients and processing specifications for Clamato, but omitting clams or other seafood. He made sure that the new product was distinguishable chemically from Clamato, with different levels of salt, pH, and soluble solids. However, the trial judge found (93 B.C.L.R. (2d) 318, at p. 325), and it is no longer disputed, that:

> It is beyond doubt that without the formula and process information about Clamato Mr. Nicklason could not have developed Caesar Cocktail personally. He did not have the necessary skills. The evidence is equally persuasive that Caesar Canning could have developed a product as much like Clamato as Caesar Cocktail without using the Clamato recipe by hiring the appropriate skills. It could have done so within the 12-month notice period at modest cost.
>
> ... Anyone who saw the recipe for Caesar Cocktail would have known that it was derived so entirely from the Clamato formulation as to be a virtual copy without clams. The other variations were very minor.

It must have come as an unpleasant surprise to Duffy-Mott when Caesar Cocktail was able to substantially replicate the look, smell, texture and taste of Clamato juice, and win a significant share of the market without resort to clam broth or other seafood extract.

Caesar Cocktail went on the market immediately after the licensing agreement terminated on April 15, 1983. After being assured that Caesar Canning was not in breach of its contractual covenants with the respondents, FBI Foods agreed to co-pack the new product for eastern Canada. Caesar Cocktail proved to be a success, though its market share trailed a long way behind that of Clamato.

Unbeknownst to the appellants, the respondents had surreptitiously discovered the exact formula of

quée à la mise au point d'un produit concurrent. En quelques mois à la fin de 1982, son directeur du contrôle et de l'assurance de la qualité, Lorne Nicklason, a mis au point un jus «reformulé» à base de tomates en se servant de la liste des ingrédients et du procédé de fabrication du Clamato, mais en omettant d'y inclure des palourdes ou d'autres fruits de mer. Il s'est assuré que le nouveau produit aurait une composition chimique distincte de celle du Clamato, grâce à une salinité, à un pH et à des solides solubles différents. Le juge de première instance a toutefois tiré la conclusion suivante, qui n'est plus contestée (93 B.C.L.R. (2d) 318, à la p. 325):

> [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que, sans la formule et le procédé de fabrication du jus Clamato, M. Nicklason n'aurait pas pu mettre lui-même au point le Caesar Cocktail. Il n'avait pas les compétences nécessaires. La preuve indique aussi qu'en embauchant les personnes compétentes Caesar Canning aurait pu créer un produit tout aussi semblable au Clamato que le Caesar Cocktail sans utiliser la recette du Clamato. Elle aurait pu le faire à peu de frais au cours de la période de préavis de 12 mois.
>
> ... Quiconque a vu la recette du Caesar Cocktail aurait su qu'elle s'inspirait de la formule du Clamato au point d'en être pratiquement une copie, sans palourdes. Les autres différences étaient très mineures.

9 Duffy-Mott a dû être désagréablement surprise lorsque le Caesar Cocktail a pu reproduire pour l'essentiel l'apparence, l'odeur, la texture et le goût du jus Clamato, et arracher une part importante du marché sans utiliser de bouillon de palourdes ni d'autres extraits de fruits de mer.

10 Le Caesar Cocktail a été lancé sur le marché immédiatement après la résiliation du contrat de licence le 15 avril 1983. Après s'être assurée que Caesar Canning ne contrevenait à aucune des clauses contractuelles la liant aux intimées, la société Les aliments FBI a accepté de mettre en bouteille à forfait le nouveau produit pour l'Est du Canada. Le Caesar Cocktail s'est révélé un succès, même si sa part de marché était de beaucoup inférieure à celle du Clamato.

11 À l'insu des appelants, les intimées avaient subrepticement découvert la formule exacte du

Caesar Cocktail at the end of March 1983 by slipping a technical expert onto the team for the final financial audit of Caesar Canning under the Licence Agreement. Despite this knowledge, the respondents did not take any action to enjoin the manufacture and sale of Caesar Cocktail, or otherwise protest. The respondents mistakenly believed (as did Caesar Canning) that the absence of clam broth in the reformulated recipe would be fatal to their claim.

12 Caesar Canning did not live long enough to enjoy its new success. It ran into serious financial problems, ceased production on October 23, 1985, and shortly thereafter made an assignment in bankruptcy. The appellant FBI Foods, which by then relied for a significant portion of its business on the production of Caesar Cocktail, purchased the assets of Caesar Canning, including the Caesar Cocktail brand, for $955,000. It decided to carry on this aspect of the business through a wholly owned subsidiary, its co-appellant FBI Brands. The sale of assets was completed on January 10, 1986. Since that time, FBI Brands has produced and sold Caesar Cocktail under various brand names (other than Clamato) throughout Canada.

13 In 1986, three years after Caesar Cocktail came on the Canadian market, the respondents obtained new and more optimistic legal advice respecting their legal rights, and dispatched a cease and desist letter to FBI Brands. As stated, Caesar Canning, the only entity against which they had a contractual claim, had by that time disappeared into bankruptcy. Eventually, this action was commenced in 1988 against the FBI companies, and the Chief Operating Officer of FBI Foods, Lawrence Kurlender. No claim was ever made for an interlocutory injunction.

Judgments Below

Supreme Court of British Columbia

14 Though the pleadings outlined several causes of action, Huddart J. found it necessary to deal only with the claim for breach of confidence. She held

Caesar Cocktail à la fin de mars 1983 après avoir permis à un expert technique de se glisser au sein de l'équipe chargée de la dernière vérification comptable de Caesar Canning en vertu du contrat de licence. Malgré cela, les intimées n'ont pris aucune mesure pour faire interdire la fabrication et la vente du Caesar Cocktail, et n'ont protesté d'aucune autre manière. Elles ont cru à tort (comme Caesar Canning) que l'absence de bouillon de palourdes dans la recette reformulée serait fatale à leur recours.

Caesar Canning n'a pas existé assez longtemps pour jouir de son nouveau succès. Aux prises avec de graves problèmes financiers, elle a cessé sa production le 23 octobre 1985 et, peu après, elle a déclaré faillite. L'appelante, Les aliments FBI, dont une partie importante des activités était la production du Caesar Cocktail, a acheté les actifs de Caesar Canning, y compris la marque Caesar Cocktail, pour la somme de 955 000 $. Elle a décidé de confier cette partie de ses activités commerciales à une filiale en propriété exclusive, la coappelante Les marques FBI Ltée. La vente des actifs a été complétée le 10 janvier 1986. Depuis cette date, la société Les marques FBI Ltée produit et vend le Caesar Cocktail sous divers noms commerciaux (autres que Clamato) partout au Canada.

En 1986, trois ans après le lancement du Caesar Cocktail sur le marché canadien, les intimées ont obtenu un nouvel avis juridique plus optimiste au sujet de leurs droits, et ont envoyé une mise en demeure à la société Les marques FBI Ltée. Comme nous l'avons vu, Caesar Canning, la seule entité contre laquelle elles avaient un recours contractuel, avait fait faillite. La présente action a finalement été intentée en 1988 contre les sociétés FBI et le chef des opérations de la société Les aliments FBI, Lawrence Kurlender. Aucune demande d'injonction interlocutoire n'a été présentée.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Cour suprême de la Colombie-Britannique

Même si les plaidoiries ont fait ressortir plusieurs causes d'action, le juge Huddart a conclu que seule l'allégation d'abus de confiance devait

that the information Duffy-Mott had shared with Caesar Canning and FBI Foods was confidential trade know-how, and that it had been disclosed in confidence to Caesar Canning. She found that, quite apart from any contractual arrangements, express or implied, there is a well-understood obligation of confidentiality in the food industry with respect to such disclosures. She found that all parties recognized the custom that the confidential information was to be used only for the purpose provided. Applying the analysis set out in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, the trial judge held that Caesar Canning had wrongfully misused the confidential information in its "reformulation" from Clamato to Caesar Cocktail. Nevertheless, Huddart J. considered that the value of the "confidential information" was both transitory and of marginal importance. The formulation of tomato juice products is well understood in the industry. The absence of clam broth from the juice mixture apparently did not worry consumers. The real marketing edge of "Clamato" was its trademark, which the defendants did not infringe. Although there was conflicting evidence on the point, she accepted evidence of consumer testing by the National Food Laboratory that consumers in a blind taste test could (albeit with some hesitation) detect a difference between Caesar Cocktail and Clamato.

Turning to the issue of remedy, Huddart J. was faced with the fact that the plaintiffs at trial had waived any claim to disgorgement (or an accounting) of profits. On receipt of the trial judgment the plaintiffs, through new counsel, sought to reopen their waiver of an accounting of profits, but the application was denied.

The trial judge found that the plaintiffs had not established any financial loss. The original

être examinée. Elle a statué que les renseignements que Duffy-Mott avait partagés avec Caesar Canning et Les aliments FBI étaient des connaissances techniques confidentielles qui avaient été communiquées à titre confidentiel à Caesar Canning. Elle a conclu qu'il existe, bien en dehors de toute entente contractuelle expresse ou implicite, une obligation de confidentialité bien établie dans l'industrie alimentaire en ce qui concerne la communication de ce genre de renseignements. Elle a jugé que toutes les parties avaient reconnu l'usage voulant que les renseignements confidentiels ne doivent être utilisés qu'à la fin prévue. Appliquant l'analyse faite dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge de première instance a statué que Caesar Canning avait utilisé abusivement les renseignements confidentiels dans sa «reformulation» du Clamato en Caesar Cocktail. Le juge Huddart a néanmoins estimé que la valeur des «renseignements confidentiels» était à la fois éphémère et de peu d'importance. La formulation des produits de jus de tomate est bien connue dans l'industrie. L'absence de bouillon de palourdes dans le mélange de jus ne semblait pas inquiéter les consommateurs. Le véritable avantage commercial du «Clamato» était sa marque de commerce que les défenderesses n'ont pas contrefaite. Malgré la présence d'éléments de preuve contradictoires sur ce point, le juge a retenu la preuve des tests effectués par le National Food Laboratory auprès de consommateurs qui, au cours d'une dégustation aveugle, ont pu (quoique avec une certaine hésitation) faire la différence entre le Caesar Cocktail et le Clamato.

15 En ce qui concerne la question de la réparation, le juge Huddart devait tenir compte du fait que les demanderesses avaient renoncé, à l'audience, à réclamer la restitution des profits (ou reddition de comptes). Après avoir pris connaissance du jugement de première instance, les demanderesses, représentées par de nouveaux avocats, ont cherché à revenir sur leur renonciation à une reddition de comptes, mais leur demande a été rejetée.

16 Le juge de première instance a conclu que les demanderesses n'avaient pas établi l'existence

Clamato continued to dominate its market niche. However, the trial judge did not send the plaintiffs away empty-handed. She concluded that by misappropriating the confidential information the defendants had wrongfully obtained a 12-month "springboard" into the highly competitive juice market that but for the breach they would not have enjoyed. Accordingly, she ruled (1 B.C.L.R. (3d) 258, at pp. 260-61) that:

> When [the plaintiffs] did not prove any loss caused by the misuse of the Clamato recipe, I awarded what have come to be known as "headstart damages" for reasons of fairness.

She assessed "headstart damages" as the amount it would have cost Caesar Canning to hire a consultant to assist with in-house development of a new tomato-based brand during the 12-month notice period. The registrar later assessed this amount to be $29,761.20.

17 As to the respondents' claim for a permanent injunction, Huddart J. found that their inactivity since 1983, when they became aware of all pertinent facts, was fatal. Further, relying on Lord Denning's judgment in *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415 (C.A.) ("*Seager v. Copydex Ltd. (No. 1)*"), and Megarry J. in *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41 (Ch. D.), she questioned the appropriateness of an injunction in a case where much of the "confidential" information was either public or of marginal significance, and any injury could be satisfactorily remedied by financial compensation.

British Columbia Court of Appeal (1996), 23 B.C.L.R. (3d) 325

18 Cadbury Schweppes fared better in the British Columbia Court of Appeal. Newbury J.A., for the court, accepted the trial judge's findings that there had been a breach of confidence, and that a similar

d'une perte pécuniaire. Le Clamato original continuait d'occuper la première place dans son créneau de marché. Le juge de première instance n'a toutefois pas renvoyé les demanderesses les mains vides. Elle a conclu qu'en s'appropriant illicitement les renseignements confidentiels, les défendeurs avaient bénéficié injustement, dans le marché très concurrentiel des jus, d'un «tremplin» de 12 mois qui n'aurait pas existé sans le manquement commis. En conséquence, le juge a décidé ce qui suit (1 B.C.L.R. (3d) 258, aux pp. 260 et 261):

> [TRADUCTION] Comme [les demanderesses] n'ont pas démontré que l'emploi abusif de la recette de Clamato leur a fait subir une perte, j'ai accordé, pour des raisons d'équité, ce qu'on en est venu à appeler des «dommages-intérêts pour la longueur d'avance conférée».

Elle a considéré que les «dommages-intérêts pour la longueur d'avance conférée» équivalaient à la somme qu'aurait dû débourser Caesar Canning pour embaucher un consultant chargé de l'aider à mettre au point sur place un nouveau produit à base de tomates au cours de la période de préavis de 12 mois. Le greffier a par la suite fixé cette somme à 29 761,20 $.

Quant à la demande d'injonction permanente des intimées, le juge Huddart a conclu que leur inaction depuis qu'elles avaient pris connaissance de tous les faits pertinents, en 1983, était fatale. De plus, s'appuyant sur la décision de lord Denning dans *Seager c. Copydex Ltd.*, [1967] 2 All E.R. 415 (C.A.) («*Seager v. Copydex Ltd. (No. 1)*»), et sur celle du juge Megarry dans *Coco c. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41 (Ch. D.), elle s'est interrogée sur la pertinence d'une injonction dans un cas où une bonne partie des renseignements «confidentiels» était de notoriété publique ou de peu d'importance, et où tout préjudice subi pouvait être réparé de façon satisfaisante au moyen d'une indemnité pécuniaire.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 23 B.C.L.R. (3d) 325

Cadbury Schweppes a obtenu de meilleurs résultats devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le juge Newbury a accepté, au nom de la cour, les conclusions du juge de première instance

product could have been (but was not) developed independently of the confidential information within 12 months. She found (at p. 345) that:

> . . . the plaintiff cannot ask the Court to restore him to a market monopoly position if in fact that position was vulnerable to attack in the form of legitimate competition from the defendant.

However, Newbury J.A. rejected the "consulting fee" valuation adopted by the trial judge. Pointing out the agreement of the parties that evidence at trial would be limited to liability issues, with an assessment of damages postponed to a later proceeding (if necessary), Newbury J.A. ordered a reference to determine the amount the plaintiffs would have earned if they (instead of the defendants) had in fact sold the volume of Caesar Cocktail marketed by the defendants in the 12-month period following termination. Further, Newbury J.A. concluded (at pp. 351-52) that a permanent injunction was appropriate, because:

> . . . the interests of justice require[d] [the] Court to enjoin the continued breach of confidence by the defendants — that is, that it enjoin the defendants from making use in the manufacture of a tomato cocktail, the specifications, technical information, advice, and derivatives thereof, that were disclosed to Caesar Canning Ltd. and/or the defendants or any of them in confidence pursuant to the Licensing and Tolling Agreements, and that are not otherwise generally known.

Analysis

Equity, as a court of conscience, directs itself to the behaviour of the person who has come into possession of information that is in fact confidential, and was accepted on that basis, either expressly or by implication. Equity will pursue the information into the hands of a third party who receives it with the knowledge that it was communicated in breach of confidence (or afterwards acquires notice of that fact even if innocent at the time of acquisition) and impose its remedies. It is

qu'il y avait eu abus de confiance et qu'un produit similaire aurait pu être mis au point (mais ne l'avait pas été) dans un délai de 12 mois, indépendamment des renseignements confidentiels. Elle a conclu ce qui suit (à la p. 345):

> [TRADUCTION] . . . le demandeur ne peut pas demander à la cour de la rétablir dans sa position de monopole sur le marché si, en fait, cette position était vulnérable à la concurrence légitime du défendeur.

Le juge Newbury a cependant rejeté l'évaluation des [TRADUCTION] «honoraires d'expertise» adoptée par le juge de première instance. Soulignant que les parties s'étaient entendues pour que la preuve au procès soit limitée aux questions de responsabilité, l'évaluation des dommages-intérêts devant faire l'objet d'une procédure ultérieure (si nécessaire), le juge Newbury a ordonné un renvoi pour déterminer la somme que les demanderesses auraient obtenue si c'était elles (et non les défendeurs) qui avaient vendu la quantité de Caesar Cocktail commercialisée par les défendeurs au cours de la période de 12 mois ayant suivi la résiliation. De plus, le juge Newbury a conclu (aux pp. 351 et 352) qu'il convenait d'accorder une injonction permanente parce que:

> [TRADUCTION] . . . il [était] dans l'intérêt de la justice que [la] cour interdise aux défenderesses de poursuivre leur abus de confiance, c'est-à-dire qu'elle leur interdise de se servir, pour fabriquer un cocktail de tomate et des produits dérivés, des spécifications, des données techniques, des conseils qui ont été communiqués à Caesar Canning Ltd. et aux défenderesses, ou à l'une d'entre elles, à titre confidentiel aux termes des contrats de licence et d'achat ferme, et qui ne sont pas par ailleurs généralement connus.

Analyse

L'*equity*, qui fait appel à la conscience, s'intéresse au comportement de la personne entrée en possession de renseignements qui sont en réalité confidentiels, et qu'elle a acceptés comme tels, expressément ou par déduction. L'*equity* continue de s'appliquer aux renseignements qui sont entre les mains d'un tiers qui les reçoit en sachant qu'ils ont été communiqués par suite d'un abus de confiance (ou qui prend connaissance de ce fait ultérieurement) et prescrit certaines mesures de redres- 19

worth emphasizing that this is a case of third party liability. The appellants did not receive the confidence from the respondents, but from the now defunct Caesar Canning. The receipt, however, was burdened with the knowledge that its use was to be confined to the purpose for which the information was provided, namely the manufacture of Clamato under licence.

20 The equitable doctrine, which is the basis on which the courts below granted relief, potentially runs alongside a number of other causes of action for unauthorized use or disclosure of confidential information, including actions sounding in contract, tort and property law. In *Lac Minerals*, *supra*, it was suggested that the action for breach of confidence should be characterized as a *sui generis* hybrid that springs from multiple roots in equity and the common law, *per* Sopinka J., dissenting, at p. 615:

> The foundation of action for breach of confidence does not rest solely on one of the traditional jurisdictional bases for action of contract, equity or property. The action is *sui generis* relying on all three to enforce the policy of the law that confidences be respected.

21 While the only controversies still alive in this Court turn on the principles on which financial compensation is to be calculated, and whether or not this is a proper case for a permanent injunction, the disagreement among the parties on the remedies reflect their differing views as to the true nature and scope of the cause of action for breach of confidence. This appeal therefore requires us to examine more closely the character of the interest protected in this case, and on that basis to assess the appropriateness of the remedy that was in fact granted by the British Columbia Court of Appeal.

22 After making the comment reproduced above, Sopinka J. added, at p. 615:

> This multi-faceted jurisdictional basis for the action provides the Court with considerable flexibility in fash-

sement. Il vaut le peine de souligner qu'il s'agit d'un cas de responsabilité d'un tiers. Les appelants ont reçu les renseignements confidentiels non pas des intimées, mais de Caesar Canning qui n'existe plus. Ils savaient toutefois en recevant ces renseignements qu'ils ne devraient s'en servir que pour les fins auxquelles ils étaient communiqués, à savoir la fabrication de Clamato en vertu d'une licence.

La règle d'*equity*, sur laquelle se sont appuyés les tribunaux d'instance inférieure pour accorder une réparation, peut coexister avec de nombreux autres droits d'action pour utilisation ou communication non autorisées de renseignements confidentiels, notamment les actions fondées sur le droit des contrats, la responsabilité délictuelle et le droit des biens. Dans *Lac Minerals*, précité, le juge Sopinka, dissident, a indiqué, à la p. 615, que l'action pour abus de confiance devait être considérée comme une action hybride *sui generis* dont les sources multiples émanent de l'*equity* et de la common law:

> L'action pour abus de confiance ne repose pas uniquement sur l'un des fondements traditionnels d'une action, savoir le contrat, l'*equity* ou le droit de propriété. L'action puise *sui generis* dans chacun de ces domaines pour assurer l'application du principe juridique exigeant le respect de la confidentialité.

Même si les seuls sujets de controverse qui persistent devant notre Cour sont les principes devant régir le calcul de l'indemnité pécuniaire et la question de savoir s'il convient d'accorder une injonction permanente, le désaccord entre les parties sur la réparation à accorder dénote leurs divergences d'opinions quant à la nature et à la portée véritables de l'action pour abus de confiance. Il nous faut donc, dans le cadre du présent pourvoi, examiner plus attentivement la nature de l'intérêt protégé et, à partir de là, apprécier le bien-fondé de la réparation accordée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Après avoir fait l'observation reproduite ci-dessus, le juge Sopinka a ajouté, à la p. 615:

> Ce fondement multidimensionnel de l'action en question confère à la Cour une latitude considérable quant à

ioning a remedy. The jurisdictional basis supporting the particular claim is relevant in determining the appropriate remedy. [Emphasis added.]

This observation has to be read in light of the actual result in that case. It will be recalled that the defendant Lac Minerals was held to have acquired in confidence information about potential gold deposits in Northern Ontario from the plaintiff Corona Resources in the course of negotiations for a joint venture. Lac Minerals had been brought into the picture because its financial clout as a "senior" mining company was considered by Corona to be essential to obtain funding to develop the gold mine. Lac Minerals quietly used the information received from Corona to bid behind Corona's back for a rich gold-bearing property adjacent to the Corona site from a third party, then let the negotiations with Corona lapse. It was thereby held to have misused confidential information to scoop for itself a commercial opportunity that it would otherwise have known nothing about. All members of this Court agreed that there had been an actionable breach of confidence, but divided on the issue of whether or not a fiduciary duty existed, and, if so, the appropriate remedy. Of the five members of this Court who heard the appeal, only two (La Forest and Wilson JJ.) held that Lac Minerals had breached a fiduciary duty to Corona. Applying fiduciary principles, and aiming at disgorgement, they held that a constructive trust should be impressed on the gold mine in favour of Corona. La Forest J. considered that a constructive trust could be imposed "regardless of the basis of liability" (p. 643). The other three members of the Court (McIntyre, Lamer and Sopinka JJ.) held that imposition of a fiduciary duty was inappropriate in light of the commercial nature of the relationship, but split on the appropriate remedy. Lamer J. (as he then was) agreed with Wilson and La Forest JJ. that a constructive trust ought to be imposed. The other judges considered that it was inappropriate to impose a proprietary remedy, i.e., a constructive trust, on the asset itself (the gold mine) and would have awarded financial compensation only. The majority view on remedy (*per* Lamer, Wilson and La Forest JJ.) therefore imposed a constructive

la réparation à accorder. Le fondement d'une réclamation donnée est pertinent aux fins de la détermination de la réparation appropriée. [Je souligne.]

Cette observation doit être interprétée en fonction de l'issue de cette affaire. On se souviendra qu'il y a été jugé que la défenderesse Lac Minerals avait obtenu à titre confidentiel de la demanderesse Corona Resources, au cours de négociations relatives à une entreprise conjointe, des renseignements au sujet de l'existence possible de gisements d'or dans le nord de l'Ontario. Lac Minerals était entrée en scène parce que Corona considérait que son influence financière à titre de «grande compagnie minière» était essentielle pour obtenir le financement nécessaire à l'exploitation de la mine d'or. Lac Minerals a discrètement utilisé les renseignements obtenus de Corona pour faire, à l'insu de celle-ci, une offre sur un bien-fonds riche en or, appartenant à un tiers et adjacent au terrain de Corona, et a ensuite laissé les négociations avec elle prendre fin. Il a, de ce fait, été jugé qu'elle avait utilisé abusivement des renseignements confidentiels pour s'emparer d'une occasion d'affaires dont elle n'aurait par ailleurs rien su. Tous les juges de notre Cour ont conclu à l'existence d'un abus de confiance donnant ouverture à des poursuites, mais ils ne se sont pas entendus sur la question de savoir s'il existait une obligation fiduciaire et, dans l'affirmative, quelle était la réparation appropriée. Des cinq juges de notre Cour qui ont entendu le pourvoi, seulement deux (les juges La Forest et Wilson) ont statué que Lac Minerals avait manqué à une obligation fiduciaire envers Corona. Appliquant des principes en matière de fiducie et visant à la restitution, ils ont statué qu'il convenait d'assujettir la mine d'or à une fiducie par interprétation en faveur de Corona. Le juge La Forest a estimé qu'une fiducie par interprétation pouvait être imposée «peu importe le fondement de l'obligation» (p. 643). Les trois autres juges de la Cour (les juges McIntyre, Lamer et Sopinka) ont statué qu'il ne convenait pas d'imposer une obligation fiduciaire en raison de la nature commerciale des rapports en cause, mais ils ne se sont pas entendus sur la nature de la réparation appropriée. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a convenu avec les juges Wilson et La Forest qu'il fallait imposer une fiducie par interprétation. 23

trust even though it was the majority view on liability (*per* McIntyre, Lamer and Sopinka JJ.) that the parties were not in a fiduciary relationship.

Les autres juges ont estimé qu'il ne convenait pas d'imposer une réparation fondée sur le droit de propriété, c'est-à-dire une fiducie par interprétation relativement au bien lui-même (la mine d'or), et ils auraient accordé une indemnité pécuniaire seulement. Les juges majoritaires sur la question de la réparation appropriée (les juges Lamer, Wilson et La Forest) ont donc imposé une fiducie par interprétation même si les juges majoritaires sur la question de la responsabilité (les juges McIntyre, Lamer et Sopinka) étaient d'avis qu'il n'existait pas de rapports fiduciaires entre les parties.

24 The result of *Lac Minerals* is to confirm jurisdiction in the courts in a breach of confidence action to grant a remedy dictated by the facts of the case rather than strict jurisdictional or doctrinal considerations. See J. D. Davies, "Duties of Confidence and Loyalty", [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 4, at p. 5:

> There is much to be said for the majority view [in *Lac Minerals*] that, if a ground of liability is established, then the remedy that follows should be the one that is most appropriate on the facts of the case rather than one derived from history or over-categorization.

L'arrêt *Lac Minerals* confirme que, dans une action pour abus de confiance, les tribunaux ont compétence pour accorder une réparation dictée par les faits de l'affaire plutôt que par des considérations purement juridictionnelles ou doctrinales. Voir J. D. Davies, «Duties of Confidence and Loyalty», [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 4, à la p. 5:

> [TRADUCTION] Il y a beaucoup à dire au sujet du point de vue majoritaire [dans *Lac Minerals*] suivant lequel, si l'existence d'un motif de responsabilité est établi, la réparation à accorder devrait donc être celle qui est la plus appropriée compte tenu des faits de l'affaire plutôt qu'une réparation résultant du passé ou d'une multiplication des catégories.

25 The decision in *Lac Minerals* was thus approvingly interpreted by the New Zealand Court of Appeal in *Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299, and, thus interpreted, was criticized by P. Birks, in "The Remedies for Abuse of Confidential Information", [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 460, at pp. 464-65. In the *Aquaculture* case Cooke P., for the New Zealand Court of Appeal, had this to say at p. 301:

> Whether the obligation of confidence in a case of the present kind should be classified as purely an equitable one is debatable, but we do not think that the question matters for any purpose material to this appeal. For all purposes now material, equity and common law are mingled or merged. The practicality of the matter is that in the circumstances of the dealings between the parties the law imposes a duty of confidence. For its breach a full range of remedies should be available as appropri-

L'arrêt *Lac Minerals* a donc été interprété avec approbation par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans *Aquaculture Corp. c. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299, et c'est en fonction de cette interprétation qu'il a été critiqué par P. Birks, dans «The Remedies for Abuse of Confidential Information», [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 460, aux pp. 464 et 465. Dans *Aquaculture*, le président Cooke de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a dit ceci, à la p. 301:

> [TRADUCTION] La question de savoir si, dans un cas comme la présente affaire, il y a lieu de considérer que l'obligation de confidentialité relève purement de l'*equity* est discutable, mais nous ne croyons pas que cette question ait quelque pertinence que ce soit relativement au présent appel. Pour toutes les fins qui sont maintenant pertinentes, l'*equity* et la common law se confondent ou se fusionnent. Il en résulte sur le plan pratique que, dans les rapports entre les parties, le droit

ate, no matter whether they originated in common law, equity or statute. [Emphasis added.]

impose une obligation de confidentialité. En cas de manquement, un large éventail de réparations devraient être jugées appropriées, peu importe qu'elles émanent de la common law, de l'*equity* ou d'une loi. [Je souligne.]

While none of the judges who decided *Lac Minerals* advocated common law or statutory remedies for an action for breach of confidence, they did look to the underlying policy objectives of the various potential causes of action. They fastened on the particular circumstances that gave rise to liability in the case before them as governing the choice of remedy. That having been said, La Forest J., at p. 677, was at pains to avoid a "Chancellor's foot" approach to the choice of remedy:

26 Même si aucun des juges qui ont rendu la décision dans *Lac Minerals* ne préconisait une réparation de common law ou d'origine législative dans le cas d'une action pour abus de confiance, ils ont néanmoins examiné les objectifs de principe qui sous-tendent les diverses causes d'action possibles. Ils ont considéré que les circonstances particulières à l'origine de la responsabilité dans l'affaire dont ils étaient saisis régissaient le choix de la réparation à accorder. Cela dit, le juge La Forest, à la p. 677, a pris soin de ne pas adopter une méthode «donnant ouverture aux principes d'*equity*» pour choisir la réparation:

I do not countenance the view that a proprietary remedy can be imposed whenever it is "just" to do so, unless further guidance can be given as to what those situations may be. To allow such a result would be to leave the determination of proprietary rights to "some mix of judicial discretion . . . subjective views about which party 'ought to win' . . ., and 'the formless void of individual moral opinion'". . . .

Je ne suis pas d'avis que l'on puisse imposer une réparation fondée sur le droit de propriété chaque fois qu'il est «juste» de le faire, à moins de pouvoir expliciter davantage ce que seraient ces situations. Permettre un tel résultat, ce serait laisser la détermination des droits de propriété à [TRADUCTION] «un mélange de pouvoir discrétionnaire judiciaire [. . .] d'opinions subjectives quant à celle des parties qui devrait avoir "gain de cause" [. . .] et "le vide sans forme du jugement moral individuel"» . . .

The emphasis on matching the remedy to underlying policy objectives was reiterated in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, *per* La Forest J. at p. 81, and *per* McLachlin J. at p. 86. It is in this sense, I think, that Sopinka J.'s statement in *Lac Minerals* (at p. 615) that "[t]he jurisdictional basis supporting the particular claim is relevant in determining the appropriate remedy", must be understood. In short, whether a breach of confidence in a particular case has a contractual, tortious, proprietary or trust flavour goes to the appropriateness of a particular equitable remedy but does not limit the court's jurisdiction to grant it. Such a view is consistent with earlier cases in this Court, including *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, [1966] S.C.R. 551.

L'importance de faire correspondre la réparation aux objectifs de principe sous-jacents a été réitérée dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, le juge La Forest, à la p. 81, et le juge McLachlin, à la p. 86. C'est ce sens, à mon avis, qu'il faut donner aux propos du juge Sopinka dans *Lac Minerals* (à la p. 615), selon lesquels «[l]e fondement d'une réclamation donnée est pertinent aux fins de la détermination de la réparation appropriée». En résumé, la question de savoir si, dans un cas donné, un abus de confiance relève du droit contractuel, du droit délictuel, du droit des biens ou du droit des fiducies a trait au caractère approprié d'une réparation particulière en *equity*, mais ne limite pas la compétence du tribunal pour accorder cette réparation. Un tel point de vue est compatible avec la jurisprudence antérieure de notre Cour, dont *Pre-Cam Exploration & Development Ltd. c. McTavish*, [1966] R.C.S. 551.

A. *Significance of the "Sui Generis" Characterization*

27 Sopinka J.'s characterization of the action for breach of confidence as *sui generis* (*Lac Minerals*, at p. 615) was picked up by the Manitoba Court of Appeal in *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.* (1998), 80 C.P.R. (3d) 449, at p. 482, para. 113. On the other hand, La Forest J., in *Lac Minerals*, at p. 672, reflected the more traditional view that it is an exercise of equitable jurisdiction (see also *Ben-Israel v. Vitacare Medical Products Inc.* (1997), 78 C.P.R. (3d) 94 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) *per* Beaulieu J., at p. 104). The House of Lords, in *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] A.C. 109 (the *Spycatcher* case) treated it as an equitable cause of action.

28 Reference to anything as "*sui generis*" tends to create a *frisson* of apprehension or uncertainty amongst lawyers until the jurisprudence about a particular subject matter is further developed. I do not think such apprehension would be justified here. The *sui generis* concept was adopted to recognize the flexibility that has been shown by courts in the past to uphold confidentiality and in crafting remedies for its protection. As was stated by the Law Commission of the United Kingdom in Working Paper No. 58, *Breach of Confidence* (1974), at p. 11:

> ... the courts do not confine themselves to purely equitable principles in solving the problems which arise in breach of confidence cases and it would seem more realistic to regard the modern action simply as being *sui generis*.

An example of that flexibility, which created some doctrinal difficulties in terms of purely equitable principles, is found in the leading judgments of Lord Denning M.R. in *Seager v. Copydex Ltd. (No. 1)*, *supra*, and *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 718, referred to in *Lac Minerals* at pp. 610 and 671, and discussed below in some

A. *L'importance de la qualification «sui generis»*

La qualification *sui generis* que le juge Sopinka a attribuée à l'action pour abus de confiance (*Lac Minerals*, à la p. 615) a été reprise par la Cour d'appel du Manitoba dans *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.* (1998), 80 C.P.R. (3d) 449, à la p. 482, par. 113. Par contre, le juge La Forest, à la p. 672 de *Lac Minerals*, a exprimé le point de vue plus traditionnel suivant lequel il s'agit de l'exercice d'une compétence d'*equity* (voir aussi *Ben-Israel c. Vitacare Medical Products Inc.* (1997), 78 C.P.R. (3d) 94 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Beaulieu, à la p. 104). Dans *Attorney-General c. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] A.C. 109 (l'affaire *Spycatcher*), la Chambre des lords a considéré qu'il s'agissait d'une cause d'action en *equity*.

La qualification de quelque chose comme étant «*sui generis*» tend à susciter chez les avocats un frisson d'appréhension ou d'incertitude jusqu'à ce que la jurisprudence sur une question donnée ait évolué. Je ne pense pas qu'une telle appréhension serait justifiée en l'espèce. Le concept de *sui generis* a été adopté afin de reconnaître la souplesse dont ont fait preuve les tribunaux dans le passé pour maintenir la confidentialité et concevoir des réparations visant à la préserver. Comme l'a dit la Law Commission du Royaume-Uni, à la p. 11 du document du travail nº 58, intitulé *Breach of Confidence* (1974):

> [TRADUCTION] ... les tribunaux ne s'en tiennent pas à des principes relevant purement de l'*equity* pour régler les problèmes qui se posent dans les cas d'abus de confiance, et il semblerait plus réaliste de considérer que l'action contemporaine est simplement *sui generis*.

On trouve un exemple de cette souplesse, qui a causé certaines difficultés théoriques sur le plan des principes relevant purement de l'*equity*, dans les arrêts charnières du maître des rôles lord Denning *Seager c. Copydex Ltd. (No. 1)*, précité, et *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 2 All E.R. 718, cités dans *Lac Minerals* aux pp. 610 et 671, et

detail. It seems clear, however, that the starting point in the analysis must be the principles of equity.

B. *Relationship Between Breach of Confidence and Fiduciary Duty*

The respondents at trial pleaded breach of fiduciary duty. The law takes a hard line against faithless fiduciaries. Such a finding, if made, would have assisted the respondents in their claim to what amounts to a remedy that is "proprietary" (i.e., the respondents, in their cross-appeal, claim that the appellants' sales should be treated as belonging to the respondents, by analogy with the principles governing defaulting trustees or patent infringers for the purpose of calculating financial compensation). Thus, while the courts below found that the facts of this case neither fall into one of the established categories of fiduciary relationships (e.g., solicitor and client, principal and agent), nor meet the exceptional criteria for the creation of a fiduciary duty outside those established categories, the respondents seem to think the remedy not only can but should be approached on the same basis as if the fiduciary argument had succeeded.

(1) Absence of a Fiduciary Relationship

Even prior to *Lac Minerals* the Court expressed the view that the policy objectives underlying fiduciary relationships did not generally apply to business entities dealing at arm's length. In *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, Wilson J. stated, at pp. 137-38:

Because of the requirement of vulnerability of the beneficiary at the hands of the fiduciary, fiduciary obligations are seldom present in the dealings of experienced businessmen of similar bargaining strength acting at arm's length: see, for example, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (Ont. C.A.), aff'd [1975] 1 S.C.R. 2. The law takes the position that such individuals are perfectly capable of agree-

analysés en détail plus loin. Il semble toutefois évident que les principes d'*equity* doivent servir de point de départ à l'analyse.

B. *Les rapports entre l'abus de confiance et l'obligation fiduciaire*

29 En première instance, les intimées ont plaidé le manquement à une obligation fiduciaire. La loi est dure envers les fiduciaires déloyaux. Une telle conclusion, si elle avait été tirée, aurait aidé les intimées dans leur réclamation de ce qui constitue une réparation «fondée sur le droit de propriété» (c'est-à-dire que les intimées prétendent, dans leur pourvoi incident, que les ventes des appelants devraient être considérées comme un bien leur appartenant, par analogie avec les principes applicables aux fiduciaires en défaut ou aux contrefacteurs de brevets aux fins du calcul d'une indemnité pécuniaire). Ainsi, alors que les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les faits de la présente affaire ne relèvent d'aucune des catégories reconnues de rapports fiduciaires (par exemple, avocat et client, mandant et mandataire) et ne satisfont pas non plus aux critères exceptionnels applicables à la création d'une obligation fiduciaire en dehors de ces catégories, les intimées semblent penser que la réparation peut non seulement mais devrait être abordée comme si leur argument fondé sur les rapports fiduciaires avait été retenu.

(1) L'absence de rapports fiduciaires

30 Même avant *Lac Minerals*, la Cour avait exprimé l'avis que les objectifs de principe qui sous-tendent les rapports fiduciaires ne s'appliquent pas généralement aux entités commerciales qui agissent sans lien de dépendance. Dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, le juge Wilson affirme, aux pp. 137 et 138:

Étant donné l'exigence de vulnérabilité du bénéficiaire devant le fiduciaire, les obligations fiduciaires sont rarement présentes dans les opérations entre hommes d'affaires d'expérience ayant des pouvoirs de négociation semblables et agissant sans lien de dépendance: voir, par exemple, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (C.A. Ont.), conf. [1975] 1 R.C.S. 2. Le droit a adopté la position que ces

ing as to the scope of the discretion or power to be exercised, i.e., any "vulnerability" could have been prevented through the more prudent exercise of their bargaining power and the remedies for the wrongful exercise or abuse of that discretion or power, namely damages, are adequate in such a case.

To the same effect, see *Lac Minerals per* Sopinka J. at p. 595, *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 414, *per* La Forest J., and the comment of Professor Davies that "[s]trong evidence should be required before a breach of confidential information situation is metamorphosed into one of fiduciary relationship" (Davies, *supra*, at p. 7). Despite these warnings, a majority of this Court in *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, held that where the ingredients giving rise to a fiduciary duty are otherwise present, its existence will not be denied simply because of the commercial context. The vulnerability of clients to their professional advisors invoked traditional fiduciary principles. In this case there is nothing in the relationship between a juice manufacturer and its licensee to suggest that the former surrendered its self-interest or rendered itself "vulnerable" to a discretion conferred on the latter. The overriding deterrence objective applicable to situations of particular vulnerability to the exercise of a discretionary power (*M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, *per* McLachlin J. at p. 86) does not operate here. If different policy objectives apply, one would not expect the remedy necessarily to be the same.

(2) Fiduciary Duties Arising Outside the Framework of Fiduciary Relationships

31 In *Lac Minerals* Wilson J. expressed the view that while no fiduciary relationship existed, nevertheless a fiduciary duty arose when Corona, in communicating the confidential information, placed itself "in a position of vulnerability to Lac's misuse of that information" (p. 630). This approach was not accepted by the other members of the Court (see Sopinka J., at p. 600), and La Forest J., at p. 657 of the same decision, quoted

personnes sont parfaitement capables de venir à un accord sur la portée du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé, c'est-à-dire que toute «vulnérabilité» aurait pu être empêchée par l'exercice plus prudent de leur pouvoir de négociation et les recours contre l'exercice injustifié ou l'abus de ce pouvoir discrétionnaire, savoir les dommages-intérêts, sont adéquats dans un tel cas.

Dans la même veine, voir *Lac Minerals*, le juge Sopinka à la p. 595, et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 414, le juge La Forest, ainsi que l'observation du professeur Davies suivant laquelle [TRADUCTION] «[u]ne preuve solide devrait être requise pour qu'une utilisation abusive de renseignements confidentiels se métamorphose en un manquement à une obligation fiduciaire» (Davies, *loc. cit.*, à la p. 7). Malgré ces mises en garde, notre Cour a statué à la majorité, dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, précité, que lorsque les éléments qui donnent naissance à une obligation fiduciaire sont par ailleurs présents, l'existence de cette obligation ne sera pas niée simplement en raison du contexte commercial. La vulnérabilité des clients face à leurs conseillers professionnels faisait intervenir des principes traditionnels en matière de fiducie. En l'espèce, rien dans les rapports entre un fabricant de jus et son titulaire de licence ne porte à croire que le premier a renoncé à son intérêt personnel ou s'est rendu «vulnérable» à un pouvoir discrétionnaire conféré à l'autre. L'objectif primordial de dissuasion applicable au cas de vulnérabilité particulière à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (*M. (K.) c. M. (H.)*, précité, le juge McLachlin, à la p. 86) ne s'applique pas en l'espèce. Si des objectifs de principe différents s'appliquent, on ne devrait pas s'attendre à ce que la réparation soit nécessairement la même.

(2) Les obligations fiduciaires qui prennent naissance en dehors des rapports fiduciaires

Dans *Lac Minerals*, le juge Wilson a exprimé l'avis que même si aucun rapport fiduciaire n'existait, une obligation fiduciaire avait néanmoins pris naissance à partir du moment où, en communiquant les renseignements confidentiels, Corona s'était rendue «vulnérable à l'utilisation abusive de ces renseignements par Lac» (p. 630). Cette interprétation n'a pas été acceptée par les autres juges de la Cour (voir le juge Sopinka, à la p. 600), et le

a contrary view expressed by Professor F. Gurry in *Breach of Confidence* (1984), at pp. 161-62:

> In a breach of confidence action, the court's concern is for the protection of a confidence which *has been created by* the disclosure of confidential information by the confider to the confidant. The court's attention is thus focused on the protection of the confidential information because it has been the medium for the creation of a relationship of confidence; its attention is *not* focused on the information as a medium by which a *pre-existing* [fiduciary] duty is breached. [Emphasis in original.]

In some sense, disclosure of almost any confidential information places the confider in a position of vulnerability to its misuse. Such vulnerability, if exploited by the confidee in a commercial context, can generally be remedied by an action for breach of confidence or breach of a contractual term, express or implied (*Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish*, *supra*, *per* Judson J., at p. 555). In this case, the licensing arrangement expressly contemplated open competition upon termination, subject for a period of five years to avoidance of what came to be recognized as a useless limitation, namely mixing clam broth with tomato juice. While the law will supplement the contractual relationship by importing a duty not to misuse confidential information, there is nothing special in this case to elevate the breached duty to one of a fiduciary character. The respondents' demand to have the appellants' sales treated as an asset "pirated" from the respondents by analogy with a trust estate goes too far.

C. *Relevance of the Licence and Tolling Agreements*

In this case, unlike *Lac Minerals*, *supra*, the parties defined their business relationship by a series of contracts. The appellants take the view that this contractual context is important to the issue of

juge La Forest, à la p. 657 du même arrêt, a cité une opinion contraire exprimée par le professeur F. Gurry dans *Breach of Confidence* (1984), aux pp. 161 et 162:

> [TRADUCTION] Dans une action pour abus de confiance, le tribunal se soucie de protéger une situation de confiance qui *a été créée* lorsque des renseignements confidentiels ont été communiqués par une personne à une autre. L'attention du tribunal porte donc sur la protection des renseignements confidentiels parce qu'ils ont donné naissance à des rapports de confiance; le tribunal *ne* s'attache *pas* aux renseignements en tant que moyen par lequel une obligation [fiduciaire] *préexistante* a été violée. [En italique dans l'original.]

32 Dans un certain sens, la communication d'un renseignement confidentiel rend, dans presque tous les cas, son auteur vulnérable à une utilisation abusive de ce renseignement. Si cette vulnérabilité est exploitée dans un contexte commercial par la personne qui reçoit le renseignement, il peut généralement y être remédié au moyen d'une action pour abus de confiance ou pour violation d'une clause contractuelle expresse ou implicite (*Pre-Cam Exploration & Development Ltd. c. McTavish*, précité, le juge Judson, à la p. 555). En l'espèce, le contrat de licence envisageait expressément un régime de concurrence à la suite d'une résiliation, sous réserve de la restriction, qui s'est avérée inutile, selon laquelle il serait interdit pendant cinq ans d'utiliser le mélange de bouillon de palourdes et de jus de tomate. Même si le droit vient compléter les rapports contractuels en imposant une obligation de ne pas utiliser abusivement des renseignements confidentiels, il n'y a en l'espèce rien de particulier qui permette d'élever au rang d'obligation fiduciaire l'obligation qui n'a pas été respectée. Les intimées vont trop loin en exigeant que, par analogie avec un patrimoine de fiducie, les ventes effectuées par les appelants soient traitées comme un bien leur appartenant qui a été «piraté».

C. *La pertinence des contrats de licence et d'achat ferme*

33 Contrairement à ce qui s'est passé dans *Lac Minerals*, précité, les parties en l'espèce ont défini leurs rapports commerciaux dans une série de contrats. Les appelants estiment que ce contexte con-

remedies because the communication of confidential information occurred after the Licence Agreement (and subsequently the Tolling Agreement) were entered into. The appellants say the respondents wound up with the competitive environment they had bargained for. In effect, the appellants submit that the policy objectives underlying the usual remedies in a breach of confidence action do not apply where commercial parties have by contract ordered their own relationship.

tractuel est important relativement à la question de la réparation parce que les renseignements confidentiels ont été communiqués après la conclusion du contrat de licence (et, par la suite, du contrat d'achat ferme). Les appelants affirment que les intimées se sont retrouvées dans l'environnement concurrentiel qu'elles avaient négocié. En fait, les appelants soutiennent que les objectifs de principe qui sous-tendent les réparations habituellement accordées dans une action pour abus de confiance ne s'appliquent pas lorsque les parties à une opération commerciale ont réglé leurs propres rapports par contrat.

34 The particular contractual terms relied on by the appellants, in the remedies context, are the termination and "entire contract" clauses in the Licence Agreement, which provide as follows:

Les clauses contractuelles invoquées par les appelants en ce qui a trait à la réparation sont celles de la résiliation et de «l'intégralité du contrat» contenues dans le contrat de licence:

7. LICENSEE agrees that during the term of this Agreement and for a period of 5 years thereafter LICENSEE will not manufacture, produce, market, advertise, distribute or sell in the Territory any other product which includes among its ingredients clam juice and tomato juice.

. . .

14. . . .

(c) This Agreement constitutes the entire agreement and understanding between the parties relating to the subject matter hereof and supersedes any and all prior agreements and understandings (whether written or oral) with respect to the subject matter hereof.

[TRADUCTION] 7. LE TITULAIRE DE LA LICENCE s'engage, pendant la durée du présent contrat et pendant une période de 5 ans par la suite, à ne pas fabriquer, produire, commercialiser, annoncer, distribuer ou vendre dans le territoire un autre produit qui compte parmi ses ingrédients du bouillon de palourdes et du jus de tomate.

. . .

14. . . .

c) La présente constitue l'intégralité du contrat et de l'entente intervenus entre les parties relativement au sujet traité et remplace tous les contrats et ententes antérieurs (écrits ou verbaux) concernant le présent sujet.

35 Nothing is said expressly in the Licence Agreement or Tolling Agreement about confidentiality. It has already been mentioned that there is no privity of contract between the appellants and the respondents. The only party with whom Duffy-Mott had a contract was Caesar Canning, now bankrupt, who is not and never was a party to these proceedings. The appellant FBI Foods was party to the Tolling Agreement with Caesar Canning, but while Duffy-Mott consented to that agreement, it was not made a party to that contract. However, the appellants contend that the contractual terms limit or circumscribe the equitable duty of confidentiality that would otherwise arise, and restrict

Ni le contrat de licence ni le contrat d'achat ferme ne traitent expressément de la question de la confidentialité. Il a déjà été mentionné qu'il n'existe aucun lien contractuel entre les appelants et les intimées. La seule partie qui était liée par contrat avec Duffy-Mott était Caesar Canning, aujourd'hui en faillite, qui n'a jamais été partie à la présente instance. L'appelante Les aliments FBI était partie au contrat d'achat ferme conclu avec Caesar Canning, mais même si elle a consenti à ce contrat, Duffy-Mott n'y était pas partie. Les appelants soutiennent toutefois que les clauses contractuelles limitent ou circonscrivent l'obligation de confidentialité qui existerait par ailleurs en *equity*,

the remedy to be granted. In their view, the respondents are entitled to no compensation whatsoever.

Just as a contractual term can limit or negative a more general duty implied by the law of tort, so too can a contractual term that deals expressly or by necessary implication with confidentiality negate the general obligation otherwise imposed by equity: *337965 B.C. Ltd. v. Tackama Forest Products Ltd.* (1992), 91 D.L.R. (4th) 129 (B.C.C.A.), *per* Southin J.A., at p. 176, leave to appeal to this Court refused, [1993] 1 S.C.R. v. The ability of parties to contract out of, or limit, general duties otherwise imposed by law has been labelled "private ordering", and the general principles applicable here would be analogous to the principles considered by this Court in the context of concurrent remedies in tort and contract in *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 27:

> ... the tort duty, a general duty imputed by the law in all the relevant circumstances, must yield to the parties' superior right to arrange their rights and duties in a different way. In so far as the tort duty is not contradicted by the contract, it remains intact and may be sued upon.

The appellants argue that if contractual provisions can altogether negate the duty of confidence otherwise arising, they should equally be capable of limiting, expressly or by implication, the compensation payable. The appellants say the respondents got exactly what they bargained for, namely a competitive post-termination environment in which Clamato could lose market share to a Caesar Canning successor product that met the contractual criteria of being free of clam broth.

This analysis is correct so far as it goes, but it leaves out of consideration the fact the respondents

et qu'elles restreignent donc la réparation à accorder. Selon eux, les intimées n'ont droit à aucune indemnité de quelque nature que ce soit.

36 Tout comme une clause contractuelle peut limiter ou annihiler une obligation plus générale imposée implicitement par le droit de la responsabilité délictuelle, une clause contractuelle qui traite de la confidentialité, expressément ou par déduction nécessaire, peut aussi annihiler l'obligation générale par ailleurs imposée par l'*equity*: *337965 B.C. Ltd. c. Tackama Forest Products Ltd.* (1992), 91 D.L.R. (4th) 129 (C.A.C.-B.), le juge Southin, à la p. 176, autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1993] 1 R.C.S. v. La capacité des parties d'écarter ou de limiter par contrat les obligations générales par ailleurs imposées par le droit relève de ce que l'on appelle le «choix personnel», et les principes généraux applicables en l'espèce seraient analogues à ceux examinés par notre Cour dans le contexte de la concomitance des recours contractuels et délictuels, dans *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, à la p. 27:

> ... [une obligation en responsabilité délictuelle], une obligation générale qui découle de la loi dans toutes les circonstances pertinentes, doit céder devant le droit supérieur des parties d'organiser leurs droits et leurs obligations d'une manière différente. Dans la mesure où le contrat ne déroge pas à l'obligation en responsabilité délictuelle, celle-ci demeure intacte et elle ouvre droit à un recours.

37 Les appelants font valoir que si des dispositions contractuelles peuvent annihiler complètement l'obligation de confidentialité par ailleurs existante, elles devraient aussi pouvoir restreindre, expressément ou par déduction, l'indemnité payable. Ils affirment que les intimées ont obtenu exactement ce qu'elles avaient négocié, à savoir, dans le cas où il y aurait résiliation du contrat, un environnement concurrentiel dans lequel Clamato pourrait perdre une part du marché au profit d'un produit de remplacement de Caesar Canning qui respecterait l'exigence contractuelle de ne pas comporter de bouillon de palourdes.

38 Cette analyse est correcte en soi, mais elle ne tient pas compte du fait que les intimées n'ont pas

did not bargain for the unfair competition of having their own know-how, imparted in confidence, used against them. The contract cannot reasonably be read as negating the duty of confidence imposed by law. The contractual context, while it may place important parameters on what compensation would be appropriate, does not assist the appellants in their effort to eliminate the compensation altogether.

D. *Relevance of Respondents' Argument Based on an Alleged "Proprietary" Interest in the Information*

39 Much of the respondents' argument on the appeal and cross-appeal rested on an analogy which they allege exists between breach of a duty of confidentiality and protection of intellectual property. In effect, they argue that the policy objectives underlying patent protection apply to breaches of confidence in a commercial case where trade secrets constitute the subject matter of the wrongful use or disclosure.

40 The argument that confidential information is property for some purposes is made by Professor A. S. Weinrib in "Information and Property" (1988), 38 *U.T.L.J.* 117. In *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, this Court concluded that whatever may be the property status of information in other contexts, information is not property for purposes of the theft provisions of the *Criminal Code*. Lamer J. (as he then was) commented in passing on the possibility that trade secrets could be considered property, at pp. 974-75:

> Indeed, [confidential information] possesses many of the characteristics of other forms of property: for example, a trade secret, which is a particular kind of confidential information, can be sold, licensed or bequeathed, it can be the subject of a trust or passed to a trustee in bankruptcy. In the commercial field, there are reasons to grant some form of protection to the possessor of confidential information: it is the product of labour, skill and expenditure, and its unauthorized use would undermine productive efforts which ought to be encouraged. As the

négocié pour faire face à la concurrence injuste qui résulterait de l'utilisation contre elles de leurs propres connaissances techniques transmises à titre confidentiel. Le contrat ne saurait raisonnablement être interprété comme annihilant l'obligation de confidentialité imposée par le droit. Même s'il peut imposer des paramètres importants quant à l'indemnisation appropriée, le contexte contractuel ne peut aider les appelants à éliminer complètement l'indemnisation.

D. *La pertinence de l'argument des intimées fondé sur l'allégation d'un droit «de propriété» sur les renseignements donnés*

Une bonne partie de l'argumentation des intimées dans le pourvoi principal et le pourvoi incident repose sur une analogie qui, selon elles, existe entre le manquement à une obligation de confidentialité et la protection de la propriété intellectuelle. Elles soutiennent, en effet, que les objectifs de principe qui sous-tendent la protection conférée par les brevets s'appliquent aux abus de confiance dans une affaire commerciale où des secrets industriels sont l'objet de l'utilisation ou de la communication abusives.

L'argument selon lequel des renseignements confidentiels constituent un bien à certaines fins est avancé par le professeur A. S. Weinrib dans «Information and Property» (1988), 38 *U.T.L.J.* 117. Dans *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, notre Cour a conclu que, peu importe leur statut dans d'autres contextes, les renseignements ne sont pas des biens aux fins des dispositions du *Code criminel* en matière de vol. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a commenté, en passant, la possibilité que des secrets industriels puissent être considérés comme des biens, aux pp. 974 et 975:

> En effet, [les renseignements confidentiels] possèdent plusieurs des caractéristiques des autres types de biens: par exemple, un secret industriel, qui est un genre particulier de renseignements confidentiels, peut être vendu; il peut faire l'objet d'une licence ou être légué; il peut aussi faire l'objet d'une fiducie ou être transmis à un syndic de faillite. Dans le domaine commercial, il existe des raisons d'accorder une certaine protection au détenteur de renseignements confidentiels: ceux-ci sont le fruit de travail, d'habileté et de dépenses et leur utilisa-

term "property" is simply a reference to the cluster of rights assigned to the owner, this protection could be given in the form of proprietary rights.

The respondents' characterization of confidential information as property is controversial. Traditionally, courts here and in other common law jurisdictions have been at pains to emphasize that the action is rooted in the relationship of confidence rather than the legal characteristics of the information confided. See, for example, Holmes J. in the United States Supreme Court in *E. I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland*, 244 U.S. 100 (1917), at p. 102:

The word property as applied to . . . trade secrets is an unanalyzed expression of certain secondary consequences of the primary fact that the law makes some rudimentary requirements of good faith. Whether the plaintiffs have any valuable secret or not the defendant knows the facts, whatever they are, through a special confidence that he accepted. The property may be denied but the confidence cannot be. Therefore the starting point for the present matter is not property . . . but that the defendant stood in confidential relations with the plaintiffs, or one of them.

The same point was made in the High Court of Australia, *per* Deane J., in *Moorgate Tobacco Co. v. Philip Morris Ltd.* (1984), 156 C.L.R. 414, at p. 438:

Like most heads of exclusive equitable jurisdiction, its rational basis does not lie in proprietary right. It lies in the notion of an obligation of conscience arising from the circumstances in or through which the information was communicated or obtained.

See also *Federal Commissioner of Taxation v. United Aircraft Corp.* (1943), 68 C.L.R. 525 (Aust. H.C.), *per* Latham C.J., at pp. 534-35; *Macri v. Miskiewicz* (1991), 39 C.P.R. (3d) 207 (B.C.S.C.), varied at (1993), 50 C.P.R. (3d) 76, *per* Southin J.A., at p. 83.

tion non autorisée minerait des efforts productifs qui doivent plutôt être encouragés. Comme le terme «propriété» désigne simplement l'ensemble des droits dont jouit le propriétaire, cette protection pourrait être accordée sous la forme de droits de propriété.

41 La qualité de biens que les intimées attribuent aux renseignements confidentiels est controversée. Traditionnellement, les tribunaux de notre pays et d'autres ressorts de common law se sont donné beaucoup de mal pour souligner que l'action trouve son fondement dans les rapports de confiance plutôt que dans les caractéristiques juridiques des renseignements confiés. Voir, par exemple, le juge Holmes dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *E. I. Du Pont de Nemours Powder Co. c. Masland*, 244 U.S. 100 (1917), à la p. 102:

[TRADUCTION] Le terme «bien» appliqué aux [. . .] secrets industriels est une expression générale de certaines conséquences secondaires du fait essentiel que le droit comporte des exigences élémentaires de bonne foi. Que les demandeurs aient ou non un secret de valeur, le défendeur connaît la situation, quelle qu'elle soit, grâce à une confidence particulière qui lui a été faite. On peut nier qu'il s'agit d'un bien, mais non qu'une confidence a été faite. Par conséquent, le point de départ de la présente affaire n'est pas le bien [. . .] mais plutôt le fait que le défendeur avait des rapports confidentiels avec les demandeurs, ou l'un d'eux.

42 Le juge Deane de la Haute Cour d'Australie a fait la même remarque dans *Moorgate Tobacco Co. c. Philip Morris Ltd.* (1984), 156 C.L.R. 414, à la p. 438:

[TRADUCTION] À l'instar de la plupart des chefs de compétence exclusive en *equity*, son fondement logique ne tient pas à un droit de propriété. Il réside dans le concept d'obligation morale découlant des circonstances dans lesquelles les renseignements ont été communiqués ou obtenus.

Voir aussi *Federal Commissioner of Taxation c. United Aircraft Corp.* (1943), 68 C.L.R. 525 (H.C. Austr.), le juge en chef Latham, aux pp. 534 et 535; *Macri c. Miskiewicz* (1991), 39 C.P.R. (3d) 207 (C.S.C.-B.), modifié à (1993), 50 C.P.R. (3d) 76, le juge Southin, à la p. 83.

43 Whether the cause of action is described as *sui generis* or equitable does not change its preoccupation with the violation of a confidence. It is nevertheless true that the nature of the information may influence the appropriate remedy. The respondents rely on the much-quoted (and often criticized) analogy drawn by Lord Denning M.R. in *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, *supra*, in which he analogized compensation for breach of confidence to damages for conversion of property, at p. 719:

> Now a question has arisen as to the principles on which the damages are to be assessed. They are to be assessed, as we said, at the value of the information which the defendant company took. If I may use an analogy, it is like damages for conversion. Damages for conversion are the value of the goods. Once the damages are paid, the goods become the property of the defendant. A satisfied judgment in trover transfers the property in the goods. So, here, once the damages are assessed and paid, the confidential information belongs to the defendant company.

44 *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)* was referred to by La Forest J. in *Lac Minerals*, at p. 671. In that case, Lord Denning addressed issues regarding remedies that arose out of the decision on liability in *Seager v. Copydex Ltd. (No. 1)*, *supra*. The facts regarding liability in that case are as follows. The plaintiff had invented a carpet grip. It was not patented. In the course of negotiations for a potential production and marketing agreement with Copydex, the plaintiff described his invention in detail. No agreement was concluded. The defendant subsequently marketed a carpet grip which the court considered a copy of the plaintiff's invention, albeit innocently, by a process of what was called "unconscious plagiarism". No injunction was awarded, yet the defendant was required to pay the plaintiff the "market value" of the information it had wrongfully, though innocently, misappropriated. Having paid the compensation, Lord

Que la cause d'action soit décrite comme étant *sui generis* ou comme relevant de l'*equity*, cela ne change rien au fait qu'elle concerne l'utilisation abusive d'un renseignement confidentiel. Il est néanmoins vrai que la nature des renseignements peut influer sur la réparation appropriée. Les intimées s'appuient sur l'analogie abondamment citée (et souvent critiquée) que le maître des rôles lord Denning fait dans *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)*, précité, à la p. 719, entre l'indemnisation pour abus de confiance et les dommages-intérêts pour détournement de biens:

> [TRADUCTION] La question qui se pose maintenant concerne les principes qui doivent régir l'évaluation des dommages-intérêts. Comme nous l'avons dit, ils doivent être fixés en fonction de la valeur des renseignements obtenus par la société défenderesse. Si je peux me permettre une analogie, cela s'apparente aux dommages-intérêts pour détournement de biens. Leur montant se fonde sur la valeur des biens. Une fois les dommages-intérêts versés, les biens deviennent la propriété du défendeur. L'exécution d'un jugement en matière d'appropriation illicite a pour effet de transférer la propriété des biens. Ainsi, en l'espèce, une fois les dommages-intérêts évalués et versés, les renseignements confidentiels appartiennent à la société défenderesse.

L'arrêt *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)* a été mentionné par le juge La Forest à la p. 671 de l'arrêt *Lac Minerals*. Dans cette affaire, lord Denning avait abordé des questions de réparation qui découlaient de la décision sur la responsabilité rendue dans *Seager c. Copydex Ltd. (No. 1)*, précité. Les faits concernant la responsabilité dans cette affaire étaient les suivants. Le demandeur avait inventé une latte de fixation pour tapis. Celle-ci n'était pas brevetée. Au cours de négociations visant la signature éventuelle d'un contrat de production et de commercialisation avec Copydex, le demandeur avait décrit son invention en détail. Aucun contrat n'a été conclu. La défenderesse a par la suite commercialisé une latte de fixation pour tapis qui, selon la cour, constituait une copie de l'invention du demandeur, quoique réalisée innocemment selon ce qui a été qualifié de [TRADUCTION] «plagiat inconscient». Aucune injonction n'a été accordée, mais la défenderesse a dû payer au demandeur la «valeur marchande» des renseignements qu'elle s'était appropriée illicitement quoique innocem-

Denning's view was that "the confidential information belongs to the defendant company" (p. 719).

Seager v. Copydex Ltd. (No. 2) presents some theoretical difficulties in terms of equitable doctrine. Equity could not operate on the "guilty conscience" of the defendant in that case because the defendant's conscience was apparently clear. Despite the finding at p. 417 of *Seager v. Copydex Ltd. (No. 1)* that "[t]he coincidences are too strong to permit of any other explanation" except plagiarism, the court held the defendant morally blameless. While Lord Denning characterized the cause of action as "equitable" (at p. 417), the lack of unconscionable conduct may have led the court to emphasize the value of the information misappropriated rather than to focus on the misappropriation itself. It should also be noted that in *Phipps v. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46, decided two years before *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, *supra*, the House of Lords in a divided decision held that confidential information could properly be characterized as a property interest for purposes of the law of trusts. In that case, the trustee profited from confidential information to benefit both the trust and himself. The question was whether the information thus misappropriated was an asset of the trust, thus rendering the trustee liable to disgorgement of his portion of the profit. The House concluded that it was, and disgorgement was ordered. The decision was grounded in trust law rather than property law. In *Re Keene*, [1922] 2 Ch. 475 (C.A.), a secret formula was considered to be an asset that passed to the trustee in bankruptcy.

I do not think that the respondents' reliance on intellectual property law is of much assistance here. It ignores "the bargain" that lies at the heart of patent protection. A patent is a statutory monopoly which is given in exchange for a full and complete disclosure by the patentee of his or her invention. The disclosure is the essence of the bargain

ment. L'indemnité ayant été versée, lord Denning a estimé que [TRADUCTION] «les renseignements confidentiels appartiennent à la société défenderesse» (p. 719).

L'arrêt *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)* présente quelques difficultés théoriques sur le plan de l'*equity*. L'*equity* ne pouvait pas s'appliquer en fonction de la «conscience coupable» de la défenderesse dans cette affaire parce que celle-ci n'avait apparemment rien à se reprocher. Malgré la conclusion, à la p. 417 de *Seager c. Copydex Ltd. (No. 1)*, que [TRADUCTION] «[l]es coïncidences sont trop fortes pour permettre toute autre explication» que le plagiat, la cour a statué que la défenderesse était moralement sans reproche. Même si lord Denning a considéré qu'il s'agissait d'une cause d'action en «*equity*» (à la p. 417), l'absence de comportement répréhensible peut avoir amené la cour à insister sur la valeur des renseignements appropriés illicitement plutôt que sur l'appropriation illicite elle-même. Il y a lieu également de signaler que dans l'arrêt *Phipps c. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46, rendu deux ans avant *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)*, précité, la Chambre des lords avait jugé, dans un arrêt partagé, que des renseignements confidentiels pouvaient être qualifiés à juste titre de bien aux fins du droit des fiducies. Dans cette affaire, le fiduciaire avait utilisé des renseignements confidentiels au profit de la fiducie et à son propre profit. La question était de savoir si les renseignements ainsi appropriés illicitement constituaient un bien de la fiducie, ce qui obligerait le fiduciaire à restituer sa part des profits. La Chambre des lords a conclu que c'était le cas et a ordonné la restitution. La décision reposait sur le droit des fiducies plutôt que sur le droit des biens. Dans *Re Keene*, [1922] 2 Ch. 475 (C.A.), il a été jugé qu'une formule secrète était un bien qui passait au syndic de faillite.

Je ne crois pas qu'il soit bien utile pour les intimées en l'espèce d'invoquer le droit de la propriété intellectuelle. Cela ne tient pas compte du «marché» qui est au cœur même de la protection conférée par les brevets. Un brevet est un monopole légal accordé en contrepartie de la divulgation totale et complète de son invention par le breveté.

between the patentee, who obtained at the time a 17-year monopoly on exploiting the invention, and the public, which obtains open access to all of the information necessary to practise the invention. Accordingly, at least one of the policy objectives underlying the statutory remedies available to a patent owner is to make disclosure more attractive, and thus hasten the availability of useful knowledge in the public sphere in the public interest. As pointed out by Hugessen J.A. in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.), at p. 366, entrepreneurs in the food industry frequently eschew patent protection in order to avoid disclosure, and thus perhaps perpetuate their competitive advantage beyond the 17-year life span of a patent. We are told that the secrecy of the Coca-Cola recipe has apparently endured for decades. If a court were to award compensation to the respondents on principles analogous to those applicable in a case of patent infringement, the respondents would be obtaining the benefit of patent remedies without establishing that their invention meets the statutory criteria for the issuance of a patent, or paying the price of public disclosure of their secret.

La divulgation est la condition essentielle du marché intervenu entre le breveté, qui obtenait, à l'époque, un monopole de 17 ans sur l'exploitation de l'invention, et le public, qui obtient le libre accès à tous les renseignements nécessaires pour mettre en œuvre l'invention. Par conséquent, au moins un des objectifs de principe qui sous-tendent les réparations que le titulaire d'un brevet peut demander en vertu de la loi est de rendre la divulgation plus attrayante, et à ainsi faire en sorte que des connaissances utiles soient rendues publiques le plus rapidement possible conformément à l'intérêt public. Comme l'a fait remarquer le juge Hugessen dans *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.), à la p. 366, les entrepreneurs de l'industrie alimentaire renoncent fréquemment à la protection conférée par les brevets afin d'éviter la divulgation et de peut-être ainsi prolonger leur avantage concurrentiel au-delà de la durée de 17 ans d'un brevet. On nous affirme que le secret de la recette du Coca-Cola aurait été préservé ainsi pendant des dizaines d'années. Si un tribunal devait accorder une indemnité aux intimées en se fondant sur des principes analogues à ceux applicables en matière de contrefaçon de brevet, celles-ci se trouveraient à bénéficier de réparations attachées au brevet sans avoir à établir que leur invention satisfait aux critères légaux de délivrance d'un brevet, ou sans avoir à payer le prix de la divulgation publique de leur secret.

47 The reluctance of common law courts outside the United States to treat trade secrets as a species of property or quasi-property has been criticized: see, e.g., M. Chromecek and S. C. McCormack, *World Intellectual Property Guidebook: Canada* (1991), wherein it is observed, at p. 3-27:

> Not all information can be property; only confidential information can. Confidentiality is a condition sine qua non of the information's proprietary status. This view is fully consistent with the essence of other intellectual property rights, patents, copyrights, industrial designs, trade marks, or even personality rights, the value of

La réticence des tribunaux de common law à l'extérieur des États-Unis à traiter les secrets industriels comme une sorte de bien ou de quasi-bien a été critiquée: voir, par exemple, M. Chromecek et S. C. McCormack, *World Intellectual Property Guidebook: Canada* (1991), où l'on fait remarquer, à la p. 3-27:

> [TRADUCTION] Ce ne sont pas tous les renseignements qui peuvent être des biens; seuls les renseignements confidentiels le peuvent. La confidentialité est une condition *sine qua non* pour que des renseignements soient des biens. Cette interprétation est tout à fait compatible avec l'essence d'autres droits de propriété intellectuelle, brevets, droits d'auteur, dessins industriels, marques de commerce ou même droits de la personnalité, dont la valeur réside non pas dans leur possession, mais dans la

which lies not in their possession but in the owner's ability to exclude others from exploiting them.

I agree, of course, with the author's emphasis on confidentiality. Breach of confidentiality is the gravamen of the complaint. When it comes to a remedy, however, I do not think a proprietary remedy should automatically follow. There are cases (as in *Lac Minerals*) where it is appropriate. But equity, with its emphasis on flexibility, keeps its options open. It would be contrary to the authorities in this Court already mentioned to allow the choice of remedy to be driven by a label ("property") rather than a case-by-case balancing of the equities. In some cases, as Lord Denning showed in *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, *supra*, the relevance of the specific quality of the information to a remedy will not be its property status but its commercial value. In other cases, as in *Lac Minerals*, the key to the remedy will not be the "property" status of the confidence but the course of events that would likely have occurred "but for" the breach. Application of the label "property" in this context would add nothing except confusion to the task of weighing the policy objectives furthered by a particular remedy and the particular facts of each case. In the present case, the trial judge considered the confidential information to be nothing very special, and that "but for" the breach the respondents would in any event have faced a merchantable version of Caesar Cocktail in the market place within 12 months. On these facts, a "proprietary" remedy is inappropriate.

E. *Relevance of Tort*

At least one commentator (Professor P. M. North in "Breach of Confidence: Is There a New Tort?" (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 149, at pp. 163-65), has suggested that Lord Denning was moving toward the development of a new tort that would provide "some form of common law protection of

capacité de leur titulaire d'empêcher d'autres personnes de les exploiter.

48 Je suis évidemment d'accord avec l'insistance de l'auteur sur la confidentialité. Le manquement à l'obligation de confidentialité est l'élément essentiel de la plainte. Toutefois, pour ce qui est de la réparation, je ne pense pas qu'une réparation fondée sur le droit de propriété devrait automatiquement être accordée. Une telle réparation est appropriée dans certains cas (comme dans *Lac Minerals*). Cependant, l'*equity*, qui met l'accent sur la souplesse, n'écarte d'emblée aucune solution. Il serait contraire à la jurisprudence déjà mentionnée de notre Cour de permettre que le choix de la réparation soit guidé par une étiquette («bien») plutôt que par une évaluation cas par cas de ce qu'exige l'*equity* entre les parties. Dans certains cas, comme l'a indiqué lord Denning dans *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)*, précité, c'est la valeur commerciale des renseignements plutôt que leur qualité de «bien» qui sera pertinente pour déterminer la réparation. Dans d'autres cas comme *Lac Minerals*, l'élément clé de la réparation à accorder ne sera pas la qualité de «bien» du secret confié, mais plutôt les événements qui se seraient vraisemblablement produits «n'eût été» le manquement. L'application de l'étiquette «bien» dans ce contexte ne ferait que semer la confusion en matière d'appréciation des objectifs de principe visés par une réparation donnée et des faits particuliers de chaque cas. En l'espèce, le juge de première instance a considéré que les renseignements confidentiels n'avaient rien de très particulier et que, «n'eût été» le manquement, les intimées auraient de toute façon dû affronter sur le marché, dans les 12 mois, une version commercialisable du Caesar Cocktail. Compte tenu de ces faits, il n'y a pas lieu d'accorder une réparation «fondée sur le droit de propriété».

E. *La pertinence de la responsabilité délictuelle*

49 Au moins un commentateur (le professeur P. M. North dans «Breach of Confidence: Is There a New Tort?» (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 149, aux pp. 163 à 165) a laissé entendre que lord Denning s'orientait vers la création d'un nouveau délit qui fournirait, [TRADUCTION] «par l'attribution de dom-

interests in confidential information by way of damages analogous to the statutory protection provided in the fields of patents, copyright and designs" (p. 170). In *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, *supra*, Winn L.J., at p. 721, said "the basis on which damages are to be recovered in this case is a tortious basis". The United Kingdom Law Commission recommended the creation of a statutory tort in its report on *Breach of Confidence* (Law Com. No. 110, Cmnd. 8388 1981), at p. 151, para. 6.105, *et seq*. Events in England have not moved in this direction. The House of Lords has subsequently affirmed that actions for breach of confidence are equitable in nature: see the *Spycatcher* case, *supra*.

50 Nevertheless, tort principles could have a potential impact in a breach of confidence case on the rules governing the assessment of equitable compensation. It is well established that equitable rules may produce a more generous level of compensation than their counterparts in tort. In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, for example, the plaintiff Indian band succeeded in recovering compensation for wrongful deprivation of the use of their reserve lands at a level that reflected an unanticipated boom in the Vancouver real estate market. The boom had not been foreseeable at the time the Crown wrongfully leased the Indian plaintiffs' lands to the Shaugnessy Golf Club. In *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, the subsequent collapse of the Vancouver real estate market was equally unforeseen, yet the Court put the burden of the unforeseen loss on the defendant. In *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, La Forest J. was prepared to apply tort principles to reduce the level of compensation otherwise payable in equity (at pp. 584-89), although acknowledging that the same reduction could have been produced using equitable principles alone (at p. 585), while McLachlin J. based her analysis entirely on equitable principles (at p. 542). The argument was carried forward in *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, where, however, it was agreed that where "the same policy objectives underlie two

mages-intérêts, une forme de protection de common law des droits en matière de renseignements confidentiels, analogue à celle prévue par la loi dans le domaine des brevets, du droit d'auteur et de la conception» (p. 170). Dans *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)*, précité, le lord juge Winn affirme, à la p. 721, que [TRADUCTION] «en l'espèce, des dommages-intérêts peuvent être recouvrés sur une base délictuelle». La Law Commission du Royaume-Uni a recommandé la création d'un délit par voie législative dans son rapport *Breach of Confidence* (Law Com. No. 110, Cmnd. 8388 1981), à la p. 151, par. 6.105 et suiv. Cette recommandation est restée lettre morte en Angleterre. La Chambre des lords a ultérieurement affirmé que les actions pour abus de confiance relèvent de l'*equity*: voir l'affaire *Spycatcher*, précitée.

Néanmoins, dans une affaire d'abus de confiance, les principes de la responsabilité délictuelle pourraient avoir éventuellement une incidence sur les règles de calcul d'une indemnité fondée sur l'*equity*. Il est bien établi que les règles d'*equity* peuvent donner lieu à une indemnité plus généreuse que les règles de la responsabilité délictuelle. Par exemple, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, après avoir été privée à tort de l'usage des terres de sa réserve, la bande indienne demanderesse a réussi à obtenir une indemnité qui tenait compte d'un boum inattendu dans le marché immobilier de Vancouver. Ce boum n'était pas prévisible à l'époque où l'État avait loué abusivement les terres des demandeurs indiens au club de golf Shaugnessy. Dans *Hodgkinson c. Simms*, précité, l'effondrement ultérieur du marché immobilier de Vancouver était également imprévisible, et pourtant la Cour a fait supporter la perte imprévisible par le défendeur. Dans *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, le juge La Forest était disposé à appliquer les principes de la responsabilité délictuelle pour réduire l'indemnité par ailleurs payable en *equity* (aux pp. 584 à 589), tout en reconnaissant qu'il aurait été possible d'obtenir la même réduction en appliquant des principes d'*equity* seulement (à la p. 585), alors que le juge McLachlin a fondé toute son analyse sur des principes d'*equity* (p. 542). Cet argument a

different causes of action similar measures of compensation may be appropriate" (La Forest J., at pp. 80-81; McLachlin J., at p. 86). See also Cooke P. in *Mouat v. Clark Boyce*, [1992] 2 N.Z.L.R. 559 (reversed by the Privy Council on other grounds, [1993] 4 All E.R. 268), at p. 569:

It would be anachronistic to draw distinctions in this respect between the various sources of liability, dictated as they are by the same considerations of policy.

In the present case, the policy objectives in both equity and tort would support restoration of the plaintiff to the position it would have occupied "but for" the breach (*Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, *per* Dickson J., at p. 935). It appears from what we have glimpsed of the respondents' case for compensation that potential doctrinal differences such as remoteness, intervening cause, and contributory negligence have no relevance here. In contrast to cases like *Guerin*, the loss measured in this case according to common law principles would produce the same result as the loss measured in equity, as discussed below. In these circumstances, tort principles do not carry us any closer to the solution.

F. *Relevance of Detriment*

La Forest J. said in *Lac Minerals* that if the plaintiff is able to establish that the defendant made an unauthorized use of the information to the detriment of the party communicating it, the cause of action is complete (at pp. 635-36 and 657; see also *ICAM Technologies Corp. v. EBCO Industries Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 504 (B.C.S.C.), affirmed (1993), 52 C.P.R. (3d) 61 (B.C.C.A.), *per* Toy J.A., at pp. 63-64; *Ontex Resources Ltd. v. Metalore Resources Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 229

été repris dans *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, où il a toutefois été convenu que «des mesures d'indemnisation similaires peuvent être appropriées lorsque les mêmes objectifs de principe sous-tendent deux causes d'action différentes» (le juge La Forest, aux pp. 80 et 81; le juge McLachlin, à la p. 86). Voir aussi le président Cooke dans *Mouat c. Clark Boyce*, [1992] 2 N.Z.L.R. 559 (infirmé pour d'autres motifs par le Conseil privé, [1993] 4 All E.R. 268), à la p. 569:

[TRADUCTION] Il serait anachronique d'établir des distinctions à cet égard entre les diverses sources de responsabilité, qui sont dictées par les mêmes considérations de principe.

En l'espèce, les objectifs de principe qui existent tant en *equity* qu'en matière de responsabilité délictuelle justifieraient le rétablissement de la demanderesse dans la position qu'elle aurait occupée «n'eût été» le manquement (*Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916, le juge Dickson, à la p. 935). Il semble, d'après ce que nous a permis de découvrir la preuve soumise par les intimées relativement à l'indemnité, que les différences éventuelles sur le plan des principes applicables, tels le caractère éloigné du dommage, la cause intermédiaire et la négligence contributive, ne sont pas pertinentes en l'espèce. Contrairement à des affaires comme *Guerin*, si la perte subie en l'espèce était évaluée en fonction des principes de common law, on obtiendrait le même résultat que si elle était évaluée selon l'*equity*, comme nous le verrons plus loin. Compte tenu des circonstances, les principes de la responsabilité délictuelle ne nous rapprochent pas de la solution. 51

F. *La pertinence du préjudice subi*

Le juge La Forest a affirmé, dans *Lac Minerals*, que si le demandeur est en mesure d'établir que le défendeur a fait un emploi non autorisé des renseignements au détriment de la partie qui les a communiqués, la cause d'action est complète (aux pp. 635, 636 et 657; voir aussi *ICAM Technologies Corp. c. EBCO Industries Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 504 (C.S.C.-B.), confirmé par (1993), 52 C.P.R. (3d) 61 (C.A.C.-B.), le juge Toy, aux pp. 63 et 64; *Ontex Resources Ltd. c. Metalore Resources* 52

(C.A.); *655 Developments Ltd. v. Chester Dawe Ltd.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 500 (Nfld. S.C.).

53 The issue of detriment arises in this case because the trial judge made a specific finding that the respondents had not suffered financial loss, yet she proceeded to find liability and award damages "in the interest of fairness". While La Forest J. in *Lac Minerals* considered detriment to be an essential element of the breach of confidence action (Sopinka J. did not express a view on this point in his discussion of the applicable principles), it is clear that La Forest J. regarded detriment as a broad concept, large enough for example to include the emotional or psychological distress that would result from the disclosure of intimate information (see, e.g., *Argyll (Duchess) v. Argyll (Duke)*, [1967] Ch. 302. In the *Spycatcher* case, *supra*, Lord Keith of Kinkel observed, at p. 256, that in some circumstances the disclosure itself might be sufficient without more to constitute detriment:

> So I would think it a sufficient detriment to the confider that information given in confidence is to be disclosed to persons whom he would prefer not to know of it, even though the disclosure would not be harmful to him in any positive way.

54 The concept of detriment need not be explored on this occasion because, as the Court of Appeal correctly emphasized, the parties had agreed prior to trial that any evidence regarding losses allegedly suffered by the plaintiff would be deferred to a post-trial reference. This arrangement obviated the need for the respondents to lead evidence of detriment at the liability trial. In the end, however, having elected the remedy of financial compensation, the respondents will obviously have to demonstrate at the reference the nature and extent of any detriment suffered to establish the basis for a monetary award.

Ltd. (1993), 13 O.R. (3d) 229 (C.A.); *655 Developments Ltd. c. Chester Dawe Ltd.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 500 (C.S.T.-N.).

La question du préjudice se pose en l'espèce parce que le juge de première instance a conclu expressément que les intimées n'avaient subi aucune perte pécuniaire, mais a néanmoins conclu à la responsabilité et accordé des dommages-intérêts «par souci d'équité». Même si le juge La Forest a considéré, dans *Lac Minerals*, que le préjudice constitue un élément essentiel de l'action pour abus de confiance (le juge Sopinka ne s'étant pas exprimé sur ce point dans son analyse des principes applicables), il est clair qu'il estimait qu'il s'agit d'un concept général assez large pour englober, par exemple, l'angoisse morale ou psychologique résultant de la divulgation de renseignements intimes (voir, par exemple, *Argyll (Duchess) c. Argyll (Duke)*, [1967] Ch. 302. Dans l'affaire *Spycatcher*, précitée, lord Keith of Kinkel a fait remarquer, à la p. 256, que, dans certaines circonstances, la divulgation même pourrait suffire pour qu'il y ait préjudice:

> [TRADUCTION] Je pense donc qu'il suffit pour qu'une communication soit faite au détriment d'une personne que les renseignements qu'elle a communiqués à titre confidentiel soient divulgués à des personnes auxquelles elle aurait préféré qu'ils ne soient pas transmis, même si la divulgation ne lui était aucunement préjudiciable sur le plan concret.

Il n'est pas nécessaire d'examiner pour le moment le concept de préjudice car, comme l'a correctement souligné la Cour d'appel, les parties avaient convenu, avant le procès, que toute preuve relative aux pertes qu'auraient subies la demanderesse ferait l'objet d'un renvoi postérieur au procès. Cette entente parait à la nécessité pour les intimées de produire une preuve de préjudice lors du procès portant sur la responsabilité. Cependant, vu qu'elles ont choisi en fin de compte de demander une indemnité pécuniaire, les intimées devront manifestement démontrer, lors du renvoi, la nature et l'étendue de tout préjudice subi pour justifier une telle indemnité.

G. *Relevance of Lord Cairns' Act 1858 to Jurisdiction to Award Financial Compensation*

There appears to be a continuing controversy over the extent to which, if at all, the award of financial compensation is affected by the historic complexities of the *Chancery Amendment Act, 1858* (*Lord Cairns' Act*) and its modern progeny.

The origins of this particular controversy predate the merger of law and equity. The concept of damages is a creature of the common law. The passage of *Lord Cairns' Act* in 1858 conferred on the Courts of Equity a jurisdiction to award damages in addition to or in lieu of an injunction or other specific equitable relief. Similar provisions are contained in provincial statutes governing the jurisdiction of the superior courts of the provinces; see, e.g., the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 99; *The Court of Queen's Bench Act*, S.M. 1988-89, c. 4, s. 36; *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, s. S-10, s. 32; *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 20; *The Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, c. Q-1, s. 45(9); *Judicature Act*, R.S.Y. 1986, c. 96, s. 27; *Judicature Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-1, s. 42.

The practical implication of resting compensation on *Lord Cairns' Act* would be to substitute monetary compensation for injunctive restraint but not necessarily to make compensation available for losses suffered prior to the application for an injunction. In addition, where as in this case, the trial judge held the plaintiffs to be disentitled to an injunction, the jurisdiction to award damages would be open to challenge. There might in fact be a jurisdictional problem in cases where there is "nothing to injunct the defendant against" (D. Capper, "Damages for Breach of the Equitable Duty of Confidence" (1994), 14 *Legal Stud.* 313, at p. 314).

G. *La pertinence de la Lord Cairns' Act 1858 quant à la compétence pour accorder une indemnité pécuniaire*

La controverse semble persister quant à la mesure, s'il en est, dans laquelle les complexités historiques de la *Chancery Amendment Act, 1858* (*Lord Cairns' Act*) et des lois modernes qui lui ont succédé influent sur l'attribution d'une indemnité pécuniaire. 55

Les origines de cette controverse particulière précèdent la fusion de la common law et de l'*equity*. Le concept de dommages-intérêts est une création de la common law. La *Lord Cairns' Act*, adoptée en 1858, a conféré aux tribunaux d'*equity* une compétence pour accorder des dommages-intérêts en sus ou au lieu d'une injonction ou d'une autre réparation particulière d'*equity*. Les lois provinciales régissant la compétence des cours supérieures des provinces comportent des dispositions semblables; voir, par exemple, les lois suivantes: *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 99; *Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, L.M. 1988-89, ch. 4, art. 36; *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, art. 32; *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 20; *The Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, ch. Q-1, par. 45(9); *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.Y. 1986, ch. 96, art. 27; *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-1, art. 42. 56

Du point de vue pratique, fonder l'indemnisation sur la *Lord Cairns' Act* reviendrait à substituer une indemnité pécuniaire à une injonction, mais non pas nécessairement à permettre de demander une indemnité pour des pertes subies avant la demande d'injonction. De plus, lorsque le juge de première instance a décidé, comme c'est le cas en l'espèce, que les demanderesses n'avaient pas droit à une injonction, il serait possible de contester la compétence pour accorder des dommages-intérêts. Un problème de compétence pourrait en fait exister dans les cas où [TRADUCTION] «il n'y a rien à interdire au défendeur» (D. Capper, «Damages for Breach of the Equitable Duty of Confidence» (1994), 14 *Legal Stud.* 313, à la p. 314). 57

58 In *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, [1957] R.P.C. 207, the English Court of Appeal expressed some doubt about the availability of financial compensation in equity outside *Lord Cairns' Act*. In *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 93 (Ch. D.), Slade J., at p. 111, attributed the award of compensation in *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)* to *Lord Cairns' Act*, although Lord Denning nowhere mentioned it. As recently as 1979, Vice-Chancellor Megarry suggested in *Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 2)*, [1979] 2 All E.R. 620 (Ch. D.), at p. 633, that:

> . . . if there is no case for the grant of an injunction, as when the disclosure has already been made, the unsatisfactory result seems to be that no damages can be awarded under this head. . . .

See also the *Spycatcher* case, *supra*, *per* Lord Goff of Chieveley, at p. 286; *Ben-Israel v. Vitacare Medical Products Inc.*, *supra*, *per* Beaulieu J., at p. 109; *Pharand Ski Corp. v. Alberta* (1991), 80 Alta. L.R. (2d) 216 (Q.B.) *per* Mason J., at p. 257, para. 180, *et seq.*; and J. D. McCamus, "Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments", *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995: Law of Remedies: Principles and Proofs*, 295, at p. 330.

59 There are English decisions that award financial compensation for breach of fiduciary duty in the absence of any claim for an injunction or other equitable relief. See, e.g., *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.), where Viscount Haldane L.C. observed (at p. 952) that the Court of Chancery, operating on "the conscience" of the delinquent solicitor,

> could order the defendant, not . . . to pay damages as such, but to make restitution, or to compensate the plaintiff by putting him in as good a position pecuniarily as that in which he was before the injury.

60 Although *Nocton v. Lord Ashburton* was a case of a faithless fiduciary, the decision in *Lac Miner-*

Dans *Nichrotherm Electrical Co. c. Percy*, [1957] R.P.C. 207, la Cour d'appel d'Angleterre a exprimé des doutes quant à la possibilité d'obtenir une indemnité pécuniaire en *equity* sans application de la *Lord Cairns' Act*. Dans *English c. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 93 (Ch. D.), à la p. 111, le juge Slade a attribué à l'application de la *Lord Cairns' Act* l'indemnisation accordée dans *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)*, même si lord Denning n'en faisait nullement mention. Dès 1979, le vice-chancelier Megarry a laissé entendre dans *Malone c. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 2)*, [1979] 2 All E.R. 620 (Ch. D.), à la p. 633, que:

> [TRADUCTION] . . . lorsqu'il n'y a rien qui permette d'accorder une injonction, comme c'est le cas lorsqu'il y a déjà eu divulgation, il semble, ce qui laisse à désirer, qu'il ne soit pas possible d'accorder de dommages-intérêts à cet égard. . .

Voir aussi l'affaire *Spycatcher*, précitée, lord Goff of Chieveley, à la p. 286; *Ben-Israel c. Vitacare Medical Products Inc.*, précité, le juge Beaulieu, à la p. 109; *Pharand Ski Corp. c. Alberta* (1991), 80 Alta. L.R. (2d) 216 (B.R.) le juge Mason, à la p. 257, par. 180 et suiv.; J. D. McCamus, «Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments», *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995: Law of Remedies: Principles and Proofs*, 295, à la p. 330.

Dans certaines décisions anglaises, une indemnité pécuniaire a été accordée pour le manquement à une obligation fiduciaire sans qu'une demande d'injonction ou d'une autre réparation d'*equity* n'ait été présentée. Voir, par exemple, *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.), où le lord chancelier le vicomte Haldane a fait remarquer (à la p. 952) que la Cour de chancellerie, se fondant sur la «conscience» de l'avocat fautif,

> [TRADUCTION] pourrait ordonner que le défendeur ne verse pas [. . .] des dommages-intérêts comme tels, mais procède à une restitution, ou indemnise le demandeur en le plaçant dans une situation financière aussi avantageuse que celle dans laquelle il se trouvait avant le préjudice.

Même si l'affaire *Nocton c. Lord Ashburton* concernait un fiduciaire déloyal, l'arrêt *Lac*

als, as already discussed, is authority for the proposition that the availability of equitable remedies in a breach of confidence action does not now turn on the presence or absence of a fiduciary duty. Other Canadian cases which have based an award of financial compensation for breach of confidence in the exercise of a general equitable jurisdiction without trying to find a fiduciary duty or worrying about the restrictions buried in the modern successors of *Lord Cairns' Act* include *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.*, *supra*; *Recovery Production Equipment Ltd. v. McKinney Machine Co.*, [1998] A.J. No. 801 (QL) (C.A.); *Treadwell v. Martin* (1976), 67 D.L.R. (3d) 493; *Planon Systems Inc. v. Norman Wade Co.*, [1998] O.J. No. 3547 (QL) (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Z Mark International Inc. v. Leng Novak Blais Inc.* (1996), 12 O.T.C. 33 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). See also L. Tsaknis, "The Jurisdictional Basis, Elements, and Remedies in the Action for Breach of Confidence — Uncertainty Abounds" (1993), 5 *Bond L. Rev.* 18, at pp. 46-47.

Minerals, comme nous l'avons vu, permet d'affirmer que la possibilité de demander une réparation en *equity* dans une action pour abus de confiance ne dépend plus désormais de l'existence ou de l'inexistence d'une obligation fiduciaire. Parmi les autres décisions rendues au Canada dans lesquelles une indemnité pécuniaire pour abus de confiance a été accordée dans l'exercice d'une compétence générale d'*equity*, sans que l'on tente de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire ou qu'on s'inquiète des restrictions cachées dans les lois modernes ayant succédé à la *Lord Cairns' Act*, on compte les suivantes: *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.*, précité; *Recovery Production Equipment Ltd. c. McKinney Machine Co.*, [1998] A.J. No. 801 (QL) (C.A.); *Treadwell c. Martin* (1976), 67 D.L.R. (3d) 493; *Planon Systems Inc. c. Norman Wade Co.*, [1998] O.J. No. 3547 (QL) (C. Ont. (Div. gén.)); *Z Mark International Inc. c. Leng Novak Blais Inc.* (1996), 12 O.T.C. 33 (C. Ont. (Div. gén.)). Voir aussi L. Tsaknis, «The Jurisdictional Basis, Elements, and Remedies in the Action for Breach of Confidence — Uncertainty Abounds» (1993), 5 *Bond L. Rev.* 18, aux pp. 46 et 47.

Equity, like the common law, is capable of ongoing growth and development: *Canson Enterprises*, *supra*, *per* La Forest J. at p. 580; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904, *per* Lord Diplock, at p. 926. In my view, therefore, having regard to the evolution of equitable principles apparent in the case law, we should clearly affirm that, in this country, the authority to award financial compensation for breach of confidence is inherent in the exercise of general equitable jurisdiction and does not depend on the niceties of *Lord Cairns' Act* or its statutory successors. This conclusion is fed, as well, by the *sui generis* nature of the action. The objective in a breach of confidence case is to put the confider in as good a position as it would have been in but for the breach. To that end, the Court has ample jurisdiction to fashion appropriate relief out of the full

À l'instar de la common law, l'*equity* peut continuer à évoluer: *Canson Enterprises*, précité, le juge La Forest, à la p. 580; *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904, lord Diplock, à la p. 926. Par conséquent, je suis d'avis que, compte tenu de l'évolution des principes *d'equity* qui ressort de la jurisprudence, nous devrions clairement confirmer que, dans notre pays, le pouvoir d'accorder une indemnité pécuniaire dans un cas d'abus de confiance est inhérent à l'exercice de la compétence générale d'*equity* et n'est pas tributaire des subtilités de la *Lord Cairns' Act* ou des lois qui lui ont succédé. Cette conclusion découle également de la nature *sui generis* de l'action. L'objectif visé dans une affaire d'abus de confiance est de placer la personne qui a communiqué des renseignements à titre confidentiel dans une situation aussi avantageuse que celle dans laquelle elle se serait trouvée n'eût été le manquement. À cette fin, la Cour a largement compétence pour établir la réparation appropriée à partir de la gamme complète des répa- 61

gamut of available remedies, including appropriate financial compensation.

H. *The Subject Matter of the Compensation*

62 In the present case, the trial judge found, and the Court of Appeal agreed, that the Clamato formula and related processes, insofar as they had been disclosed to the appellants, constituted a unique combination of elements, notwithstanding that some or all of the constituent elements were themselves widely known within the juice industry. It is to be emphasized that this is a case of unauthorized use as opposed to unauthorized disclosure. The information passed to Caesar Canning was found to satisfy the requirements of being inaccessible to the uninitiated, and to constitute an identifiable and distinct source of information which Caesar Canning wrongfully used for its own commercial advantage. As such, it was worthy of protection, but what, in dollar terms, did its misuse cost the respondents?

63 In the respondents' view their Clamato information is, literally, priceless. They say its continued use must be forever enjoined. It is only past misuse which, being now incurable, will have to be compensated in mere dollars and cents. In the appellants' view, on the other hand, the Court should focus on what the trial judge found was the peripheral importance of the information actually used. Caesar Cocktail, in one formulation or another, would have been on the market. The processing and other details, however confidential, did not add to its market potential. In other words, the appellants' position is that the use of confidential information may have been an actionable wrong but it did not cause any monetary loss to the respondents.

rations disponibles, dont une indemnité pécuniaire adéquate.

H. *L'objet de l'indemnité*

En l'espèce, le juge de première instance en est arrivé à la conclusion, à laquelle a souscrit la Cour d'appel, que la formule du Clamato et ses procédés connexes, dans la mesure où ils avaient été communiqués aux appelants, constituaient une combinaison unique d'éléments, même si certains de ces éléments, voire tous, étaient eux-mêmes bien connus dans l'industrie du jus. Il faut souligner qu'il est question en l'espèce d'emploi non autorisé et non pas de divulgation non autorisée. Il a été jugé que les renseignements transmis à Caesar Canning satisfont aux conditions qu'ils soient inaccessibles aux non-initiés et qu'ils constituent une source identifiable et distincte d'information dont Caesar Canning s'est servie abusivement pour tirer un avantage commercial. Par conséquent, ces renseignements méritaient d'être protégés, mais quel a été pour les intimées le coût en argent de leur utilisation abusive?

Selon les intimées, leurs renseignements sur le Clamato n'ont littéralement pas de prix. Elles affirment que leur utilisation devrait faire l'objet d'une interdiction permanente. Ce n'est que leur utilisation abusive antérieure, qui ne peut désormais plus être corrigée, qui devra faire l'objet d'une indemnisation en argent. Les appelants estiment pour leur part que la Cour devrait se concentrer sur ce qui selon le juge de première instance, représente l'importance secondaire des renseignements qui ont été vraiment utilisés. Le Caesar Cocktail, quelle qu'en soit la formule, aurait été lancé sur le marché. Si confidentiels soient-ils, les détails du procédé de fabrication notamment n'ont rien ajouté à son marché potentiel. En d'autres termes, les appelants sont d'avis que l'utilisation des renseignements confidentiels peut avoir été une faute donnant ouverture à une action, mais qu'elle n'a causé aucune perte pécuniaire aux intimées.

I. *Measure of the "Lost Opportunity"*

The applicable concept of restoration was set out in the reasons of McLachlin J. in *Canson Enterprises* as follows, at p. 556:

> In summary, compensation is an equitable monetary remedy which is available when the equitable remedies of restitution and account are not appropriate. By analogy with restitution, it attempts to restore to the plaintiff what has been lost as a result of the breach; i.e., the plaintiff's lost opportunity. The plaintiff's actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight. Foreseeability is not a concern in assessing compensation, but it is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach. [Emphasis added.]

The concept of the "lost opportunity" is particularly apt here. The respondents' real complaint is not that the appellants manufactured Caesar Cocktail at a particular temperature or atmospheric pressure. Production details are a means to an end. The respondents' "lost opportunity" was that the appellants, using these confidential production techniques, entered the marketplace with Caesar Cocktail a year earlier than would otherwise have been the case. The respondents were not entitled to be free of competition from the appellants. Apart from the clam juice limitation, they were only entitled to be free of the appellants' competition which used the respondents' confidential information. The respondents argue that no consultant could duplicate "precisely" the Clamato production details. This may be true, but the trial judge reasoned that it would not be necessary for the appellants or their consultants to discover independently the actual Clamato details within that year. Juice formulation is not rocket science. A consultant skilled in the art and deploying a variety of techniques could have come up with a plausible clam-free copycat product within 12 months to bring the respondents' commercial "opportunity" to a close. Moral indignation is not a factor that is to be used to inflate the calculation of a compensatory award. The respondents' entitlement is to no more than

I. *L'évaluation de la «possibilité perdue»*

Le concept de restitution applicable est défini de la manière suivante dans les motifs du juge McLachlin dans *Canson Enterprises*, à la p. 556: 64

> En résumé, l'indemnisation est une mesure de redressement pécuniaire fondée sur l'*equity* à laquelle on peut avoir recours lorsque les redressements d'*equity* que sont la restitution et la reddition de comptes ne conviennent pas. Par analogie avec la restitution, elle tente de rendre au demandeur ce qu'il a perdu par suite du manquement, c'est-à-dire la possibilité qu'il a perdue. La perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective. La prévisibilité n'intervient pas dans le calcul de l'indemnité, mais il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement. [Je souligne.]

La notion de «possibilité perdue» est particulièrement appropriée en l'espèce. Les intimées ne se plaignent pas du fait que les appelants ont fabriqué du Caesar Cocktail à une température ou à une pression atmosphérique données. Les détails de production sont un moyen d'atteindre une fin. La «possibilité perdue» des intimées réside dans le fait qu'en employant ces techniques de production confidentielles les appelants ont pu lancer sur le marché le Caesar Cocktail un an plus tôt qu'ils l'auraient fait par ailleurs. Les intimées n'avaient pas le droit d'être à l'abri de toute concurrence de la part des appelants. En dehors de la restriction du bouillon de palourdes, elles n'avaient que le droit d'être à l'abri de la concurrence des appelants découlant de l'utilisation des renseignements confidentiels leur appartenant. Les intimées font valoir qu'aucun consultant ne pouvait reproduire «exactement» les détails de production du Clamato. C'est peut-être vrai, mais le juge de première instance a estimé qu'il n'était pas nécessaire que les appelants ou leurs consultants découvrent indépendamment les détails mêmes du Clamato au cours de cette année. La formulation de jus n'a rien de sorcier. Un consultant qualifié aurait pu, à l'aide de diverses techniques mettre au point, dans les 12 mois, un produit semblable ne contenant pas de palourdes et mettre ainsi fin à la «possibilité» com-

restoration of the full benefit of this lost but time-limited opportunity.

merciale des intimées. L'indignation morale ne doit pas servir à gonfler l'indemnité calculée. Les intimées n'ont droit à rien de plus qu'à la restitution complète de cette possibilité perdue, mais limitée dans le temps.

J. *The Trial Judge Found the Confidential Information to Be "Nothing Very Special"*

J. *Conclusion du juge de première instance que les renseignements confidentiels n'avaient «rien de très particulier»*

65 The trial judge awarded the respondents the equivalent of the consulting fee it would have cost Caesar Canning to develop Caesar Cocktail without improper use of the respondents' confidential information. A similar approach was used by the Manitoba Court of Appeal in *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.*, *supra*, and by the British Columbia Court of Appeal in *ICAM Technologies Corp. v. EBCO Industries Ltd.*, *supra*. See also *Interfirm Comparison (Australia) Pty. Ltd. v. Law Society of New South Wales*, [1977] R.P.C. 137. The "consulting fee" approach uses the putative development costs (in this case, of Caesar Cocktail) as a proxy for the market value of the confidential information. In adopting this approach the trial judge relied on the analysis of Lord Denning in *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, *supra*, already discussed, who for the purposes of assessing equitable compensation divided confidential information into three categories: "nothing very special", "something special" and "very special indeed", as follows, at pp. 719-20:

> The difficulty is to assess the value of the information taken by the defendant company. . . . The value of the confidential information depends on the nature of it. **[1]** If there was nothing very special about it, that is, if it involved no particular inventive step but was the sort of information which could be obtained by employing any competent consultant, then the value of it was the fee which a consultant would charge for it; because in that case the defendant company, by taking the information, would only have saved themselves the time and trouble of employing a consultant. But, on the other hand, **[2]** if the information was something special, as, for instance,

Le juge de première instance a accordé aux intimées une somme équivalant aux honoraires d'expertise qu'aurait dû débourser Caesar Canning pour mettre au point le Caesar Cocktail sans utiliser abusivement les renseignements confidentiels des intimées. Une méthode semblable a été adoptée par la Cour d'appel du Manitoba dans *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.*, précité, et par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *ICAM Technologies Corp. c. EBCO Industries Ltd.*, précité. Voir aussi *Interfirm Comparison (Australia) Pty. Ltd. c. Law Society of New South Wales*, [1977] R.P.C. 137. La méthode des «honoraires d'expertise» fait appel aux frais présumés de mise au point (du Caesar Cocktail, en l'espèce) pour remplacer la valeur marchande des renseignements confidentiels. En adoptant cette méthode, le juge de première instance s'est appuyée sur l'analyse de lord Denning, dans l'arrêt *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)*, précité, que nous avons déjà examiné, qui, pour calculer le montant de l'indemnité en *equity*, a classé les renseignements confidentiels dans trois catégories: [TRADUCTION] «rien de très particulier», «quelque chose de particulier» et «vraiment très particulier», aux pp. 719 et 720:

> [TRADUCTION] Le problème est de calculer la valeur des renseignements que s'est appropriée la société défenderesse. [. . .] La valeur des renseignements confidentiels dépend de leur nature. **[1]** S'ils n'ont rien de très particulier, c'est-à-dire s'ils ne comportent aucune activité inventive particulière, mais qu'il s'agit du genre de renseignements qui pourraient être obtenus grâce aux services d'un consultant qualifié, leur valeur équivaut aux honoraires que le consultant demanderait pour ceux-ci, parce qu'en l'espèce la société défenderesse, en s'appropriant des renseignements, aurait simplement gagné du temps en n'ayant pas à engager un consultant. Par

if it involved an inventive step or something so unusual that it could not be obtained by just going to a consultant, then the value of it is much higher. It is not merely a consultant's fee, but the price which a willing buyer — desirous of obtaining it — would pay for it. It is the value as between a willing seller and a willing buyer. **[3]** . . . if the plaintiff is right in saying that the confidential information was very special indeed, then it may well be right for the value to be assessed on the footing that, in the usual way, it would be remunerated by a royalty. The court, of course, cannot give a royalty by way of damages; but it could give an equivalent by a calculation based on a capitalisation of a royalty. Thus it could arrive at a lump sum. Once a lump sum is assessed and paid, then the confidential information would belong to the defendant company in the same way as if they had bought and paid for it by an agreement of sale. [Emphasis added.]

contre, **[2]** si les renseignements ont quelque chose de particulier, par exemple, s'ils comportent une activité inventive si inhabituelle qu'il ne serait pas possible de les obtenir en s'adressant simplement à un consultant, leur valeur est alors beaucoup plus élevée. Elle ne correspond plus seulement aux honoraires du consultant, mais au prix qu'un acheteur sérieux — désireux d'obtenir ces renseignements — serait prêt à payer pour ceux-ci. C'est la valeur qu'ils auraient dans une vente de gré à gré. **[3]** . . . si le demandeur a raison d'affirmer que les renseignements confidentiels étaient vraiment très particuliers, il pourrait bien alors convenir de calculer leur valeur suivant le principe qu'ils feraient normalement l'objet d'une redevance. Le tribunal ne peut évidemment pas accorder de redevance au moyen de dommages-intérêts, mais il pourrait accorder une somme équivalente calculée en fonction de la capitalisation d'une redevance. Il pourrait ainsi en arriver à un montant forfaitaire. Une fois le montant forfaitaire calculé et versé, les renseignements confidentiels appartiendraient alors à la société défenderesse de la même façon que si cette dernière les avaient acquis au moyen d'un contrat de vente. [Je souligne.]

The trial judge clearly consigned the trade secrets which the respondents had confided to the appellants to the "nothing very special" category, as she awarded Lord Denning's measure of compensation applicable to the lowest level of importance, a mere consulting fee to represent the avoided cost of in-house development. The respondents complain that no consultant could exactly replicate the magic of Clamato, and certainly could not do so in 12 months. The trial judge's view, however, was that it would not be necessary for the appellants to discover and replicate exactly the respondents' production techniques. They would be competitive using substitute techniques that produced any sufficiently close copycat tomato-based product to satisfy the ordinary customer. If the market value of the confidential information is the proper measure of compensation in this case, I would accept the assessment of the trial judge. My quarrel is not with her calculation but with the underlying premise that market value is the appropriate approach on the facts of this case.

Le juge de première instance a nettement classé 66
les secrets industriels que les intimées avaient confiés aux appelants dans la catégorie «rien de très particulier», puisqu'elle a accordé l'indemnité applicable, suivant lord Denning, aux renseignements les moins importants, à savoir de simples honoraires d'expertise représentant les coûts évités de mise au point sur place. Les intimées font valoir qu'aucun consultant ne pouvait reproduire exactement la magie du Clamato, et sûrement pas en 12 mois. Le juge de première instance était toutefois d'avis qu'il n'était pas nécessaire que les appelants découvrent et reproduisent exactement les techniques de production des intimées. Ils seraient concurrentiels en utilisant d'autres techniques permettant de mettre au point un produit à base de tomates assez semblable pour satisfaire le consommateur ordinaire. Si la valeur marchande des renseignements confidentiels représentait la bonne façon de calculer l'indemnité en l'espèce, j'accepterais l'évaluation du juge de première instance. Ce que je conteste est non pas le calcul qu'elle effectue, mais la prémisse sous-jacente selon laquelle la valeur marchande est la méthode appropriée d'après les faits de la présente affaire.

K. *The Springboard Doctrine*

67 The trial judge acknowledged that the breached confidences had acted as a "springboard" to enable the appellants to bring Caesar Cocktail to market 12 months earlier than would otherwise have been the case. The "springboard" or "head start" concept descends from the judgment of Roxburgh J. in *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd.*, [1967] R.P.C. 375 (Ch. D. 1959), aff'd [1960] R.P.C. 128 (C.A.), at p. 391:

> As I understand it, the essence of this branch of the law, whatever the origin of it may be, is that a person who has obtained information in confidence is not allowed to use it as a spring-board for activities detrimental to the person who made the confidential communication, and spring-board it remains even when all the features have been published or can be ascertained by actual inspection by any member of the public.

The "springboard" concept has been referred to in Canada, including in *Lac Minerals*, *per* Sopinka J., at p. 610; *Santé Naturelle Ltée v. Produits de Nutrition Vitaform Inc.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 548 (Que. Sup. Ct.), at p. 553; *Montour Ltée v. Jolicœur* (1988), 19 C.I.P.R. 25 (Que. Sup. Ct.), at p. 45; *Matrox Electronic Systems Ltd. v. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (Que. Sup. Ct.), at pp. 2463-64; and *Ben-Israel v. Vitacare Medical Products Inc.*, *supra*, *per* Beaulieu J., at p. 106.

68 The respondents contend that the trial judge erred in her measure of equitable compensation for two reasons. Firstly and most importantly, they were not in the business of selling their trade secrets to competitors, and therefore the "market value" of the information is irrelevant. There is some support for this in the reasons of Sir Edward Eveleigh in *Dowson & Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418 (C.A.), where at p. 422 he rationalized *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, on the basis that in that case the plaintiff "would have sold [the] information; that was his line of business". There is also some support for this view in

K. *La règle du tremplin*

Le juge de première instance a reconnu que les renseignements confidentiels utilisés abusivement avaient servi de «tremplin» aux appelants en leur permettant de lancer le jus Caesar Cocktail sur le marché 12 mois plus tôt qu'ils auraient été par ailleurs en mesure de le faire. La notion de «tremplin» ou de «longueur d'avance» émane de la décision du juge Roxburgh *Terrapin Ltd. c. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd.*, [1967] R.P.C. 375 (Ch. D. 1959), conf. par [1960] R.P.C. 128 (C.A.), à la p. 391:

> [TRADUCTION] Si je comprends bien, l'essence de cette branche du droit, peu importe son origine, est qu'une personne qui a reçu des renseignements à titre confidentiel n'est pas autorisée à s'en servir comme tremplin pour des activités préjudiciables à la personne qui a fait la communication confidentielle, et ces renseignements continuent de servir de tremplin même lorsque toutes les caractéristiques ont été rendues publiques ou peuvent être vérifiées par un membre du public.

La notion de «tremplin» ou d'«avantage» a été évoquée au Canada, notamment dans *Lac Minerals*, le juge Sopinka, à la p. 610; *Santé Naturelle Ltée c. Produits de Nutrition Vitaform Inc.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 548 (C.S. Qué.), à la p. 553; *Montour Ltée c. Jolicœur*, [1988] R.J.Q. 1323 (C.S.), à la p. 1332; *Matrox Electronic Systems Ltd. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (C.S. Qué.), aux pp. 2463 et 2464, et *Ben-Israel c. Vitacare Medical Products Inc.*, précité, le juge Beaulieu, à la p. 106.

Les intimées prétendent que l'évaluation d'une indemnité fondée sur l'*equity* par le juge de première instance est erronée pour deux raisons. Premièrement et qui plus est, elles ne se livraient pas à la vente de leurs secrets industriels à des concurrents et, par conséquent, la «valeur marchande» des renseignements n'est pas pertinente. Cela est appuyé jusqu'à un certain point par les motifs de sir Edward Eveleigh dans *Dowson & Mason Ltd. c. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418 (C.A.) où, à la p. 422, il explique la décision *Seager c. Copydex Ltd. (No. 2)* en indiquant que, dans cette affaire, le demandeur [TRADUCTION] «aurait vendu [les] ren-

Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd., supra, per Megarry J. at p. 50.

Secondly, the respondents say the "springboard" cases are inapplicable because, properly understood, they presuppose that at the end of the "head start" period, the defendants would in fact have discovered the actual secrets they earlier misappropriated. In fact, they say, Clamato has been often emulated but never precisely copied.

In my view the respondents' argument reads the jurisprudence too narrowly. The unique features of the respondents' manufacturing process, and its alleged lack of replicability, do not necessarily establish a causal relationship to a financial loss. The respondents were not in the business of selling information, and I therefore agree with them that the "market value" of the confidential information is not the appropriate measure of compensation in this case.

That having been said, the respondents were in the business of exploiting commercial opportunities, and their ability to make a profit from Clamato was limited by the acknowledged entitlement of the appellants to market a similar product without clam juice. The assessment of compensation has therefore to address the value of the lost market opportunity and, in particular, the lost advantage of being able to market Clamato free of the appellants' competition for 12 months, and not be diverted to a valuation of the confidential information itself.

The trial judge held that the appellants were able to approximate the taste of Clamato without ever having had access to the secret "dry mix", and that this approximation was sufficient for commercial purposes. While the details of the respondents' particular combination of manufacturing process might have remained undiscovered forever, she found that there are different substitute ways to produce the desired result. As the trial judge

seignements; c'était son métier». Ce point de vue est aussi étayé par *Coco c. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, précité, le juge Megarry, à la p. 50.

69 Deuxièmement, les intimées affirment que les affaires de «tremplin» sont inapplicables car, interprétées correctement, elles présupposent qu'à la fin de la période où ils avaient «une longueur d'avance», les défendeurs auraient effectivement découvert les secrets qu'ils s'étaient auparavant appropriés illicitement. En réalité, disent-elles, le Clamato a souvent été imité, mais jamais reproduit exactement.

70 À mon avis, l'argumentation des intimées repose sur une interprétation trop étroite de la jurisprudence. Les caractéristiques uniques du procédé de fabrication des intimées et l'impossibilité qu'il y aurait de le reproduire n'établissent pas nécessairement un lien de causalité avec une perte pécuniaire. Les intimées ne se livraient pas à la vente de renseignements, et je conviens avec elles que la «valeur marchande» des renseignements confidentiels ne représente pas la bonne façon de calculer l'indemnité en l'espèce.

71 Cela dit, elles se livraient à l'exploitation de possibilités de faire du commerce et leur capacité de tirer un profit de la vente de Clamato était restreinte par le droit reconnu des appelants de commercialiser un produit semblable ne comportant pas de bouillon de palourdes. L'évaluation de l'indemnité doit donc porter sur la valeur de la possibilité perdue sur le plan du marché et, notamment, la perte de l'avantage d'être en mesure de commercialiser le Clamato en l'absence de toute concurrence de la part des appelants pendant 12 mois, et elle ne doit pas consister à apprécier la valeur des renseignements confidentiels eux-mêmes.

72 Le juge de première instance a conclu que les appelants ont été en mesure de reproduire approximativement le goût du Clamato sans jamais avoir eu accès au «mélange sec» secret, et que cette reproduction approximative était suffisante à des fins commerciales. Même si les détails du procédé particulier de fabrication des intimées auraient pu ne jamais être découverts, elle a jugé qu'il existe divers autres moyens d'obtenir le résultat souhaité.

observed, Clamato had a certain identity of taste and texture and "considerable changes can be made to the ingredients and process of a food product without the product identity being changed" (p. 329). For that reason, the precision of a few degrees temperature here or a few pounds pressure there, and the other details imparted in confidence to the appellants, were found to be "nothing very special". These findings are important because they show that while Clamato is unique, its uniqueness is not a condition of exploiting (nor an assurance of defending) the commercial opportunity.

Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, le Clamato a un goût et une texture qui lui sont propres et [TRADUCTION] «des changements importants peuvent être apportés aux ingrédients et au procédé de fabrication d'un produit alimentaire sans que l'identité même du produit ne change» (p. 329). C'est pour cette raison qu'il a été jugé que l'indication de quelques degrés de température ici ou de quelques livres de pression ailleurs ainsi que les autres détails communiqués à titre confidentiel aux appelants n'avaient «rien de très particulier». Ces conclusions sont importantes parce qu'elles montrent que même si le Clamato est unique, son caractère unique n'est pas une condition d'exploitation (ni une garantie de justification) de la possibilité de faire du commerce.

73 The respondents complain that the trial judge's analysis was hypothetical, because the appellants have never in fact reproduced Clamato using non-confidential technology. However, the Court is free to draw inferences from the evidence as to what would likely have happened "but for" the breach: *Lac Minerals*, *per* Sopinka J., at pp. 619-20, and *per* La Forest J., at pp. 668-69; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3, at p. 15; *Pharand Ski Corp. v. Alberta*, *supra*, *per* Mason J., at p. 263, para. 202; and *Chaleur Silica Inc. v. Lockhart* (1990), 108 N.B.R. (2d) 366 (Q.B.), *per* Russell J., at p. 405, para. 76. In the case of *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, *supra*, on which they rely so strongly, Megarry J., at p. 49, pointed to the artificiality of actually requiring the confidant to discover "independently" the information of which he or she is already aware.

Les intimées soutiennent que l'analyse du juge de première instance est hypothétique puisque les appelants n'ont jamais en réalité reproduit le Clamato à l'aide de techniques non confidentielles. Cependant, la Cour est libre de se servir de la preuve pour déduire ce qui se serait vraisemblablement produit «n'eût été» le manquement: *Lac Minerals*, le juge Sopinka, aux pp. 619 et 620, et le juge La Forest, aux pp. 668 et 669; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3, à la p. 15; *Pharand Ski Corp. c. Alberta*, précité, le juge Mason, à la p. 263, par. 202; *Chaleur Silica Inc. c. Lockhart* (1990), 108 R.N.-B. (2e) 366 (B.R.), le juge Russell à la p. 405, par. 76. Dans l'arrêt *Coco c. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, précité, sur lequel elles ont appuyées fortement, le juge Megarry, à la p. 49, a souligné qu'il était factice d'exiger que la personne qui a reçu des renseignements à titre confidentiel découvre «indépendamment» les renseignements déjà portés à sa connaissance.

74 In my view, the key to the assessment of equitable compensation in this case is the expected duration of the respondents' "lost opportunity", i.e., the economic advantage they would have enjoyed after the cancellation of the licence "but for" the breach. It would be inequitable to protect the respondents' interest in a commercial opportunity they never

À mon avis, la clé de l'évaluation d'une indemnité fondée sur l'*equity* en l'espèce est la durée escomptée de la «possibilité perdue» des intimées, c'est-à-dire l'avantage économique dont elles auraient bénéficié après la résiliation de la licence «n'eût été» le manquement. Il serait injuste de protéger le droit que les intimées n'ont jamais eu une

enjoyed by invoking undue solicitude for their "nothing very special" information.

There is a further more general objection to the respondents' formalistic approach. Equity has set a relatively low threshold on what kinds of information are capable of constituting the subject matter of a breach of confidence. In *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, *supra*, Megarry J., at p. 47, considered that "some product of the human brain" applied to existing knowledge might suffice. A similarly expansive concept was adopted in *Lac Minerals* at p. 610 by Sopinka J., quoting Lord Greene M.R. in *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203 (C.A.), at p. 215. Gurry in *Breach of Confidence*, *supra*, gives instances of information which were protected from disclosure because they were otherwise inaccessible, despite the fact that they possessed little or no actual value, including the commercially disastrous invention for rearing pigs at issue in *Nichrotherm Electrical Co. v. Percy*, *supra*. He concludes, at p. 82:

> It would seem, therefore, that the nonsensical nature of information is not to be regarded as a barrier to confidentiality, but, rather, as a factor which the court will take into account in the exercise of its discretion whether to grant equitable relief, or as a factor affecting the quantum of any damages which may be in question. [Emphasis added.]

While equity is thus quick to protect confidences, it cannot be blind to the nature of the opportunity lost to the respondents, or the value of their information, when consideration turns to remedies. Equity will avoid unjustly enriching the confider by overcompensating for "nothing very special" information just as it will avoid unjustly enriching the confidee by awarding less than realistic compensation for financial losses genuinely suffered. Characterizing the action as "*sui generis*"

possibilité de faire du commerce, en faisant preuve d'une sollicitude excessive à l'égard de leurs renseignements qui n'ont «rien de très particulier».

Il existe une autre objection plus générale à l'approche formaliste des intimées. L'*equity* a établi un seuil relativement bas en ce qui concerne les sortes de renseignements qui sont susceptibles de faire l'objet d'un abus de confiance. Dans *Coco c. A. N. Clark (Engineers) Ltd.*, précité, le juge Megarry a considéré, à la p. 47, qu'un [TRADUCTION] «produit de l'intelligence humaine» appliqué à des connaissances existantes pourrait suffire. Le juge Sopinka a adopté un concept tout aussi large à la p. 610 de *Lac Minerals*, où il a cité le maître des rôles lord Greene dans *Saltman Engineering Co. c. Campbell Engineering Co.* (1948), 65 R.P.C. 203 (C.A.), à la p. 215. Dans *Breach of Confidence*, *op. cit.*, Gurry donne des exemples de cas où des renseignements étaient à l'abri de la divulgation parce qu'ils étaient par ailleurs inaccessibles, même s'ils n'avaient que peu ou pas de valeur réelle, notamment le cas d'une invention pour l'élevage du porc qui s'est révélée désastreuse sur le plan commercial dans *Nichrotherm Electrical Co. c. Percy*, précité. Il conclut, à la p. 82: 75

> [TRADUCTION] Il semblerait donc que l'absurdité de renseignements ne doit pas être considérée non pas comme un obstacle à la confidentialité, mais plutôt comme un facteur dont le tribunal tiendra compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation en *equity*, ou comme un facteur influant sur le montant des dommages-intérêts qui peut être en cause. [Je souligne.]

Bien qu'elle soit ainsi prompte à protéger les confidences, l'*equity* ne peut pas faire abstraction de la nature de la possibilité perdue par les intimées ou de la valeur de leurs renseignements lorsque vient le temps d'examiner la question de la réparation. L'*equity* évitera d'enrichir sans cause la personne qui a communiqué des renseignements à titre confidentiel en lui accordant une indemnité trop élevée pour des renseignements qui n'ont «rien de très particulier», tout comme elle évitera d'enrichir sans cause la personne qui reçoit des confidences en accordant une indemnité irréaliste pour les pertes pécuniaires réellement subies. Qua- 76

does not alter the relevance of this equitable principle.

77 It seems to me that the respondents' arguments for exclusivity relate at bottom to their claim for injunctive relief. The information may be nothing very special, they say, but it is ours, and the appellants have no right to its use, with or without payment. Refusal of an injunction, they say, would be equivalent to the grant of a compulsory licence. I think it is therefore convenient to turn at this stage to the claim for injunctive relief, and in light of the decision reached under that head, I will then complete the consideration of financial compensation.

L. *Award of a Permanent Injunction*

78 Injunctive relief, whether interim, interlocutory or permanent, is available in appropriate circumstances to restrain the apprehended or continued misuse or disclosure of confidential information. The problems here were, firstly, the delay of the respondents in asserting their rights coupled with the appellants' change of circumstances in the interim, relying at least in part on the respondents' inactivity; secondly, the trial judge's finding that the protected information was "nothing very special"; and thirdly, the conclusion of the trial judge that any loss could be adequately remedied by financial compensation.

(1) Delay Coupled with Change in Circumstances

79 The trial judge considered this objection to be virtually conclusive. "This is not a case for an injunction", she wrote (at p. 347), "and has not been since mid-1983, if it ever was". The respondents were slow to assert their rights against the appellants, and, once asserted, were slow in pressing ahead with the action. Caesar Cocktail entered the market on April 15, 1983. The respondents knew then that the appellants were selling a copy

lifier l'action de «*sui generis*» n'atténue en rien la pertinence de ce principe d'«*equity*».

Il me semble que les arguments des intimées en faveur de l'exclusivité concernent au fond leur demande d'injonction. Les renseignements n'ont peut-être rien de très particulier, disent-elles, mais ils leur appartiennent et les appelants n'ont aucun droit de les utiliser, en payant ou non. Le refus d'accorder une injonction reviendrait, selon elles, accorder une licence obligatoire. Je pense donc qu'il convient de passer maintenant à la demande d'injonction elle-même, et à la lumière de la décision rendue sur ce point, je terminerai ensuite l'examen de l'indemnité pécuniaire.

L. *La délivrance d'une injonction permanente*

Qu'elle soit provisoire, interlocutoire ou permanente, l'injonction peut être accordée dans des circonstances appropriées pour empêcher l'utilisation abusive ou la communication appréhendées de renseignements confidentiels, ou la continuation de cette utilisation ou communication. Les problèmes en l'espèce étaient, d'abord, le retard mis par les intimées à faire valoir leurs droits conjugué au changement de situation des appelants dans l'intervalle, résultant, du moins en partie, de l'inaction des intimées; deuxièmement, la conclusion du juge de première instance que les renseignements protégés n'avaient «rien de très particulier»; troisièmement, la conclusion du juge de première instance que toute perte pourrait être corrigée de manière adéquate au moyen d'une indemnité pécuniaire.

(1) Le retard conjugué au changement de situation

Le juge de première instance a considéré que cette objection était presque concluante. [TRADUCTION] «Ce n'est pas un cas où il y a lieu d'accorder une injonction», a-t-elle écrit (à la p. 347), «et il en est ainsi depuis le milieu de 1983, si tel a même été le cas». Les intimées ont tardé à faire valoir leurs droits contre les appelants et, une fois qu'elles l'ont fait, elles ont tardé à faire progresser l'action. Le Caesar Cocktail a été lancé sur le marché le

of Clamato juice minus the clam broth. The fact the respondents may have delayed action under a misapprehension of their legal rights was certainly a consideration relevant to the defence of acquiescence raised against them, but the delay thus explained away may nevertheless be taken into consideration when weighing the equities of a permanent injunction. On January 10, 1985 the appellants paid $955,000 for the assets of the bankrupt Caesar Canning influenced, at least in part, by the continuing lack of action on the part of the respondents.

15 avril 1983. Les intimées savaient alors que les appelants vendaient une imitation du Clamato, qui ne comportait pas de bouillon de palourdes. Le fait que les intimées puissent avoir tardé à agir en raison d'une méprise quant aux droits que leur conférait la loi était sûrement une considération pertinente quant à la défense d'acquiescement invoquée contre elles, mais le retard ainsi expliqué peut néanmoins entrer en ligne de compte dans l'évaluation des droits en *equity* à une injonction permanente. Influencés en partie du moins par l'inaction persistante des intimées, les appelants ont, le 10 janvier 1985, acheté l'actif de la faillie Caesar Canning pour la somme de 955 000 $.

It was not until June 19, 1987 that the respondents wrote a "cease and desist" letter to the FBI companies threatening litigation. An action was commenced about a year later. The appellants sought further particulars of the statement of claim, and a further year passed before the plaintiffs filed their notice of intention to proceed. The courts below found that the plaintiffs had allowed some six years to elapse after the termination of the Licence Agreement before they got serious with their action against the appellants.

80 Ce n'est que le 19 juin 1987 que les intimées ont envoyé une mise en demeure aux sociétés FBI, les menaçant d'intenter des poursuites. Une action a été intentée environ un an plus tard. Les appelants ont demandé d'autres détails sur la déclaration et, une autre année s'est écoulée avant que les demanderesses ne déposent leur avis d'intention de procéder. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les demanderesses avaient laissé s'écouler environ six ans après la résiliation du contrat de licence avant d'agir sérieusement dans leur action contre les appelants.

In R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (loose-leaf), numerous cases are cited at para 1.840 for the proposition that "a combination of delay and prejudice to the defendant is required to deprive the plaintiff of a specific remedy to which he or she is otherwise entitled". This combination, often considered as a second branch of the doctrine of laches, may deny injunctive relief even where the plaintiff's conduct does not amount to acquiescence in the correctness of the defendant's position under the first branch of that doctrine. The distinction is noted at pp. 76-78 by La Forest J. in *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*. A good example of this principle in action is *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie v. Andres Wines Ltd.* (1987), 40 D.L.R. (4th) 239 (Ont. H.C.), *per* Dupont J., at p. 297, affirmed by the Ontario Court of Appeal (1990), 71 D.L.R. (4th) 575n, leave to appeal to the Supreme Court of

81 Dans *Injunctions and Specific Performance* (feuilles mobiles), de R. J. Sharpe, on cite au par. 1.840 de nombreux cas à l'appui du principe que [TRADUCTION] «une combinaison de retard et de préjudice causé au défendeur est nécessaire pour priver le demandeur d'une réparation particulière à laquelle il a par ailleurs droit». Cette combinaison, souvent considérée comme le deuxième élément de la règle du manque de diligence, peut provoquer le rejet d'une demande d'injonction même si la conduite du demandeur n'équivaut pas à une reconnaissance de la justesse de la position du défendeur selon le premier élément de cette règle. Le juge La Forest a souligné cette distinction aux pp. 76 à 78 de *M. (K.) c. M. (H.)*, précité. Un bon exemple d'application de ce principe est l'arrêt *Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie c. Andres Wines Ltd.* (1987), 40 D.L.R. (4th) 239 (H.C. Ont.), le juge Dupont, à la

Canada refused, [1991] 1 S.C.R. x. In that case, the French wine authority and French champagne producers sought to restrain Canadian wineries from associating the name "champagne" with their products. There was no suggestion that the French plaintiffs had ever acquiesced in the correctness of the legal position advanced by the Canadian defendants. Nevertheless, apart from everything else, the Court held that during the period of delay (much longer than here) the Canadian wineries had invested large amounts of money in the research and development of "domestic champagne", and had carved out a domestic market. The injunction was refused, and for these and other reasons the action was wholly dismissed.

p. 297, confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 71 D.L.R. (4th) 575n, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême de Canada refusée, [1991] 1 R.C.S. x. Dans cette affaire, l'institut français des vins et les producteurs français de champagne ont tenté d'empêcher les producteurs de vin canadiens d'utiliser le nom «champagne» pour leurs produits. Rien n'indiquait que les demandeurs français avaient reconnu la justesse de la thèse juridique avancée par les défendeurs canadiens. Néanmoins, indépendamment de toute autre considération, la cour a statué que, pendant le délai lui-même (qui était beaucoup plus long qu'en l'espèce), les producteurs de vin canadiens avaient investi des sommes considérables dans la recherche et la mise au point d'un «champagne canadien» et s'étaient taillés une place sur le marché intérieur. L'injonction a été refusée et l'action a été rejetée intégralement pour ces raisons notamment.

82 However, as the authors of Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, *supra*, also point out at para 1.870, delay plus detriment do not necessarily bar the action entirely. There may be delay combined with prejudice which "has less drastic effect and which is relevant to the issue of remedial choice, that is, delay sufficient to deprive the plaintiff of specific relief but not to bar action altogether". In *Stephenson Jordan & Harrison Ltd. v. MacDonald & Evans* (1951), 69 R.P.C. 10 (C.A.), at p. 16, it was considered relevant to the grant of an injunction that the third party sought to be enjoined (as the appellants are in this case) had not been alerted to the alleged breach of confidence "before they had . . . incurred any substantial expense". The plaintiff was left to its claim for financial compensation. In this case, the delay of the respondents, combined with the ongoing investment and commercial activity of the appellants based on Caesar Cocktail in the interim, argued powerfully against the grant of injunctive relief.

Toutefois, comme les auteurs le font également remarquer au par. 1.870 de l'ouvrage de Sharpe intitulé *Injunctions and Specific Performance*, *op. cit.*, le retard et le préjudice n'empêchent pas nécessairement d'intenter l'action. Il peut y avoir un retard conjugué à un préjudice qui [TRADUCTION] «a un effet moins draconien et qui est pertinent quant à la question du choix de la réparation, à savoir un retard suffisant pour priver le demandeur d'une réparation particulière, mais non pour empêcher toute action». Dans *Stephenson Jordan & Harrison Ltd. c. MacDonald & Evans* (1951), 69 R.P.C. 10 (C.A.), à la p. 16, le tribunal a jugé pertinent pour la délivrance d'une injonction le fait que le tiers qui devait être visé par cette injonction (comme c'est le cas des appelants en l'espèce) n'avait pris connaissance de l'abus de confiance allégué qu'[TRADUCTION] «après avoir [. . .] dépensé des sommes considérables». Il restait la possibilité pour la demanderesse de réclamer une indemnité pécuniaire. Dans la présente affaire, le retard des intimées, conjugué à l'investissement et à l'activité commerciale relatifs au Caesar Cocktail auxquels s'étaient livrés les appelants dans l'intervalle, militaient fortement contre la délivrance d'une injonction.

(2) The "Nothing Very Special" Nature of the Information

As to the trial judge's view that the "nothing very special" quality of the information militated against the grant of a permanent injunction, support is found in the discussion of La Forest J. in *Lac Minerals*, at p. 643:

> Imposing a disability on a party in possession of confidential information from participating in a market in which there is room for more than one participant may be unreasonable, such as where the information relates to a manufacturing process or a design detail. In such cases, it may be that the obligation on the confidee is not to use the confidential information in its possession without paying compensation for it or sharing the benefit derived from it. [Emphasis added.]

The Court of Appeal in this case nevertheless reversed the trial judge's ruling and granted a permanent injunction. Newbury J.A. thought it inequitable to subject the defendant, in effect, to a forced sale of the confidences. She preferred the approach of Lord Evershed M.R. in *Terrapin*, *supra*, at p. 135, where he doubted that the misappropriation of confidential information by a competitor should be regarded as "merely a matter of compensation in pounds, shillings and pence". Newbury J.A. also quoted, at p. 349, the statement of Smith L.J. in *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287 (C.A.), at p. 322, that

> a person by committing a wrongful act (whether it be a public company for public purposes or a private individual) is not thereby entitled to ask the Court to sanction his doing so by purchasing his neighbour's rights, by assessing damages in that behalf. . . .

The law would lose its deterrent effect if defendants could misappropriate confidential information and retain profits thereby generated subject only to the payment of compensation if, as and when they are caught and successfully sued.

(2) Le fait que les renseignements n'ont «rien de très particulier»

83 L'opinion du juge de première instance, suivant laquelle le fait que les renseignements n'avaient «rien de très particulier» militait contre la délivrance d'une injonction permanente, est étayée par l'analyse du juge La Forest dans *Lac Minerals*, à la p. 643:

> Imposer à celui qui a reçu des renseignements confidentiels une incapacité de participer à un marché offrant de la place à plus d'un participant pourrait être déraisonnable, comme dans le cas où les renseignements portent sur un procédé de fabrication ou un détail de dessin. Dans de tels cas, il se peut que l'obligation imposée à celui qui a reçu les renseignements consiste à ne pas s'en servir sans verser d'indemnité à cet égard ou à partager les bénéfices qu'il en a tirés. [Je souligne.]

84 En l'espèce, la Cour d'appel a néanmoins infirmé la décision du juge de première instance et a accordé une injonction permanente. En fait, le juge Newbury a estimé qu'il serait injuste d'imposer à la partie défenderesse une vente forcée de ses renseignements confidentiels. Elle a préféré le point de vue exprimé par le maître des rôles lord Evershed, adopté dans *Terrapin*, précité, à la p. 135, où celui-ci doutait que l'appropriation illicite de renseignements confidentiels par un concurrent devait être considérée comme étant [TRADUCTION] «simplement une question d'indemnité en argent». Le juge Newbury a également cité, à la p. 349, les propos tenus par le lord juge Smith dans *Shelfer c. City of London Electric Lighting Co.*, [1895] 1 Ch. 287 (C.A.), à la p. 322, où il affirme que

> [TRADUCTION] la personne qui commet un acte fautif (qu'il s'agisse d'une société publique à des fins publiques ou d'un simple particulier) n'a pas, de ce fait, le droit de demander à la cour de sanctionner son geste en lui permettant d'acheter les droits de son voisin, en déterminant des dommages-intérêts à cet égard . . .

85 La loi perdrait son effet dissuasif si les défendeurs pouvaient s'approprier illicitement des renseignements confidentiels et conserver les profits qu'ils en tirent, en versant simplement une indemnité si jamais ils se faisaient prendre et étaient poursuivis avec succès.

86 I think, however, that one's indignation in this case has to be tempered by an appreciation of the equities between the parties at the date of the trial. Eleven years had passed since Caesar Cocktail went into production, using "nothing very special" information that could promptly have been replaced (had the respondents made a timely fuss) by substitute technology accessible to anyone skilled in the art of juice formulation. At the date of trial, it would have been manifestly unfair to allow information of peripheral importance to control the grant of injunctive relief. The equities in favour of the respondents' claim for an injunction to put Caesar Cocktail off the market rightly yielded to the appellants' equities in continuing a business to whose success the confidential information had so minimally contributed.

Je pense toutefois qu'il faut tempérer son indignation en l'espèce en examinant les droits en *equity* des parties à la date du procès. Onze années s'étaient écoulées depuis que l'on avait commencé à produire le Caesar Cocktail à l'aide de renseignements n'ayant «rien de très particulier» qui auraient pu être remplacés promptement (si les intimées avaient réagi à temps) par d'autres techniques accessibles à toute personne spécialisée dans la formulation de jus. À la date du procès, il aurait été manifestement injuste de permettre que la délivrance d'une injonction dépende de renseignements d'importance secondaire. Les droits en *equity* favorisant la demande d'injonction des intimées visant à retirer le Caesar Cocktail du marché cédaient le pas à juste titre aux droits en *equity* des appelants de poursuivre des activités dont le succès tenait si peu aux renseignements confidentiels qui leur avaient été communiqués.

(3) Adequacy of a Monetary Remedy

(3) L'à-propos d'une réparation pécuniaire

87 The present case essentially involves the settlement of financial accounts between business entities. The injunction, if granted, would have inflicted damage on the appellants disproportionate to the legitimate interest of the respondents: see, e.g., the *Spycatcher* case, *supra*, *per* Lord Goff, at p. 290:

> But the [*Spycatcher* disclosures in the newspaper] were very short: they gave little detail of the allegations: a number of the allegations had been made before: and in so far as the articles went beyond what had previously been published, I do not consider that the judge erred in holding that, in the circumstances, the claim to an injunction was not proportionate to the legitimate aim pursued. [Emphasis added.]

La présente affaire concerne essentiellement le règlement de comptes financiers entre des entités commerciales. Si elle avait été accordée, l'injonction aurait causé aux appelants un préjudice disproportionné au droit légitime des intimées: voir, par exemple, l'affaire *Spycatcher*, précitée, lord Goff, à la p. 290:

> [TRADUCTION] Mais les [révélations du journal concernant l'affaire *Spycatcher*] étaient très brèves: elles donnaient peu de détails sur les allégations; certaines allégations avaient déjà été faites auparavant; de plus, dans la mesure où les articles allaient au-delà de ce qui avait déjà été publié, je ne considère pas que le juge a commis une erreur en statuant que, dans les circonstances, la demande d'injonction était disproportionnée à l'objectif légitime poursuivi. [Je souligne.]

An injunction in the circumstances of the present case would inflict competitive damage on the appellants in 1999 far beyond what is necessary to "restore" the respondents to the competitive position they would have enjoyed "but for" the breach 16 years ago on April 15, 1983.

Si une injonction était accordée dans les circonstances de la présente affaire, elle causerait aux appelants en 1999 un préjudice sur le plan de la concurrence allant bien au-delà de ce qui est nécessaire pour «rétablir» les intimées dans la position concurrentielle qu'elles auraient occupée «n'eût été» le manquement commis il y a 16 ans, le 15 avril 1983.

As in *Schauenburg Industries Ltd. v. Borowski* (1979), 101 D.L.R. (3d) 701 (Ont. H.C.), *per* Craig J., at p. 712, the blow to the respondents, whatever it may be, can be adequately compensated by money.

In these circumstances, the trial judge was correct to refuse a permanent injunction, and the permanent injunction issued by the British Columbia Court of Appeal should be vacated.

M. *The Measure of Financial Compensation*

The respondents, thus denied an injunction, must look entirely to dollars and cents for their restoration. I think, as stated, the Court of Appeal was correct to reject the trial judge's "consulting fee" approach in this case. The award would not restore the respondents to the position they would have been in but for the breach. The respondents did not lose a consulting fee. They were not in that business.

This case is closer to *Dowson & Mason Ltd. v. Potter*, *supra*, where the plaintiff, as here, was a manufacturer, not a seller of information. In that case, the court affirmed the trial judge's view (at p. 424) that:

> . . . the proper basis for the assessment of damages is the loss suffered by the plaintiffs according to their loss of profits resulting from the assumed wrongful disclosure and use of the confidential information. . . . [Emphasis added.]

In my view, however, the British Columbia Court of Appeal erred in being prepared to assume, for purposes of achieving an equitable result, that if Caesar Cocktail had been kept off the market because of its unconscionable origins, the respondents would have filled the void with sales of Clamato juice. The respondents' damages, on this assumption, would be their lost profit on the

Comme dans *Schauenburg Industries Ltd. c. Borowski* (1979), 101 D.L.R. (3d) 701 (H.C. Ont.), le juge Craig, à la p. 712, il est possible de remédier suffisamment à tout coup subi par les intimées en leur accordant une indemnité pécuniaire. 88

Dans ces circonstances, le juge de première instance a eu raison de refuser d'accorder une injonction permanente, et l'injonction permanente prononcée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devrait être annulée. 89

M. *Le calcul de l'indemnité pécuniaire*

Une injonction leur étant refusée, il ne reste plus aux intimées qu'à demander une indemnité en argent pour être rétablies dans la situation qui aurait été la leur n'eût été le manquement. Comme nous l'avons vu, je pense que la Cour d'appel a eu raison de rejeter la méthode des «honoraires d'expertise» adoptée en l'espèce par le juge de première instance. Cette indemnité ne remettrait pas les intimées dans la position qu'elles auraient occupée n'eût été le manquement. Les intimées n'ont pas perdu des honoraires d'expertise. Elles n'œuvraient pas dans ce domaine. 90

La présente affaire se rapproche davantage de l'arrêt *Dowson & Mason Ltd. c. Potter*, précité, où la demanderesse, comme en l'espèce, était un fabricant et non pas un vendeur d'information. Dans cette affaire, la cour a confirmé le point de vue du juge de première instance selon lequel (à la p. 424): 91

> [TRADUCTION] . . . il convient de calculer les dommages-intérêts en fonction de la perte subie par la demanderesse, qui doit être évaluée en fonction de la perte de profits qu'elle a subie à la suite des présumées communication et utilisation abusives des renseignements confidentiels . . . [Je souligne.]

J'estime toutefois que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en étant disposée à supposer, pour en arriver à un résultat équitable, que si le Caesar Cocktail avait été gardé à l'écart du marché en raison de l'abus qui en est à l'origine, les intimées auraient comblé le vide ainsi créé par des ventes de jus Clamato. Suivant cette hypothèse, les dommages subis par 92

assumed sales of Clamato juice. While this approach puts the focus where it belongs, on the financial position of the respondents, it makes a number of unjustified assumptions. There is as yet no precise evidence that the sales of Clamato juice were affected by the marketing of Caesar Cocktail, and if so to what extent. The compensation order of the Court of Appeal raises issues of causation that concerned the courts as long ago as 1895 in *Robb v. Green*, [1895] 2 Q.B. 1, *per* Hawkins J., at pp. 19-20:

> It is impossible with mathematical accuracy to ascertain [the loss]. It would be unjust to saddle the defendant with every loss of custom the plaintiff has sustained, for that cannot all be reasonably attributed to the unlawful action of the defendant. The specific instances as yet traced to the defendant's action are, it is true, but few; but still their loss does not form the limit of the injury to the plaintiff, for the wholesale canvass of his customers was likely to influence many and to diminish permanently his receipts and profits. On the other hand, fluctuation of business, bad times, and many other circumstances may possibly have contributed to the loss. I cannot, therefore, award the plaintiff an indemnity against the whole diminution of his trade.

93 In *Canson Enterprises*, *supra*, McLachlin J. emphasized, at p. 556, that "[t]he plaintiff's actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight . . . but it is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach".

94 The reference directed by the Court of Appeal should therefore continue, but on somewhat modified terms. Firstly, the mandate is to assess the loss attributable to the breach of confidence, if any, sustained by the respondents during the 12-month period following the termination. For this purpose, some guidance may be taken from the discussion of compensation for breach of trade secrets out-

les intimées seraient leurs profits perdus sur les ventes présumées de jus Clamato. Même si un tel point de vue met l'accent où il doit être, c'est-à-dire sur la situation financière des intimées, il repose sur un certain nombre d'hypothèses injustifiées. Il n'y a encore aucune preuve précise que la commercialisation du Caesar Cocktail a eu une influence sur les ventes du jus Clamato et, le cas échéant, dans quelle mesure. L'ordonnance d'indemnisation de la Cour d'appel soulève des questions de lien de causalité qui préoccupaient les tribunaux dès 1895 dans *Robb c. Green*, [1895] 2 Q.B. 1, le juge Hawkins, aux pp. 19 et 20:

> [TRADUCTION] Il est impossible d'évaluer [la perte] avec une précision mathématique. Il serait injuste d'imputer au défendeur toute la perte d'achalandage subie par le demandeur puisqu'elle ne peut pas être raisonnablement attribuée entièrement à l'acte illicite du défendeur. Les cas précis que l'on peut relier à l'acte du défendeur sont, en vérité, peu nombreux; néanmoins les pertes subies ne constituent pas la limite du préjudice causé au demandeur puisque la sollicitation en bloc de ses clients était susceptible d'en influencer beaucoup et de diminuer de façon permanente ses recettes et profits. Par contre, la fluctuation des affaires, les périodes difficiles et de nombreuses autres circonstances peuvent avoir contribué à la perte. Je ne peux donc accorder au demandeur une indemnité pour toute la réduction des activités de son commerce.

Dans *Canson Enterprises*, précité, le juge McLachlin souligne, à la p. 556, que «[l]a perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective [. . .] mais il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement».

Le renvoi ordonné par la Cour d'appel devrait donc se poursuivre, mais à des conditions quelque peu modifiées. Premièrement, il s'agit d'évaluer la perte attribuable à l'abus de confiance, s'il en est, que les intimées ont subie au cours de la période de 12 mois qui a suivi la résiliation. À cette fin, il peut être utile de consulter l'analyse qui a été faite de l'indemnisation en matière de divulgation de

lined in the *American Restatement (Third) of Unfair Competition*, c. 4, at § 45, p. 516:

e. Relief measured by plaintiff's loss. A frequent element of loss resulting from the appropriation of a trade secret is the lost profit that the plaintiff would have earned in the absence of the use by the defendant. The plaintiff may prove lost profits by identifying specific customers diverted to the defendant. The plaintiff may also prove lost profits through proof of a general decline in sales or a disruption of business growth following the commencement of use by the defendant, although the presence of other market factors that may affect the plaintiff's sales bears on the sufficiency of the plaintiff's proof. If the evidence justifies the conclusion that the sales made by the defendant would have instead been made by the plaintiff in the absence of the appropriation, the plaintiff may establish its lost profits by applying its own profit margin to the defendant's sales.

The respondents led some evidence of a general nature that Clamato's national market share dropped from 83.1 percent to 77.8 percent in the 12 months after termination, and that Caesar Cocktail picked up 7.1 percent of the national market in its first year of sales. The respondents will no doubt lead evidence that their loss of market share can be linked to evidence of sales that were in fact diverted to Caesar Cocktail or its derivatives in that period. The task of the Referee is to get as good an approximation as is possible at this late date of the magnitude of the respondents' loss. In pursuing this inquiry, the Referee ought not to demand from the respondents a level of proof that is greater than the subject matter permits. See, e.g., *Planon Systems Inc. v. Norman Wade Co.*, *supra*, *per* Spence J., at paras. 72-75.

Secondly, the compensable period is the 12 months following termination, as directed by the Court of Appeal. The appellants argue that the 12-month period ought to begin with the date of the notice of April 15, 1982 and point out that the trial judge said the appellants could have developed a Caesar Cocktail-like tomato juice without using the Clamato manufacturing information "within

secrets industriels dans l'*American Restatement (Third) of Unfair Competition*, ch. 4, au § 45, p. 516:

[TRADUCTION] *e. Réparation selon la perte subie par le demandeur.* Font souvent partie de la perte découlant de l'appropriation d'un secret industriel les profits perdus que le demandeur aurait réalisés si le défendeur n'avait pas utilisé le secret industriel. Le demandeur peut établir la perte de profits en identifiant les clients qu'il a perdus au profit du défendeur. Il peut aussi l'établir en prouvant qu'il y a eu diminution générale de ses ventes ou ralentissement de la croissance de son entreprise après que le défendeur eut commencé à employer le secret, même si l'existence d'autres conditions du marché susceptibles d'avoir influencé les ventes du demandeur a une incidence sur le caractère suffisant de la preuve du demandeur. Si la preuve permet de conclure qu'en l'absence de l'appropriation, les ventes faites par le défendeur auraient plutôt été faites par le demandeur, ce dernier peut établir sa perte de profits en appliquant son propre pourcentage de marge bénéficiaire aux ventes réalisées par le défendeur.

95 Les intimées ont produit une preuve de nature générale que la part du marché national occupée par le Clamato a chuté de 83,1 pour 100 à 77,8 pour 100 au cours des 12 mois qui ont suivi la résiliation, et que le Caesar Cocktail a acquis 7,1 pour 100 du marché national au cours de sa première année de vente. Les intimées produiront sans doute une preuve que la perte de leur part du marché peut être reliée aux ventes qui ont été détournées au profit du Caesar Cocktail ou de ses produits dérivés au cours de cette période. La tâche de l'arbitre est de faire la meilleure évaluation possible à cette date tardive de l'ampleur de la perte des intimées. Ce faisant, l'arbitre ne doit pas exiger des intimées un degré de preuve plus élevé que ne le permet l'objet de l'enquête. Voir, par exemple, *Planon Systems Inc. c. Norman Wade Co.*, précité, le juge Spence, aux par. 72 à 75.

96 Deuxièmement, la période à l'égard de laquelle il peut y avoir indemnisation est celle de 12 mois qui a suivi la résiliation, comme l'a ordonné la Cour d'appel. Les appelants soutiennent que cette période de 12 mois devrait commencer à la date du préavis, savoir le 15 avril 1982, et ils soulignent que le juge de première instance a affirmé qu'ils auraient pu mettre au point un jus de tomates sem-

the 12-month notice period". The fact is, however, that on April 15, 1983, the date when the licence expired, the appellants did not have a formulation for Caesar Cocktail that complied with their legal obligations to the respondents. They had in fact taken no steps to produce a product that complied. I see no reason to "backdate" the fiction of their hypothetical research to the notice period. The appellants did not begin to sell a product in breach of the confidence until April 15, 1983. Thus began the period of unfair competition which turned the respondents' "opportunity" into a "lost opportunity". I therefore believe that the Court of Appeal was correct to start the compensable period on April 15, 1983. The trial judge found that the competition would have ceased to be unfair once the appellants could reasonably have been expected to come up with a tomato juice product independently of the confidential information. The trial judge fixed that period at 12 months. Accordingly, the respondents' argument to extend the compensation period beyond April 14, 1984 should also be rejected. As the market advantage created by the "nothing very special" information lapsed at the end of the 12-month period, an award that continued the compensable period beyond that date would benefit the respondents to an extent which the courts below found would be unjust.

blable au Caesar Cocktail, sans les renseignements sur la fabrication du Clamato, [TRADUCTION] «au cours de la période de préavis de 12 mois». Il reste cependant que, le 15 avril 1983, date à laquelle la licence a pris fin, les appelants n'avaient pas une formule de Caesar Cocktail conforme à leurs obligations légales envers les intimées. Il n'avaient, en réalité, pris aucune mesure pour fabriquer un produit conforme. Je ne vois aucune raison de faire remonter la fiction de leur recherche hypothétique à la période de préavis. Ce n'est que le 15 avril 1983 que les appelants ont commencé à commettre un abus de confiance par la vente d'un produit. C'est ainsi qu'a débuté la période de concurrence déloyale qui a transformé la «possibilité» des intimées en une «possibilité perdue». Je crois donc que la Cour d'appel a eu raison de fixer au 15 avril 1983 le point de départ de la période à l'égard de laquelle il pouvait y avoir indemnisation. Le juge de première instance a conclu que la concurrence aurait cessé d'être déloyale dès qu'on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce que les appelants produisent un jus de tomates indépendamment des renseignements confidentiels. Le juge de première instance a fixé cette période à 12 mois. Par conséquent, il y a lieu aussi de rejeter l'argument des intimées à l'appui d'une prolongation de la période d'indemnisation au-delà du 14 avril 1984. Vu que l'avantage relatif au marché créé par les renseignements qui n'avaient «rien de très particulier» a cessé d'exister à la fin de la période de 12 mois, une décision de prolonger au-delà de cette date la période à laquelle il peut y avoir indemnisation bénéficierait aux intimées dans une mesure jugée injuste par les tribunaux d'instance inférieure.

97 Thirdly, the Referee may think it proper to have regard to the "other market factors" mentioned in the *American Restatement*. It must be remembered that, at the time of the termination, Caesar Canning and FBI Foods had built up a business infrastructure to which the respondents denied themselves access by their notice of termination, and which the appellants were perfectly entitled to utilize to advance their own economic interests thereafter. As counsel for the respondents acknowledged in oral argument, the appellants "had the distribution system, they had the experience,

Troisièmement, l'arbitre peut juger approprié de prendre en considération les «autres conditions du marché» mentionnées dans l'*American Restatement*. Il faut se rappeler qu'au moment de la résiliation Caesar Canning et Les aliments FBI avaient mis sur pied une infrastructure commerciale à laquelle les intimées ont renoncé par leur préavis de résiliation, et que les appelants avaient parfaitement le droit d'utiliser pour promouvoir leurs propres intérêts économiques par la suite. Comme l'avocat des intimées l'a reconnu dans sa plaidoirie, les appelants [TRADUCTION] «possédaient le

they'd built up the market and they had the contacts. Why did they have to take this [trade secret] as well?". His point was to emphasize the vulnerability of his clients to a breach of confidence. However, if in fact the sales of Clamato dropped in the 12 months following termination, as appears to be the case, it may be that at least some of the drop was caused by the self-inflicted deprivation of this business infrastructure, and was not causally related to the existence of Caesar Cocktail.

système de distribution, ils avaient l'expérience, ils avaient développé le marché et ils avaient les contacts. Pourqui devaient-ils s'emparer de [ce secret industriel] également?». Il voulait par là souligner la vulnérabilité de ses clientes à un abus de confiance. Toutefois, si les ventes de Clamato ont effectivement chuté au cours des 12 mois qui ont suivi la résiliation, comme cela semble être le cas, il se peut que l'un des facteurs à l'origine de cette baisse ait été la renonciation à cette infrastructure commerciale, et n'ait aucun lien de causalité avec l'existence du Caesar Cocktail.

Fourthly, the assessment of the respondents' loss of profit may include consideration of the royalties otherwise payable under the Licence Agreement for the 12-month compensable period. While it is true the respondents intended to exit the licensing business and to confine themselves thereafter to manufacturing and distribution, it is also true that the appellants frustrated that intention by continuing to use at least part of what was licensed. The Referee may, therefore, as part of the assessment of the respondents' loss of profit, consider whether all or a portion of the licence fees otherwise payable (which represented the parties' own evaluation of the income stream attributable to the subject matter), should fairly be included in the calculation.

98 Quatrièmement, il est possible d'inclure dans le calcul de la perte de profits des intimées les redevances par ailleurs payables en vertu du contrat de licence pendant la période de 12 mois à l'égard de laquelle il peut y avoir indemnisation. S'il est vrai que les intimées avaient l'intention d'abandonner les activités d'attribution de licences et de se limiter, par la suite, à la fabrication et à la distribution, il est également vrai que les appelants ont déjoué cette intention en continuant d'utiliser au moins une partie de ce qui faisait l'objet de la licence. L'arbitre peut donc, dans le calcul de la perte de profits des intimées, examiner si la totalité ou une partie des droits de licence par ailleurs payables (qui représentaient l'évaluation faite par les parties du flux de revenu attribuable à l'objet en cause) devrait être à juste titre incluse dans le calcul.

Fifthly, the Referee will have to keep in mind that the objective is a broadly equitable result. Mathematical exactitude is neither required nor obtainable. In *United Horse-Shoe and Nail Co. v. Stewart* (1888), 13 App. Cas. 401 (H.L.), Lord Watson, admittedly in a patent case, said, at p. 413, that estimating the loss to the plaintiff's trade "must always be more or less matter of estimate, because it is impossible to ascertain, with arithmetical precision, what in the ordinary course of business would have been the amount of the [plaintiffs'] sales and profits". The Referee will have to operate by analogy with the principle expressed in *Wood v. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 S.C.R. 283, *per* Davies J., at p. 289:

99 Cinquièmement, l'arbitre devra se souvenir qu'il s'agit d'atteindre un résultat généralement équitable. L'exactitude mathématique n'est ni requise ni possible. Dans *United Horse-Shoe and Nail Co. c. Stewart* (1888), 13 App. Cas. 401 (H.L.), certes une affaire de brevet, lord Watson a dit, à la p. 413, que l'évaluation de la perte subie par le commerce de la demanderesse [TRADUCTION] «doit toujours être plus ou moins une question d'estimation parce qu'il est impossible de déterminer, avec une précision arithmétique, à combien se seraient élevés, dans le cours ordinaire des affaires, les ventes et les profits [de la demanderesse]». L'arbitre devra procéder par analogie avec le principe formulé dans *Wood c. Grand Valley Railway Co.* (1915), 51 R.C.S. 283, le juge Davies, à la p. 289:

It was clearly impossible under the facts of that case [*Chaplin v. Hicks*] to estimate with anything approaching to mathematical accuracy the damages sustained by the plaintiffs, but it seems to me to be clearly laid down there by the learned judges that such an impossibility cannot "relieve the wrongdoer of the necessity of paying damages for his breach of contract" and that on the other hand the tribunal to estimate them whether jury or judge must under such circumstances do "the best it can" and its conclusion will not be set aside even if the amount of the verdict is a matter of guess work.

This principle was quoted and applied in *Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 267, *per* Spence J., at pp. 279-80. See also *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.*, *supra*, where the Manitoba Court of Appeal states, at p. 512:

Where injury has been suffered in a complex commercial setting, a "flexible and imaginative approach" to the assessment of the damages may be required.

100 These considerations are not, of course, exhaustive. I mention them because they arose out of the argument before us, and it is devoutly to be hoped that they may save the parties some time and money at the next stage of their 16-year long wrangle.

Disposition of the Appeal

101 The appeal is therefore allowed, with costs, and the Referee is directed to calculate the amount of compensation required to restore to the respondents what the respondents have lost as a result of the appellants' breach of confidence. The period of calculation, for the reasons given, is to be restricted to the 12-month period commencing April 15, 1983. The award will carry pre-judgment interest from the dates of the losses, and post-judgment interest at table rates under the *Court Order Interest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 79, will be used where applicable, or otherwise at two percent under banker's prime. Absent special circumstances, simple interest is the usual award ancillary to equitable remedies in British Columbia: *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.* (1992), 72

[TRADUCTION] Il était nettement impossible, d'après les faits de cette affaire [*Chaplin c. Hicks*], d'évaluer avec une précision mathématique les dommages subis par les demandeurs, mais il me semble que les juges ont clairement indiqué qu'une telle impossibilité ne peut «soustraire l'auteur de la faute à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour sa rupture de contrat» et que, par contre, dans de telles circonstances, le tribunal, qu'il s'agisse d'un juge seul ou d'un jury, doit faire «de son mieux» pour les évaluer, et sa conclusion ne sera pas annulée même si la somme accordée est le résultat de conjectures.

Ce principe a été cité et appliqué dans *Penvidic Contracting Co. c. International Nickel Co. of Canada*, [1976] 1 R.C.S. 267, le juge Spence, aux pp. 279 et 280. Voir aussi *Apotex Fermentation Inc. c. Novopharm Ltd.*, précité, où la Cour d'appel du Manitoba affirme, à la p. 512:

[TRADUCTION] Lorsqu'un préjudice est subi dans un contexte commercial compliqué, il peut être nécessaire de recourir à une «méthode souple et imaginative» pour évaluer les dommages-intérêts.

Ces considérations ne sont évidemment pas exhaustives. Je les mentionne parce qu'elles sont ressorties de l'argumentation qui nous a été soumise, et il est à espérer sincèrement qu'elles permettront aux parties d'économiser du temps et de l'argent à la prochaine étape de leur querelle qui dure depuis 16 ans.

Dispositif concernant le pourvoi principal

Le pourvoi est donc accueilli, avec dépens, et il est ordonné à l'arbitre de calculer le montant de l'indemnité requise pour que les intimées puissent récupérer ce qu'elles ont perdu par suite de l'abus de confiance des appelants. Pour les motifs exposés, le calcul ne doit porter que sur la période de 12 mois commençant le 15 avril 1983. L'indemnité accordée comprendra l'intérêt avant jugement à partir de la date des pertes, et l'intérêt postérieur au jugement suivant le barème établi dans la *Court Order Interest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 79, s'il y a lieu, ou par ailleurs à un taux de deux pour cent inférieur au taux préférentiel des banques. En Colombie-Britannique, un intérêt simple est habituellement accordé dans le cas des réparations en *equity* lorsqu'il n'existe pas de circonstances parti-

B.C.L.R. (2d) 207 (S.C.), at p. 229, aff'd (1995), 11 B.C.L.R. (3d) 262 (C.A.). The appellants will have their costs in this Court. In light of the history of divided success in the litigation, however, the respondents are still to have their costs in the Court of Appeal at Level 2, as ordered by that court, and the costs of the trial are to be referred to the trial court for disposition.

culières: *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 207 (C.S.), à la p. 229, conf. par (1995), 11 B.C.L.R. (3d) 262 (C.A.). Les appelants ont droit à leurs dépens devant notre Cour. Toutefois, étant donné que les parties ont eu tour à tour gain de cause au cours du présent litige, les intimées ont encore droit à leurs dépens devant la Cour d'appel au second niveau, comme l'a ordonné cette cour, et la question des dépens du procès doit être renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il prenne une décision à ce sujet.

Disposition of the Cross-Appeal

For the reasons already given, I would reject the cross-appeal of Cadbury Schweppes et al. against the limitation of their compensation to the 12-month "head start" period. The cross-appeal cannot succeed unless we are persuaded that the courts below erred in their concurrent findings that the misused information was "nothing very special" and provided no more than a 12-month "head start". The evidence, on the contrary, amply supports these findings, and the cross-appeal must therefore be dismissed with costs.

Dispositif concernant le pourvoi incident

Pour les motifs déjà exposés, je suis d'avis de 102
rejeter le pourvoi incident formé par Cadbury Schweppes et autres contre la limitation de leur indemnité à la période de «longueur d'avance» de 12 mois. Le pourvoi incident ne peut pas être accueilli à moins que nous ne soyons convaincus que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur dans leurs conclusions concourantes que les renseignements utilisés abusivement n'avaient «rien de très particulier» et ne conféraient rien de plus qu'une «longueur d'avance» de 12 mois. Au contraire, la preuve étaye amplement ces conclusions et le pourvoi incident doit donc être rejeté avec dépens.

Appeal allowed with costs. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Pourvoi principal accueilli avec dépens. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimées: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Murray Ryan *Appellant*

v.

The Corporation of the City of Victoria, The Esquimalt and Nanaimo Railway Company and Canadian Pacific Limited/Canadien Pacifique Limitée *Respondents*

INDEXED AS: RYAN *v.* VICTORIA (CITY)

File No.: 25704.

1998: June 17; 1999: January 28.

Present: Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Nuisance — Railways — Defence of statutory authority — Railway built embedded in and running down an urban street and all applicable statutes and regulations complied with — Motorcyclist thrown and injured when front tire lodged in gap beside rail — Whether Railways liable in negligence — Whether railways liable in public nuisance.

Courts — Appeal — Trial judge finding no contributory negligence — No palpable and over-riding error — Whether the Court of Appeal erred by reversing trial judge's findings.

The appellant was injured when he was thrown from his motorcycle while attempting to cross railway tracks running down the centre of a street in downtown Victoria. The front tire of his motorcycle became trapped in a "flangeway" gap running alongside the inner edge of the street-grade tracks. The motorcyclist sued the City and the railway companies which owned and operated the tracks. The Railways denied liability on the ground that the tracks were authorized by, and complied with, all applicable statutes, regulations and administrative orders.

Murray Ryan *Appelant*

c.

La Corporation de la Ville de Victoria, la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo et Canadian Pacific Limited/Canadien Pacifique Limitée *Intimées*

RÉPERTORIÉ: RYAN *c.* VICTORIA (VILLE)

N° du greffe: 25704.

1998: 17 juin; 1999: 28 janvier.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Nuisance — Compagnies ferroviaires — Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur — Voie ferrée enfoncée dans la chaussée au centre d'une artère urbaine, toutes les dispositions législatives et réglementaires applicables ont été observées — Motocycliste blessé après avoir été projeté de son véhicule, dont le pneu avant s'est coincé dans l'espace le long du rail — Les compagnies ferroviaires sont-elles responsables de négligence? — Les compagnies ferroviaires sont-elles responsables de nuisance publique?

Tribunaux — Appel — Juge de première instance ayant conclu à l'absence de négligence contributive — Absence d'erreur manifeste et dominante — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance?

L'appelant s'est blessé après avoir chuté de sa motocyclette en tentant de traverser la voie ferrée qui courait au centre d'une rue du centre-ville de Victoria. Le pneu avant de la motocyclette de l'appelant s'est coincé dans l'espace créé par l'«ornière» courant le long de la face intérieure des rails à niveau avec la chaussée. Le motocycliste a poursuivi la Ville ainsi que les compagnies ferroviaires qui possédaient et exploitaient la voie ferrée. Les compagnies ferroviaires nient toute responsabilité pour le motif que la voie ferrée en cause était autorisée par les lois, règlements et ordonnances administratives applicables et conforme à ceux-ci.

The trial judge held the Railways and the City jointly and severally liable in negligence, the former for maintaining dangerously wide flangeways and the latter for failing to warn of the hazard. In addition, he held the Railways liable in nuisance. The British Columbia Court of Appeal set aside the nuisance finding and held all of the respondents liable only for failure to warn. The Court of Appeal also found the appellant to be contributorily negligent and liable for 50% of his damages.

Le juge de première instance a statué que les compagnies ferroviaires et la Ville étaient solidairement responsables de négligence, les premières pour avoir maintenu des ornières dangereusement larges, et la seconde pour avoir omis de signaler le danger. En outre, il a conclu que les compagnies ferroviaires étaient responsables de nuisance. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette dernière conclusion et déclaré toutes les intimées responsables seulement d'omission de signaler le danger. La Cour d'appel a également conclu que l'appelant était coupable de négligence contributive et que, pour cette raison, il était responsable de la moitié des dommages qu'il avait subis.

At issue here was, first, whether the Railways were liable in negligence. Under a long-standing common law rule, the standard of care owed by railways to the public was normally limited to the discharge of statutory obligations. The question is whether that rule should now be discarded, and if so, how statutory compliance should affect the assessment of liability under ordinary negligence principles. The second issue was whether the Railways were liable in public nuisance. Again, the Railways disclaim liability on the ground that the tracks involved were authorized by statute and regulations. The question arose as to whether that defence was unavailable because the hazard posed by the tracks was not an "inevitable consequence" of exercising statutory authority. The final issue was whether the Court of Appeal erred by reversing the findings of the trial judge with respect to contributory negligence. The finding of liability for failing to warn the appellant of the hazard created by the flangeways was not challenged.

La première question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires sont responsables de négligence. En vertu d'une règle de common law en vigueur depuis longtemps, la norme de diligence à laquelle sont tenues les compagnies ferroviaires à l'égard du public se limite habituellement à l'exécution de leurs obligations légales. Il s'agit de déterminer si cette règle devrait maintenant être abandonnée et, dans l'affirmative, dans quelle mesure le fait que la loi a été observée influe sur l'appréciation de la responsabilité en vertu des principes ordinaires de la négligence. La deuxième question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires sont responsables de nuisance publique. Encore une fois, les compagnies ferroviaires nient toute responsabilité, plaidant que la voie ferrée en cause était autorisée par les lois et règlements applicables. Il s'agit de déterminer si ce moyen de défense ne peut être invoqué parce que le danger que présente la voie ferrée n'est pas une «conséquence inévitable» de l'exercice d'une autorisation du législateur. Enfin, la dernière question en litige consiste à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence contributive. Les intimées n'ont pas contesté la conclusion qu'elles étaient responsables d'avoir omis d'avertir l'appelant du danger créé par les ornières.

Held: The appeal should be allowed.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

A duty of care existed here. Duty of care is determined under the two-step *Anns/Kamloops* test (*Anns v. Merton London Borough Council*, adopted in *Kamloops (City of) v. Nielsen*). Under the first step, the establishment of a *prima facie* duty of care, a relationship of "proximity" must be shown to have existed between the parties such that it was reasonably foreseeable that a careless act by the Railways could result in injury to the appellant. The threshold is a relatively low threshold.

Il existait une obligation de diligence en l'espèce. L'obligation de diligence est déterminée par l'application du critère en deux volets établi dans *Anns c. Merton London Borough Council*, qui a été adopté par notre Cour dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*. En vertu du premier volet de ce critère, pour établir l'existence *prima facie* d'une obligation de diligence, il faut démontrer qu'il existait entre les parties un lien à ce point «étroit» qu'il était raisonnablement prévisible qu'un

Liability does not necessarily follow the establishment of proximity.

Under the second step, it must be determined whether any factors exist which should eliminate or limit the duty found under the first branch of the test. Policy considerations may serve to negate a duty of care entirely or to "limit" the "scope" of an existing duty but they do not give rise to "greater" or "lesser" duties in different cases. A duty of care either exists or it does not. The "scope" of a duty of care can be "limited" under the *Anns/Kamloops* test only in the sense that the duty will arise in certain situations and not in others. The *Anns/Kamloops* test is not concerned with legislative or judicial policies which, as in this case, define the conduct required to meet an existing duty. Such policies relate to the standard of care.

Conduct is negligent if it creates an objectively unreasonable risk of harm. To avoid liability, a person must exercise the standard of care that would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances. Legislative standards are relevant to the common law standard of care, but the two are not necessarily co-extensive. The fact that a statute prescribes or prohibits certain activities may constitute evidence of reasonable conduct in a given situation, but it does not extinguish the underlying obligation of reasonableness. By the same token, mere compliance with a statute does not, in and of itself, preclude a finding of civil liability. Statutory standards can, however, be highly relevant to the assessment of reasonable conduct in a particular case, and in fact may render reasonable an act or omission which would otherwise appear to be negligent.

The "special rule" which existed at common law with respect to railways can no longer be justified in principle and should be set aside. Under this rule, a railway, as long as it complied with the requirements imposed upon it by applicable statutes, regulations and administrative orders, was under no further obligation — absent extraordinary circumstances — to act in an objectively

manque de diligence des compagnies ferroviaires pourrait donner lieu aux blessures de l'appelant. Ce critère est relativement peu exigeant. Même dans les cas où le critère du lien étroit est respecté, il n'y a pas nécessairement responsabilité.

En vertu du deuxième volet, il faut déterminer s'il existe des facteurs qui éliminent ou limitent l'obligation dont l'existence a été établie en application du premier volet du critère. Des considérations de politique générale peuvent écarter complètement une obligation de diligence ou avoir pour effet de «limiter» la «portée» d'une obligation, mais elles ne donnent pas naissance à des obligations «plus grandes» ou «moins grandes» d'une affaire à l'autre. Une obligation de diligence existe ou elle n'existe pas. La «portée» de l'obligation de diligence peut être «limitée» par l'application du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, mais seulement en ce sens que certaines situations lui donnent naissance et d'autres non. Ce critère ne s'attache pas à des règles législatives ou judiciaires qui, comme c'est le cas en l'espèce, définissent la conduite à suivre pour satisfaire à une obligation existante. De telles règles sont pertinentes à l'égard de la norme de diligence.

Une conduite est négligente si elle crée un risque de préjudice objectivement déraisonnable. Pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée, une personne doit agir de façon aussi diligente qu'une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation. Les normes législatives sont pertinentes à l'égard de la norme de diligence en common law, mais leur portée ne coïncide pas nécessairement. Le fait qu'une loi prescrive ou interdise certaines activités peut contribuer à établir ce qui constitue une conduite raisonnable dans une situation donnée, mais cela n'éteint pas l'obligation sous-jacente d'agir de façon raisonnable. De même, le seul fait que la loi ait été observée n'empêche pas en soi de conclure à la responsabilité civile. Cependant, les normes législatives peuvent être hautement pertinentes pour déterminer ce que constitue une conduite raisonnable dans un cas particulier, et elles peuvent, en fait, rendre raisonnable un acte ou une omission qui, autrement, paraîtrait négligent.

La «règle spéciale» en common law dont les compagnies ferroviaires bénéficient ne peut plus se justifier sur le plan des principes, et le temps est venu de l'écarter. En vertu de cette règle, dans la mesure où elles se conformaient aux obligations leur incombant en application des lois, règlements et ordonnances administratives applicables, les compagnies ferroviaires n'avaient pas

reasonable manner. Its effect was to excuse railway companies in most cases from the ordinary obligation of prudence. The courts in applying this rule implicitly recognized that statutory compliance cannot replace the common law standard of care, and can be accepted as a substitute for that standard only in certain circumstances.

With the abolishment of the special rule, the correct principles can be stated more clearly. Compliance with a statutory standard of care does not abrogate or supersede the obligation to comply with the common law standard of care. The requirements are concurrent, and each carries its own penalty for breach. However, in appropriate circumstances, compliance with statutory standards may entirely satisfy the common law standard of care and thus absolve a defendant of liability in negligence.

The weight to be accorded to statutory compliance in the overall assessment of reasonableness depends on the nature of the statute and the circumstances of the case. It should be determined whether the legislative standards are necessarily applicable to the facts of the case. Statutory compliance will have more relevance in "ordinary" cases — cases clearly within the intended scope of the statute — than in cases involving special or unusual circumstances. It should also be determined whether the legislative standards are specific or general, and whether they allow for discretion in the manner of performance. A party acting under statutory authority must still take such precautions as are reasonable within the range of that authority to minimize the risks which may result from its actions.

Where a statute authorizes certain activities and strictly defines the manner of performance and the precautions to be taken, it is more likely to be found that compliance with the statute constitutes reasonable care and that no additional measures are required. By contrast, where a statute is general or permits discretion as to the manner of performance, or where unusual circumstances exist which are not clearly within the scope of the statute, mere compliance is unlikely to exhaust the standard of care. This approach strikes an appropriate

— en l'absence de circonstances extraordinaires — d'autre obligation que celle d'agir d'une manière objectivement raisonnable. L'effet de la règle est que les compagnies ferroviaires étaient, dans la plupart des cas, soustraites à l'obligation ordinaire de prudence. Lorsqu'ils ont appliqué cette règle, les tribunaux ont implicitement reconnu que l'observation de la loi ne pouvait remplacer la norme de diligence prévue par la common law, et qu'elle ne pouvait être substituée à cette dernière que dans certaines circonstances.

L'abolition de la règle spéciale permet d'énoncer plus clairement les principes qu'il convient d'appliquer. L'observation d'une norme de diligence d'origine législative n'a pas pour effet d'abroger ni ne remplacer l'obligation de respecter la norme de diligence prévue par la common law. Il s'agit d'obligations concomitantes, comportant chacune sa propre sanction en cas de manquement. Toutefois, il est possible que, dans des circonstances appropriées, l'observation de normes législatives satisfasse entièrement à la norme de diligence prévue par la common law et dégage donc le défendeur de toute responsabilité fondée sur la négligence.

Le poids qu'il convient d'accorder à l'observation de la loi dans l'appréciation globale du caractère raisonnable des mesures prises dépend de la nature de la loi en cause et des circonstances de l'affaire. Il faut déterminer si les normes législatives s'appliquent nécessairement aux faits de l'affaire. L'observation de la loi sera un élément plus pertinent dans les affaires «ordinaires» — les affaires qui relèvent clairement du champ d'application visé par la loi — que dans celles comportant des circonstances spéciales ou inhabituelles. Il faut également déterminer si les normes législatives sont de nature particulière ou générale, et si elles accordent un certain pouvoir discrétionnaire quant aux modalités d'exécution. La partie qui agit en vertu d'une autorisation du législateur doit néanmoins prendre les précautions raisonnables dans les limites de cette autorisation afin de réduire au minimum les risques susceptibles de résulter de ses actes.

Lorsqu'une loi autorise certaines activités et définit strictement les modalités d'exécution qui doivent être suivies et les précautions qui doivent être prises, il est probable que l'on conclue que l'observation de cette loi vaut diligence raisonnable et qu'aucune autre mesure supplémentaire n'est requise. Par contraste, lorsqu'il s'agit d'une loi de nature générale ou qui accorde un certain pouvoir discrétionnaire quant aux modalités d'exécution, ou lorsqu'il existe des circonstances inhabituelles qui ne relèvent pas clairement du champ d'ap-

balance among several important policies, including deference to legislative determinations on matters of railway safety, security for railways which comply with prescribed standards, and protection for those who may be injured as a result of unreasonable choices made by railways in the exercise of official authority.

The Railways' compliance with the statutory and regulatory authorities did not exhaust the requisite standard of care in this case, for two reasons. First, those authorities were not directly applicable to the circumstances, and second, they allowed for significant discretion in the manner of performance.

The common law standard of care is presumed to apply. A regulatory standard, if shown to be clearly applicable, may be accepted as a reasonable substitute. Here, the railways relied on authorities which applied to "highway crossings". The branch line, however, was not a crossing in the ordinary sense of the railway and highway intersecting at one point but rather it ran down the centre of the street. Important differences exist between the two situations. In particular, the danger posed to two-wheeled traffic is much greater in the second. A regulatory standard applying to a railway crossing cutting across traffic at a right angle may be wholly inappropriate to a railway branch running down the street. The regulatory standards were accordingly not definitive of the standard of care.

Even if highway crossing regulatory standards were applicable, the Railways' compliance with those standards did not necessarily constitute reasonable conduct in the circumstances. The regulations allowed a significant range as to flangeway width and the railways exercised their discretion as to the flangeway width within that range. In exercising that discretion, they were bound by the common law and were required to take all reasonable steps to minimize foreseeable harm. The entire range could not be presumed to be reasonably safe in all conditions. The decision to use a wider flangeway width within the limits allowed by regulation raised an issue of reasonableness, not of regulatory compliance. The trial judge's conclusion was consistent with the correct prin-

plication de la loi, il est peu probable que la simple observation de celle-ci satisfasse à la norme de diligence applicable. Cette approche établit un juste équilibre entre plusieurs principes importants, notamment le respect des décisions du législateur en matière de sécurité ferroviaire, la protection des entreprises ferroviaires qui satisfont aux normes prescrites et la protection des personnes qui subissent un préjudice résultant de choix déraisonnables faits par ces entreprises dans l'exercice d'une autorisation officielle.

Le fait que les compagnies ferroviaires se soient conformées aux lois et règlements applicables n'a pas satisfait à l'obligation de diligence applicable en l'espèce, et ce pour deux raisons. Premièrement, ces textes ne s'appliquaient pas directement aux circonstances de l'espèce et, deuxièmement, ils accordaient un pouvoir discrétionnaire appréciable à l'égard des modalités d'exécution.

La norme de diligence prévue par la common law est réputée s'appliquer. S'il est clairement établi qu'une norme réglementaire régit une situation particulière, elle peut être considérée comme une solution de rechange raisonnable. En l'espèce, les textes invoqués par les compagnies ferroviaires s'appliquent aux «croisements de voies publiques». La ligne secondaire en cause, cependant, n'était pas un croisement au sens ordinaire de ce terme, qui désigne l'intersection d'une voie ferrée et d'une voie publique en un point donné, mais plutôt une portion de voie ferrée courant au centre d'une rue. Il existe des différences importantes entre ces deux situations. En particulier, le danger que la deuxième situation présente pour les véhicules à deux roues est beaucoup plus grand. Il est possible qu'une norme réglementaire applicable à une voie ferrée qui coupe la circulation à angle droit ne convienne pas du tout à une voie ferrée qui court au centre d'une rue. Les normes réglementaires ne sauraient, en conséquence, définir la norme de diligence applicable en l'espèce.

Même si les normes réglementaires régissant les croisements d'une route et d'une voie ferrée s'appliquaient, l'observation de ces normes par les compagnies ferroviaires ne constituait pas nécessairement une conduite raisonnable dans les circonstances. Le règlement applicable prévoyait une fourchette considérable pour ce qui était de la largeur des ornières, et la décision de construire une ornière dont la largeur se situait entre le minimum et le maximum permis était laissée à la discrétion des compagnies ferroviaires. En exerçant ce pouvoir discrétionnaire, les compagnies ferroviaires étaient liées par les règles de la common law et elles devaient prendre toutes les mesures raisonnables afin de réduire au minimum le risque qu'un préjudice prévisible survienne.

ciples of law, and it should not have been disturbed by the Court of Appeal.

A public nuisance has been defined as any activity which unreasonably interferes with the public's interest in questions of health, safety, morality, comfort or convenience. Whether a particular activity constitutes a public nuisance is a question of fact. Many factors may be considered, including the inconvenience caused by the activity, the difficulty involved in lessening or avoiding the risk, the utility of the activity, the general practice of others, and the character of the neighbourhood. Statutory authority provides, at best, a narrow defence to nuisance. The traditional rule is that liability will not be imposed if an activity is authorized by statute and the defendant proves that the nuisance is the "inevitable result or consequence" of exercising that authority. Here, the Railways' decisions, (i) to exceed the minimum flangeway width and (ii) not to install flange fillers, were a matter of discretion and not the "inevitable result" or "inseparable consequence" of complying with the regulations.

While findings of fact with regard to the allocation of fault are not immutable, they should not be reversed by an appellate court unless it can be established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his or her assessment of those findings. No such errors were made by the trial judge, and the Court of Appeal ought not to have interfered with his findings on the issue of contributory negligence.

Cases Cited

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **considered:** *Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 687; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Grand Trunk Railway Co. v. McKay* (1903), 34 S.C.R. 81; *Lake Erie*

Il était impossible de présumer que toutes les largeurs comprises dans cette fourchette étaient raisonnablement sécuritaires dans toutes les circonstances. La décision des compagnies ferroviaires de construire une ornière plus large, quoique respectant les limites prescrites par le règlement, soulève la question du caractère raisonnable de leur conduite et non d'observation de la réglementation. La conclusion du juge de première instance était compatible avec les principes de droit applicables et n'aurait pas dû être infirmée par la Cour d'appel.

La nuisance publique a été définie comme étant toute activité qui porte atteinte de façon déraisonnable à l'intérêt du public relativement à des questions de santé, sécurité, moralité, confort ou commodité. La question de savoir si une activité particulière constitue une nuisance publique est une question de fait. De nombreux facteurs peuvent être considérés, notamment l'inconvénient causé par l'activité, la difficulté à diminuer ou éliminer le risque, l'utilité de l'activité, la pratique généralement suivie en la matière ailleurs et la nature du voisinage. L'autorisation du législateur fournit, au mieux, un moyen de défense limité contre la nuisance. Suivant la règle traditionnelle, le défendeur ne sera pas jugé responsable si l'activité en cause est autorisée par une loi et s'il établit que la nuisance est [TRADUCTION] «le résultat ou la conséquence inévitable» de l'exercice de cette autorisation. En l'espèce, la décision des compagnies ferroviaires (i) d'aménager des ornières dont la largeur dépassait la largeur minimale et (ii) de ne pas utiliser d'entretoises d'ornières relevait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et n'était pas un «résultat inévitable» ou une «conséquence indissociable» de l'observation des dispositions réglementaires applicables.

Bien qu'elles ne soient pas intangibles, les conclusions de fait à l'égard de l'imputation de la faute ne doivent pas être modifiées par une cour d'appel à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante ayant faussé son appréciation des faits. Aucune erreur de la sorte n'a été commise par le juge de première instance, et la Cour d'appel n'aurait pas dû infirmer les conclusions de ce dernier sur la question de la négligence contributive.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts examinés:** *Paskivski c. Canadien Pacifique Ltée*, [1976] 1 R.C.S. 687; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Grand Trunk Railway Co. c. McKay* (1903), 34

& Detroit River Railway Co. v. Barclay (1900), 30 S.C.R. 360; *Canadian National Railway Co. v. Vincent*, [1979] 1 S.C.R. 364; **referred to:** *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Wade v. C.N.R.*, [1978] 1 S.C.R. 1064; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131; *Harris v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 151; *Anderson v. Canadian National Railway Co.*, [1944] O.R. 169; *Richardson v. Surrey (Dist.)* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 210; *Bux v. Slough Metals Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 262; *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *Chessie v. J. D. Irving Ltd.* (1982), 22 C.C.L.T. 89; *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289; *Stein v. "Kathy K" (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802.

Statutes and Regulations Cited

Railway Act, R.S.C. 1906, c. 37, ss. 222, 223, 235.
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 196(1).
Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 367(4) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 32 (4th Supp.), s. 110] (formerly R.S.C. 1970, c. R-2, s. 342(4)).
Railway-Highway Crossing at Grade Regulations, SOR/80-748, ss. 2 "crossing", 7.
Standard Regulations Respecting the Construction of Crossings at Grade, 55 B.T.C. III, (Feb. 1, 1965) (later C.R.C., 1184), ss. 1(3) "crossing", 6.

Authors Cited

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. I. Toronto: Carswell, 1989.
Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

R.C.S. 81; *Lake Erie & Detroit River Railway Co. c. Barclay* (1900), 30 R.C.S. 360; *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*, [1979] 1 R.C.S. 364; **arrêts mentionnés:** *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Wade c. C.N.*, [1978] 1 R.C.S. 1064; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131; *Harris c. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 151; *Anderson c. Canadian National Railway Co.*, [1944] O.R. 169; *Richardson c. Surrey (Dist.)* (1990), 43 B.C.L.R. 210; *Bux c. Slough Metals Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 262; *Geddis c. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430; *Chessie c. J. D. Irving Ltd.* (1982), 22 C.C.L.T. 89; *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *City of Portage La Prairie c. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289; *Stein c. «Kathy K» (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802.

Lois et règlements cités

Loi des chemins de fer, S.R.C. 1906, ch. 37, art. 222, 223, 235.
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 196(1).
Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 367(4) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 32 (4e suppl.), art. 110] (auparavant S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 342(4)).
Règlement sur les passages à niveau au croisement d'un chemin de fer et d'une voie publique, DORS/80-748, art. 2 «passage» ou «croisement», 7.
Standard Regulations Respecting the Construction of Crossings at Grade, 55 B.T.C. III, (1er fév. 1965) [plus tard Ordonnance générale no E-4: *Règlement général concernant la construction d'un passage à niveau au croisement d'une route et d'une voie ferrée*, C.R.C., 1184], art. 1(3) "crossing", 6.

Doctrine citée

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. I. Toronto: Carswell, 1989.
Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 82 B.C.A.C. 40, 133 W.A.C. 40, 36 M.P.L.R. (2d) 35, 22 M.V.R. (3d) 1, [1996] B.C.J. No. 2083 (QL), allowing an appeal in part from a judgment of Owen-Flood J. (1994), 21 M.P.L.R. (2d) 148, 4 M.V.R. (3d) 59, [1994] B.C.J. No. 1202 (QL). Appeal allowed.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Aaron A. G. Gordon*, for the appellant.

Richard R. Sugden, Q.C., and *Craig P. Dennis*, for the respondent The Corporation of the City of Victoria.

William M. Everett, Q.C., and *W. S. MacFarlane*, for the respondents The Esquimalt and Nanaimo Railway Company and Canadian Pacific Limited/Canadien Pacifique Limitée.

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — This appeal considers the effect of statutory authority on the civil liability of railways. A motorcyclist was injured while attempting to cross railway tracks located on an urban street in Victoria, British Columbia. The motorcyclist sued the City of Victoria ("the City") and the railway companies which owned and operated the tracks ("the Railways"). The Railways denied liability on the ground that the tracks were authorized by, and complied with, all applicable statutes, regulations and administrative orders.

2 The first issue is whether the Railways are liable in negligence. Under a long-standing common law rule, the standard of care owed by railways to the public was normally limited to the discharge of statutory obligations. The question is whether that rule should now be discarded, and if so, how statu-

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 82 B.C.A.C. 40, 133 W.A.C. 40, 36 M.P.L.R. (2d) 35, 22 M.V.R. (3d) 1, [1996] B.C.J. No. 2083 (QL), qui a accueilli en partie l'appel formé contre un jugement du juge Owen-Flood (1994), 21 M.P.L.R. (2d) 148, 4 M.V.R. (3d) 59, [1994] B.C.J. No. 1202 (QL). Pourvoi accueilli.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Aaron A. G. Gordon*, pour l'appelant.

Richard R. Sugden, c.r., et *Craig P. Dennis*, pour l'intimée la Ville de Victoria.

William M. Everett, c.r., et *W. S. MacFarlane*, pour les intimées la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo et Canadian Pacific Limited/Canadien Pacifique Limitée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur l'effet de l'autorisation du législateur sur la responsabilité civile des entreprises ferroviaires. Un motocycliste s'est blessé en tentant de franchir une voie ferrée qui occupait le centre d'une artère urbaine à Victoria (Colombie-Britannique). Le motocycliste a poursuivi la Ville de Victoria (la «Ville») ainsi que les compagnies ferroviaires qui possédaient et exploitaient la voie ferrée (les «compagnies ferroviaires»). Les compagnies ferroviaires soutiennent que leur responsabilité n'est pas engagée, étant donné que la voie ferrée en cause était autorisée par les lois, règlements et ordonnances administratives applicables et qu'elle était conforme à ceux-ci.

La première question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires sont responsables de négligence. En vertu d'une règle de common law en vigueur depuis longtemps, la norme de diligence à laquelle sont tenues les compagnies ferroviaires à l'égard du public se limite habituellement

tory compliance should affect the assessment of liability under ordinary negligence principles.

The second issue is whether the Railways are liable in public nuisance. Again, the Railways disclaim liability on the ground that the tracks involved were authorized by statute and regulations. The appellant submits that such a defence is unavailable because the hazard posed by the tracks was not an "inevitable consequence" of exercising statutory authority. The final issue is whether the Court of Appeal erred by reversing the findings of the trial judge with respect to contributory negligence.

I. Facts

On May 4, 1987, the appellant, Murray Ryan, was thrown from his motorcycle while attempting to cross railway tracks running down the centre of Store Street, in downtown Victoria. The tracks were owned by the respondent Esquimalt & Nanaimo Railway Company ("E&N"), and were leased and operated by the respondent Canadian Pacific Limited ("CP"). The accident occurred when the front tire of the appellant's motorcycle became trapped in a "flangeway" gap running alongside the inner edge of the tracks. At the time of the accident, the flangeways on Store Street were approximately one-quarter of an inch wider than the front tire of the appellant's motorcycle.

A. *History and Location of the Store Street Tracks*

In 1907, E&N applied to the Board of Railway Commissioners of Canada (the "Board") for permission to construct a branch line along a portion of Store Street. E&N submitted a "plan, profile and book of reference" to the Board, setting forth the specifications of the proposed tracks, pursuant to s. 222 of the *Railway Act*, R.S.C. 1906, c. 37

à l'exécution de leurs obligations légales. Il s'agit de déterminer si cette règle devrait maintenant être abandonnée et, dans l'affirmative, dans quelle mesure le fait que la loi a été respectée influe sur l'appréciation de la responsabilité en vertu des principes ordinaires de la négligence.

3 La deuxième question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires sont responsables de nuisance publique. Encore une fois, les compagnies ferroviaires nient toute responsabilité, plaidant que la voie ferrée en cause était autorisée par les lois et règlements applicables. L'appelant soutient que ce moyen de défense ne peut être invoqué, parce que le danger que présente la voie ferrée n'est pas une «conséquence inévitable» de l'exercice d'une autorisation du législateur. Enfin, la dernière question en litige consiste à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence contributive.

I. Les faits

4 Le 4 mai 1987, l'appelant, Murray Ryan, a chuté de sa motocyclette en tentant de traverser la voie ferrée qui court au milieu de la rue Store, au centre-ville de Victoria. La voie ferrée, qui appartenait à la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo intimée («E&N»), était louée et exploitée par l'intimée Canadien Pacifique Limitée («CP»). L'accident s'est produit lorsque le pneu avant de la motocyclette de l'appelant s'est coincé dans l'«ornière» courant le long de la face intérieure de la voie ferrée. Lorsque l'accident s'est produit, la largeur des ornières de la voie ferrée dans la rue Store était environ un quart de pouce supérieure à celle du pneu avant de la motocyclette de l'appelant.

A. *L'historique et l'emplacement de la voie ferrée de la rue Store*

5 En 1907, E&N a demandé à la Commission des chemins de fer du Canada (la «Commission») la permission de construire une ligne secondaire dans une partie de la rue Store. Au soutien de sa demande, E&N a soumis à la Commission un «plan, un profil et [. . .] un livre de renvoi», faisant état des devis de la voie ferrée projetée, conformé-

("*1906 Railway Act*"). In addition, E&N entered into an agreement with the City regarding the maintenance and operation of the line; the terms of that agreement were subsequently passed into municipal law. On March 6, 1908, in accordance with s. 223 of the *1906 Railway Act*, the Board issued Order No. 4421 authorizing the construction of the tracks.

ment à l'art. 222 de la *Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1906, ch. 37 («*Loi sur les chemins de fer de 1906*»). En outre, E&N a conclu avec la Ville une entente concernant l'entretien et l'exploitation de la ligne; les modalités de cette entente ont été ultérieurement adoptées en tant que règles de droit municipal. Le 6 mars 1908, conformément à l'art. 223 de la *Loi sur les chemins de fer de 1906*, la Commission a pris l'Ordonnance nº 4421 autorisant la construction de la voie ferrée.

6 E&N leased its railway operations to CP in July of 1912. By 1926 it came to CP's attention that a discrepancy existed between the terms of the 1908 Order and the actual location of the Store Street tracks. In particular, the original plans did not specify that the tracks would cross through traffic on Chatham Street, a side road which intersects Store Street near one end of the tracks. CP applied to the Board for a revised authorization of the tracks as constructed. On January 18, 1927, the Board issued Order No. 38682, endorsing the existing location of the tracks with specific reference to the Chatham Street crossing. That order provided:

E&N a loué ses opérations ferroviaires au CP en juillet 1912. En 1926, CP a constaté l'existence d'une divergence entre les termes de l'ordonnance de 1908 et l'emplacement de la voie ferrée dans la rue Store. En particulier, les plans originaux ne précisaient pas que la voie ferrée traverserait la circulation sur la rue Chatham, rue secondaire qui croise la rue Store près de l'une des extrémités de la voie ferrée. CP a demandé à la Commission une autorisation révisée à l'égard de la voie ferrée telle qu'elle avait été construite. Le 18 janvier 1927, la Commission a pris l'Ordonnance nº 38682, qui sanctionnait l'emplacement de la voie ferrée et faisait expressément mention du croisement de la rue Chatham. Cette ordonnance prévoyait ceci:

THE BOARD ORDERS that the Applicant Company be, and it is hereby, authorized to revise the location of its branch line of railway from a point on its right of way at the easterly limit of Johnson Street Bridge, thence north-easterly and northerly along Store Street, across Chatham Street, to and into Block D, in the City of Victoria and Province of British Columbia, as shown on the said plan and profile on file with the Board under case No. 2717; the crossing of Chatham Street to be constructed in accordance with "The Standard Regulations of the Board Affecting Highway Crossings, as amended May 4th, 1910."

[TRADUCTION] LA COMMISSION ORDONNE que la compagnie requérante soit autorisée à réviser l'emplacement de sa ligne secondaire depuis un point de son emprise ferroviaire situé à l'extrémité est du Pont de la rue Johnson et, de là, en direction nord-est et nord le long de la rue Store, au-delà de la rue Chatham, jusqu'à l'intérieur du pâté de maisons D, dans la Ville de Victoria, province de la Colombie-Britannique, comme l'indiquent les plan et profil déposés à la Commission dans le dossier nº 2717; le croisement de la rue Chatham devra être construit conformément au «Standard Regulations of the Board Affecting Highway Crossings, as amended May 4th, 1910».

Track reconstructions were undertaken in 1944 and 1982, but as those projects did not significantly alter the location of the tracks, no further orders were obtained from the Board. Rail traffic on the Store Street tracks declined steadily over the years and the tracks were removed in 1993.

La voie ferrée a fait l'objet de travaux de reconstruction en 1944 et en 1982, mais comme ces travaux n'ont pas changé de façon importante son emplacement, aucune autre ordonnance n'a été prise par la Commission. L'utilisation de la voie ferrée de la rue Store a diminué progressivement au fil des années, jusqu'à ce qu'on l'enlève en 1993.

B. *Dimensions of the Flangeways on Store Street*

When railway tracks run across a street or highway at grade, the rails are normally embedded in the pavement so as not to impede traffic. A groove called a "flangeway" is installed alongside the tracks in order to prevent derailments while permitting the running rails to remain flush with the road surface. The most durable and inexpensive way to construct flangeways is to lay scrap rail, or "flangerail", on its side next to the running rail to create a gap between the track and the surrounding pavement or planking. This process was approved by the Board in Order No. 9729 (February 29, 1910) as the standard design for CP highway crossings, and it has remained the accepted method of constructing flangeways in Canada for many years.

Regulations issued by the Canadian Transport Commission in 1965 and 1980 provide that flangeways at "crossings" may be anywhere from 2.5 to 4.75 inches wide. The same dimensions are adopted in CP's own Standard Practice Circular 29. It is common ground that the flangeways on Store Street have always remained within that prescribed range. From 1944 to 1982, the flangeways were between 2.75 and 3.25 inches wide. During the 1982 reconstruction, the existing flangerail was torn out and replaced with heavier-gauge flangerail on its side; as a result, the flangeways were enlarged to a width of between 3.75 and 3.94 inches.

Despite arguments to the contrary by the respondents, the trial judge found that at the time of the appellant's accident, methods and technologies were available which, if employed, could have eliminated the flangeway gaps on Store Street entirely, or reduced them to the minimum width — 2.5 inches — required under the "crossings" regulations. Those methods included the use of rubber-type "flange-fillers", which are inserted into a flangeway to create an even surface for road traffic while compressing under the weight of train wheels. In particular, the trial judge found that the

B. *Les dimensions des ornières de passage de la voie ferrée de la rue Store*

Aux passages à niveau d'une voie ferrée et d'une voie publique, les rails sont habituellement enfoncés dans la chaussée afin de ne pas nuire à la circulation. On aménage alors, le long des rails, une rainure appelée «ornière» qui vise à prévenir les déraillements, tout en permettant aux rails d'être au même niveau que la surface de la route. La façon la plus durable et la moins dispendieuse de construire ces ornières consiste à placer de côté des rails de rebut ou «rails à ornières» le long des rails de la voie, de façon à créer un espace entre les rails et la chaussée ou le planchéiage qui les borde. Cette méthode a été approuvée par la Commission, dans son Ordonnance nº 9729 (29 février 1910), comme aménagement type des passages à niveau du CP, et est demeurée la méthode acceptée de construction des ornières au Canada pendant de nombreuses années. 7

Aux termes de règlements pris par la Commission canadienne des transports en 1965 et en 1980, la largeur des ornières aux «passages à niveau» peut varier de 2,5 à 4,75 pouces. Les mêmes dimensions ont été adoptées par le CP dans sa propre notice technique nº 29. Il est admis que la largeur des ornières de la rue Store a toujours respecté cette fourchette. De 1944 à 1982, la largeur des ornières a varié de 2,75 à 3,25 pouces. Lors des travaux de reconstruction de 1982, les anciens rails à ornières ont été remplacés par des rails à ornières de gabarit supérieur placés eux aussi de côté. La largeur des nouvelles ornières variait de 3,75 à 3,94 pouces. 8

Malgré les arguments à l'effet contraire présentés par les intimées, le juge de première instance a conclu qu'à l'époque où est survenu l'accident de l'appelant, il existait des méthodes et technologies qui auraient permis d'éliminer complètement les sillons formés par les ornières de la rue Store ou de les réduire à la largeur minimale — 2,5 pouces — prescrite par le règlement «sur les passages à niveau». Une de ces méthodes consistait à insérer dans l'ornière une pièce de caoutchouc qui crée une surface égale pour la circulation routière tout en se comprimant sous le poids 9

flange filler "Epflex" was available in 1982 and was in use in Waterloo, Ontario on tracks which, as here, ran down the centre of an urban street.

C. *The Accident*

10 Store Street is located in a mixed use area near Victoria Harbour. It is a two-way street with one lane of traffic running in each direction. The railway tracks ran down the middle of the street for approximately four blocks, meandering slowly from one traffic lane to the other in a lazy S-shape. Posted signs warned of a hazard to bicyclists but not to motorcyclists.

11 The appellant entered Store Street on his motorcycle from a side road. Cars were parked on the opposite side of the street, approximately six feet from the tracks. The appellant did not cross the tracks immediately but instead travelled down the centre of Store Street for about two blocks, keeping the tracks on his right. When the meandering of the tracks edged him to his left and into the path of oncoming traffic, he attempted to cross the tracks to the other side of the street. He was moving at about 20-25 kilometres per hour and encountered the tracks at a shallow angle. As he crossed, the front tire of his motorcycle, which was three and one-half inches wide at its perimeter, fell into the flangeway and became wedged there. The motorcycle rotated over the top of the trapped tire, and the appellant was thrown forward and injured. The record confirms that six prior accidents involving the flangeways on Store Street — five of which also involved motorcycles — were reported to the Railways or the City of Victoria between 1982 and 1986.

12 Following a lengthy trial, the British Columbia Supreme Court held the Railways and the City jointly and severally liable in negligence, the former for maintaining dangerously wide flangeways and the latter for failing to warn of the hazard. In addition, the trial judge held the Railways liable in

des roues des trains. En particulier, le juge de première instance a conclu que l'entretoise d'ornière «Epflex» était disponible en 1982 et était utilisée à Waterloo (Ontario), où une voie ferrée occupait, comme en l'espèce, le centre d'une artère urbaine.

C. *L'accident*

La rue Store est située dans un quartier à fonctions multiples, près du port de Victoria. Il s'agit d'une rue à deux sens. La voie ferrée occupait le centre de la rue sur une distance d'environ quatre pâtés de maisons, serpentant lentement d'une voie à l'autre en forme de «S». Des panneaux avertissaient les cyclistes du danger, mais non les motocyclistes.

L'appelant a accédé à la rue Store sur sa motocyclette par une rue secondaire. Des voitures étaient stationnées de l'autre côté de la rue, à environ six pieds de la voie ferrée. L'appelant n'a pas franchi immédiatement la voie ferrée; il a plutôt roulé au centre de la rue Store, sur une distance d'environ deux pâtés de maisons, la voie ferrée se trouvant à sa droite. Lorsque les ondulations de la voie ferrée l'ont forcé à serrer sa gauche et à rouler sur la voie réservée aux véhicules circulant en sens inverse, il a tenté de franchir les rails pour se rendre sur l'autre voie. Il roulait à environ 20 ou 25 kilomètres à l'heure lorsqu'il s'est apprêté à franchir la voie ferrée, à un angle très faible. Comme il la franchissait, le pneu avant de sa motocyclette, large de trois pouces et demi à son périmètre, est tombée dans l'ornière et y est demeurée coincée. La motocyclette a alors basculé par-dessus la roue avant coincée et l'appelant a été projeté en avant, subissant des blessures. Le dossier confirme que six autres accidents mettant en cause les ornières de la voie ferrée de la rue Store — dont cinq accidents de motocyclette — avaient déjà été signalés aux compagnies ferroviaires ou à la Ville de Victoria, entre 1982 et 1986.

À la suite d'un long procès, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que les compagnies ferroviaires et la Ville étaient solidairement responsables de négligence, les premières pour avoir maintenu des ornières dangereusement larges, et la seconde pour avoir omis de signaler le

nuisance. The British Columbia Court of Appeal set aside the nuisance finding and held all of the respondents liable only for failure to warn. The Court of Appeal also found the appellant to be contributorily negligent and liable for 50% of his damages.

danger. En outre, le juge de première instance a conclu que les compagnies ferroviaires étaient responsables de nuisance. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette dernière conclusion et déclaré toutes les intimées responsables seulement d'omission de signaler le danger. La Cour d'appel a également conclu que l'appelant était coupable de négligence contributive et que, pour cette raison, il était responsable de la moitié des dommages qu'il avait subis.

II. Relevant Statutory and Regulatory Provisions

One issue is whether the Store Street tracks constitute a "highway crossing" within the meaning of the *Railway Act* and applicable regulations; this is relevant as there are specific and different regulations for crossings as opposed to a rail line. Section 235 of the *1906 Railway Act* provides:

Highway Crossings

235. The railway may be carried upon, along or across an existing highway. . . .

That language is adopted in all subsequent versions of the Act, including s. 196(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2. A "crossing" is also defined in s. 2 of the *Railway-Highway Crossing at Grade Regulations*, SOR/80-748 ("CTC 1980-8 Rail"), and in s. 1(3) of General Order No. E-4: *Standard Regulations Respecting the Construction of Crossings at Grade*, 55 B.T.C. III, (Feb. 1, 1965) ("General Order No. E-4"), as follows:

"Crossing" means any railway crossing of a highway at grade or any highway crossing of a railway at grade.

II. Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes

L'une des questions litigieuses est de savoir si la voie ferrée de la rue Store constitue un «croisement de voie publique» («*highway crossing*») au sens de la *Loi sur les chemins de fer* et des dispositions réglementaires applicables; il s'agit d'une question pertinente, car il existe des dispositions réglementaires s'appliquant de façon particulière aux croisements plutôt qu'aux voies ferrées. L'article 235 de la *Loi sur les chemins de fer de 1906* prévoit ceci: 13

Croisements de voies publiques

235. Le chemin de fer peut passer sur le parcours, le long ou en travers d'une voie publique existante. . . .

Ce texte a été repris dans les versions ultérieures de la Loi, y compris au par. 196(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2. Les mots «passage» ou «croisement» («*crossing*») sont également définis à l'art. 2 du *Règlement sur les passages à niveau au croisement d'un chemin de fer et d'une voie publique*, DORS/80-748 («CCT 1980-8 RAIL»), ainsi qu'au par. 1(3) de l'Ordonnance générale nº E-4: *Règlement général concernant la construction d'un passage à niveau au croisement d'une route et d'une voie ferrée*, 55 B.T.C. III, (1er fév. 1965) («Ordonnance générale nº E-4»), qui est ainsi rédigé:

[TRADUCTION]
«passage» désigne tout croisement à niveau d'une route par une voie ferrée et tout croisement à niveau d'une voie ferrée par une route;

The minimum and maximum dimensions permitted for flangeways at a "crossing" are in s. 6 of General Order No. E-4:

6. A space not more than three inches deep and not less than two and one-half inches wide nor more than four and three-quarters inches wide shall be provided between the gauge side of the running rail and the planking and/or other road surface, as the case may be.

A similar requirement appears in metric form in s. 7 of CTC 1980-8 Rail, which replaced General Order No. E-4 and was in force when the Store Street tracks were reconstructed in 1982. That section provides:

7. A flangeway with a width of between 65 mm and 120 mm to a depth of between 50 mm and 75 mm shall be provided between the gauge side of the running rail and the highway surface.

14 The relationship between statutory compliance and civil or criminal liability is addressed generally in s. 367(4) of the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, as am. R.S.C., 1985, c. 32 (4th Supp.), s. 110 (formerly R.S.C. 1970, c. R-2, s. 342(4)):

367. . . .

(4) No inspection under or by the authority of this Act or the *Railway Safety Act*, and nothing in this Act or the *Railway Safety Act* and nothing done, ordered, directed, required or provided for, or omitted to be done, ordered, directed, required or provided for, under or by virtue of this Act or the *Railway Safety Act*, shall, except in so far as a compliance with the Act in question or with the order, direction, requirement or provision, constitutes a justification for what would otherwise be wrongful, relieve, or be construed to relieve, any company of or from, or in any way diminish or affect, any liability or responsibility resting on it by law, either toward Her Majesty or toward any person, or the wife, husband, parent, child, executor, administrator, tutor, curator, heir or personal representative, of any person, for anything done or omitted to be done by that company, or for any

Les dimensions minimale et maximale permises des ornières aux «croisements» ou «passages» sont les suivantes à l'art. 6 de l'Ordonnance générale nº E-4:

[TRADUCTION] 6. Un espace d'au plus trois pouces de profondeur sur une largeur d'au moins deux pouces et demi et d'au plus quatre pouces et trois-quarts sera ménagé entre la face intérieure du rail de roulement et le planchéiage et/ou autre revêtement, selon le cas.

Une exigence similaire est formulée en unités métriques à l'art. 7 du CCT 1980-8 RAIL, qui a remplacé l'Ordonnance générale nº E-4 et qui était en vigueur au moment de la reconstruction de la voie ferrée de la rue Store en 1982. Cet article est ainsi rédigé:

7. Une ornière de passage des boudins d'une largeur de 65 mm à 120 mm et d'une profondeur de 50 mm à 75 mm doit être ménagée entre la face intérieure du rail de roulement et la surface de la voie publique.

Le lien entre le principe de l'observation de la loi et la responsabilité civile ou criminelle est abordé de façon générale au par. 367(4) de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, mod. par L.R.C. (1985), ch. 32 (4e suppl.), art. 110 (auparavant S.R.C. 1970, ch. R-2, par. 342(4)):

367. . . .

(4) Nulle inspection faite sous le régime ou sous l'autorité de la présente loi ou de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* et rien de contenu dans l'une ou l'autre de ces lois, et rien de ce qui a été fait, ordonné ou commandé, ou exigé ou prescrit, non plus que nulle omission de faire, d'ordonner ou de commander, d'exiger ou de prescrire, en conformité avec ces lois ou en vertu de celles-ci, sauf en tant que l'observation de la loi ou de quelque ordonnance, ordre, prescription ou disposition constitue une justification de ce qui autrement serait répréhensible, ne soustrait ni ne peut être interprété de façon à soustraire une compagnie à quelque obligation ou responsabilité que la loi lui impose, ni de façon à amoindrir ou atteindre de quelque manière cette obligation ou responsabilité, soit envers Sa Majesté, soit envers une personne, ou l'épouse ou l'époux, le père et la mère ou l'enfant, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur, le tuteur ou le curateur, l'héritier ou le représentant d'une personne, par suite de quelque action ou omission de la part de cette compagnie, ou pour quelque tort,

wrongful act, negligence, default, misfeasance, malfeasance or nonfeasance of that company.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1994), 21 M.P.L.R. (2d) 148 (Owen-Flood J.)

The trial judge relied on *Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 687, for the principle that absent "special or exceptional circumstances", railway companies cannot be found negligent as long as they comply with the *Railway Act* and with orders or regulations issued under that Act. However, he held that the crucial issue in this case — the width of the flangeways on store street — was not governed by any relevant statute or regulation, and in particular was not covered by the regulatory standards which apply to "highway crossings". In the alternative, he found that "special or exceptional circumstances" existed which required the Railways to exceed the precautions mandated in those regulations. He concluded that the Railways were negligent in failing to build the flangeways at the minimum allowable width or with some form of flange filler.

The trial judge also held that the Railways were liable in public nuisance. Relying on *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, he rejected the Railways' defence of "statutory authority" since, in his view, the hazard created was not an inevitable consequence of discharging any statutory duty. The trial judge also held that the City of Victoria was liable for its failure to provide adequate warnings to the public of the danger on Store Street. He dismissed a nuisance claim against the City on the basis that the City had no property interest in the tracks. Finally, he held that the appellant was not contributorily negligent, since his decision to cross the tracks when and where he did was dictated by circumstances beyond his control and was made in "the

négligence ou défaut, abus d'autorité, acte illégal ou non-exécution de la part de cette compagnie.

III. L'historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1994), 21 M.P.L.R. (2d) 148 (le juge Owen-Flood)

15 Le juge de première instance s'est fondé sur l'arrêt *Paskivski c. Canadien Pacifique Ltée*, [1976] 1 R.C.S. 687, qui pose le principe selon lequel, sauf s'il existe des «circonstances spéciales ou exceptionnelles», les compagnies ferroviaires ne sauraient être jugées négligentes si elles observent la *Loi sur les chemins de fer* et les ordonnances ou règlements pris en vertu de celle-ci. Cependant, il a statué que la question cruciale en l'espèce, soit la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store, n'était pas régie par quelque loi ou règlement pertinent et, plus particulièrement, qu'elle n'était pas visée par les normes réglementaires applicables aux «croisements de voies publiques». Subsidiairement, il a conclu à l'existence de «circonstances spéciales ou exceptionnelles» qui obligeaient les compagnies ferroviaires à prendre des précautions supérieures à celles requises par les dispositions réglementaires. Il a statué que les compagnies ferroviaires avaient été négligentes en ne construisant pas des ornières ayant la largeur minimale permise, ou en n'utilisant pas d'entretoises d'ornières.

16 Le juge de première instance a également conclu que les compagnies ferroviaires étaient responsables de nuisance publique. Se fondant sur l'arrêt *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, il a rejeté le moyen de défense des compagnies ferroviaires fondé sur «l'autorisation du législateur» étant donné que, à son avis, le danger créé n'était pas une «conséquence inévitable» de l'exécution d'une quelconque obligation légale. Le juge de première instance a également statué que la Ville de Victoria était responsable d'avoir omis d'avertir convenablement le public du danger qui existait sur la rue Store. Il a rejeté la réclamation fondée sur la nuisance présentée contre la Ville parce que celle-ci n'avait aucun intérêt de propriété dans la voie ferrée. Enfin, il a conclu que

agony of the moment". Because the trial judge could not ascribe degrees of fault to the various respondents, he apportioned liability equally among them.

l'appelant n'était pas coupable de négligence contributive, étant donné que sa décision de franchir la voie ferrée au moment et à l'endroit où il l'a fait lui avait été dictée par des circonstances indépendantes de sa volonté et avait été prise «dans l'angoisse du moment». Ne pouvant déterminer le degré de faute de chacune des intimées, le juge de première instance les a tenues également responsables.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1996), 82 B.C.A.C. 40 (Goldie J.A., Rowles and Finch JJ.A. concurring)

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1996), 82 B.C.A.C. 40 (le juge Goldie, avec l'appui des juges Rowles et Finch)

17 The Court of Appeal held that because the Railways had complied with all applicable regulations, they could not be found negligent with regard to the configuration of the Store Street tracks: see *Paskivski*, *supra*. It noted that the method used to build the flangeways on Store Street was standard for highway crossings in Canada. The Court of Appeal also emphasized that the width of the flangeways was within the allowable range defined in the "highway crossing" regulations, which he held to be applicable to the Store Street line. It rejected the trial judge's view that the location of the tracks on a city street was an "exceptional circumstance" which required the Railways to take steps beyond the standards required in those regulations. The trial judge's finding of negligence was set aside.

La Cour d'appel a statué que, comme les compagnies ferroviaires avaient observé toutes les dispositions réglementaires applicables, on ne pouvait conclure qu'elles avaient été négligentes dans l'établissement de la configuration de la voie ferrée de la rue Store: voir *Paskivski*, précité. La cour a souligné que la méthode appliquée pour construire les ornières de la voie ferrée de la rue Store était la norme suivie à l'égard des croisements de voies publiques au Canada. Elle a également indiqué que la largeur des ornières respectait la fourchette prescrite par les dispositions réglementaires régissant les «croisements de voies publiques» qui, a-t-elle conclu, s'appliquaient à la voie ferrée de la rue Store. Elle a rejeté l'opinion du juge de première instance que l'aménagement d'une voie ferrée dans une rue urbaine était une «circonstance exceptionnelle» obligeant les compagnies ferroviaires à prendre des mesures excédant les normes réglementaires requises. La conclusion de négligence tirée par le juge de première instance a été annulée.

18 The Court of Appeal also reversed the trial judge's holding with respect to nuisance, on the basis that the Railways were protected by the defence of statutory authority. In the Court of Appeal's view, the danger posed by the flangeways was an "inseparable consequence" of the Board orders which required the tracks to be laid at street grade with pavement between the rails. However, the Court of Appeal did find that both the Railways and the City were at fault for failing to warn the public of the hazard created by the flangeways. Finally, the Court of Appeal

La Cour d'appel a également infirmé la conclusion du juge de première instance en ce qui concerne la nuisance, pour le motif que les compagnies ferroviaires pouvaient invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. De l'avis de la Cour d'appel, le danger que présentaient les ornières était une «conséquence inséparable» des ordonnances de la Commission qui exigeaient que la voie ferrée soit aménagée de niveau avec la rue et que du pavage soit placé entre les rails. Cependant, la Cour d'appel a statué que tant les compagnies ferroviaires que la Ville avaient

reversed the trial judge's conclusion that there was no contributory negligence. It found that the appellant had chosen to remain on the more dangerous of several possible courses and therefore could not claim to have acted in the "agony of the moment" when he crossed the tracks. The Court of Appeal concluded that the appellant was liable for 50% of his damages.

commis une faute en omettant d'avertir le public du danger que présentaient les ornières. Enfin, la Cour d'appel a infirmé la conclusion d'absence de négligence contributive tirée par le juge de première instance. Elle a conclu que l'appelant avait choisi, parmi plusieurs parcours possibles, celui qui était le plus dangereux, et qu'il ne pouvait donc pas prétendre avoir agi «dans l'angoisse du moment» lorsqu'il a franchi la voie ferrée. La Cour d'appel a conclu que l'appelant était responsable de la moitié des dommages qu'il avait subis.

IV. Issues

The respondents have not challenged the finding that they were liable for failing to warn the appellant of the hazard created by the flangeways on Store Street. That conclusion is not at issue in this appeal. The three issues are:

1. Did the Court of Appeal err in finding that the Railways were not negligent with regard to the width of the flangeways on Store Street?

2. Did the Court of Appeal err in finding that the flangeways on Store Street did not give rise to liability for public nuisance?

3. Did the Court of Appeal err in reversing the trial judge's findings with respect to contributory negligence?

V. Analysis

This appeal focuses on the relationship between statutory authority and civil liability. The appellant submits that the Railways are liable under theories of negligence and nuisance for installing dangerous flangeways on Store Street. The Railways deny liability on the basis that the Store Street line is a "highway crossing" and its flangeways comply in all respects with the safety regulations governing such crossings. The questions are: (1) whether the regulations relied upon by the Railways are in fact applicable to the Store Street line,

IV. Les questions en litige

Les intimées n'ont pas contesté la conclusion qu'elles étaient responsables d'avoir omis d'avertir l'appelant du danger créé par les ornières de la voie ferrée de la rue Store. Cette conclusion n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Voici les trois questions en litige: 19

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les compagnies ferroviaires n'ont pas été négligentes en ce qui concerne la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les ornières de la voie ferrée de la rue Store n'étaient pas une source de responsabilité fondée sur la nuisance publique?

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence contributive?

V. L'analyse

Le présent pourvoi porte sur le lien entre le principe de l'autorisation du législateur et la responsabilité civile. L'appelant soutient que les compagnies ferroviaires sont responsables par l'effet des principes de la négligence et de la nuisance du fait qu'elles ont installé des ornières dangereuses dans la rue Store. Les compagnies ferroviaires nient leur responsabilité pour le motif que la ligne de la rue Store est un «croisement de voie publique» et que les ornières satisfont à tous égards aux dispositions réglementaires applicables en matière 20

and (2) if so, whether the Railways are nevertheless liable for failing to exercise their discretion under those regulations so as to minimize the hazard created by the flangeways.

A. *Were the Railways Negligent with Regard to the Width of the Flangeways on Store Street?*

21 The first step in the negligence analysis is to determine whether the Railways owed a duty of care to the appellant with regard to the configuration of the Store Street tracks. If such a duty is found to exist, it must then be determined whether the Railways exercised the standard of care necessary to avoid breaching that duty. The relationship between the duty and the standard of care was explained by MacDonald J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal in *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241, at p. 254:

> It is the function of the Judge to determine whether there is any duty of care imposed by the law upon the defendant and if so, to define the measure of its proper performance; it is for the [trier of fact] to determine, by reference to the criterion so declared, whether the defendant has failed in his legal duty.
>
> . . .
>
> The common law yields the conclusion that there is such a duty only where the circumstances of time, place, and person would create in the mind of a reasonable man in those circumstances such a probability of harm resulting to other persons as to require him to take care to avert that probable result. This element of reasonable prevision of expectable harm soon came to be associated with a fictional Reasonable Man whose apprehensions of harm became the touchstone of the existence of duty, in the same way as his conduct in the face of such

de sécurité. Il s'agit de répondre aux questions suivantes 1) Les dispositions réglementaires invoquées par les compagnies ferroviaires s'appliquent-elles effectivement à la ligne de la rue Store? Dans l'affirmative, 2) les compagnies ferroviaires sont-elles néanmoins responsables parce qu'elles ont omis d'exercer le pouvoir discrétionnaire dont elles jouissaient en vertu de ces dispositions réglementaires pour réduire au minimum le danger créé par les ornières.

A. *Les compagnies ferroviaires ont-elles été négligentes en ce qui concerne la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store?*

La première étape de l'analyse en matière de négligence consiste à se demander si les compagnies ferroviaires avaient une obligation de diligence envers l'appelant en ce qui concerne la configuration de la voie ferrée de la rue Store. Si l'on conclut à l'existence d'une telle obligation, il faut ensuite déterminer si elles ont agi avec le degré de diligence nécessaire pour ne pas manquer à cette obligation. Le lien qui existe entre l'obligation et le degré de diligence a été expliqué par le juge MacDonald de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241, à la p. 254:

> [TRADUCTION] Il appartient au juge de déterminer si la loi impose au défendeur une obligation de diligence et, dans l'affirmative, de définir le critère permettant d'apprécier si cette obligation a été exécutée convenablement; il incombe au [juge des faits] de déterminer, à partir du critère ainsi défini, si le défendeur a manqué à son obligation légale.
>
> . . .
>
> Il ressort de la common law qu'il n'y a une telle obligation que si, dans les mêmes circonstances de temps, de lieu et d'individus, une personne raisonnable se serait rendu compte que le risque qu'il y avait de causer un préjudice à d'autres personnes l'obligeait à faire preuve de diligence afin d'éviter ce résultat probable. Cet élément d'anticipation raisonnable d'un préjudice prévisible a rapidement été associé à une personne raisonnable fictive dont les appréhensions de préjudice sont devenues la pierre de touche de l'existence de l'obligation,

apprehended harm became the standard of conformity to that duty. . . .

Thus, a discussion of duty centres around its existence, while the standard of care clarifies what the content of the duty is. Where there is no duty there is no negligence.

1. Duty of Care

The duty of care owed by a railway with respect to public crossings is determined, as it is for other private and public actors, under the two-step test in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-52, which was adopted by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, and numerous subsequent decisions. See, e.g., *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165. The two stages of the test were restated by Wilson J. as follows in *Kamloops*, at pp. 10-11:

(1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the [defendant] and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that person? If so,

(2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

The first step of the *Anns/Kamloops* test presents a relatively low threshold. In order to establish a *prima facie* duty of care, it must be shown that a relationship of "proximity" existed between the parties such that it was reasonably foreseeable that a careless act by the Railways could result in injury to the appellant.

The second step of the *Anns/Kamloops* test requires that it be determined whether any factors exist which should eliminate or limit the duty

de la même façon que sa conduite face à ce préjudice appréhendé est devenue la norme de conformité à cette obligation. . . .

En conséquence, l'analyse de la question de l'obligation est axée sur l'existence de celle-ci, alors que la norme de diligence en précise le contenu. En l'absence d'obligation, il ne peut y avoir de négligence.

1. L'obligation de diligence

22 L'obligation de diligence qui incombe à une compagnie ferroviaire à l'égard des passages à niveau publics est déterminée, comme elle l'est pour d'autres entités privées ou publiques, par l'application du critère en deux volets établi dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pp. 751 et 752, qui a été adopté par notre Cour dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, ainsi que dans bon nombre d'arrêts ultérieurs. Voir, par exemple, *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165. Les deux volets du critère ont été reformulés de la façon suivante par le juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops*, aux pp. 10 et 11:

1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties ([la défenderesse] et la personne qui a subi les dommages) pour que [la défenderesse] ai[t] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,

2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

23 Le premier volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops* est relativement peu exigeant. Pour établir l'existence *prima facie* d'une obligation de diligence, il faut démontrer qu'il existait entre les parties un lien à ce point «étroit» qu'il était raisonnablement prévisible qu'un manque de diligence des compagnies ferroviaires pourrait donner lieu aux blessures de l'appelant.

24 Conformément au deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, il faut déterminer s'il existe des facteurs qui élimine ou

found under the first branch of the test. This approach recognizes that while the test of "proximity" may be met, liability does not necessarily follow. The existence of a duty of care must be considered in light of all relevant circumstances, including any applicable statutes or regulations. Thus, a legislative exemption from liability can negate a duty of care in circumstances where that duty would otherwise arise. The same holds true for immunities created by the courts. A policy decision is made in such cases to prevent the law of negligence from regulating certain relationships or relieving certain injuries, notwithstanding a finding of proximity between the parties. This may reflect the need to shield specific activities from judicial control, or the wish to prevent the "floodgates of litigation" from opening into areas of potentially unlimited liability. See, e.g., Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* (6th ed. 1997), at p. 275.

limite l'obligation dont l'existence a été établie en application du premier volet du critère. Cette approche reconnaît le fait que, même dans les cas où le critère du «lien étroit» est respecté, il n'y a pas nécessairement responsabilité. L'existence d'une obligation de diligence doit être considérée en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris les lois ou règlements applicables. En conséquence, une exonération législative de responsabilité peut écarter une obligation de diligence dans des circonstances qui, normalement, donneraient naissance à une telle obligation. Il en est de même pour les immunités créées par les tribunaux. Dans de tels cas, il est décidé, pour des considérations de politique générale, de ne pas appliquer le droit relatif à la diligence afin de régir certains rapports ou de réparer certains préjudices, et ce malgré que l'on ait conclu à l'existence d'un lien étroit entre les parties. Cette situation reflète peut-être la nécessité de soustraire certaines activités au contrôle judiciaire, ou encore la volonté d'empêcher une «avalanche de poursuites» dans des domaines où la responsabilité risque d'être illimitée. Voir, par exemple, Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* (6e éd. 1997), à la p. 275.

25 In addition to negating a duty of care entirely, policy considerations may also serve to "limit" the "scope" of an existing duty under the second step of the *Anns/Kamloops* test. It is necessary to be clear about what this means. The purpose of the *Anns/Kamloops* test is to establish the existence of a legal duty, not to determine the standard of care required to establish liability. Policy considerations do not give rise to "greater" or "lesser" duties in different cases. A duty of care either exists or it does not. As discussed below, when the language of "duty" is framed in terms of its degree or content, what is really at issue is not the duty but the applicable standard of care. While the distinction is obvious, courts from time to time seem to lose

En plus d'écarter complètement une obligation de diligence, des considérations de politique générale peuvent également avoir pour effet de «limiter» la «portée» d'une obligation par l'application du deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*. Il convient d'expliquer clairement ce que cela signifie. Le critère établi dans ces arrêts a pour objet de permettre de statuer sur l'existence d'une obligation légale et non de déterminer la norme de diligence requise pour établir la responsabilité. Les considérations de politique générale ne donnent pas naissance à des obligations «plus grandes» ou «moins grandes» d'une affaire à l'autre. Une obligation de diligence existe ou elle n'existe pas. Comme nous le verrons plus loin, lorsque l'«obligation» est définie en fonction de son degré ou de son contenu, la véritable question en litige n'est pas la nature de l'obligation, mais la norme de diligence applicable. Bien que la distinction soit évidente, les tribunaux semblent à l'occasion perdre ce principe de vue. Voir par

sight of that principle. See, e.g., *Wade v. C.N.R.*, [1978] 1 S.C.R. 1064, at p. 1083.

The "scope" of a duty of care can be "limited" under the *Anns/Kamloops* test only in the sense that the duty will arise in certain situations and not in others. Such limitations may be based on broad policy considerations such as efficiency and economic fairness (see *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at pp. 1155-60) or on specific principles of law which operate in particular cases. See, e.g., *Hercules*, *supra*, at paras. 31-41, and *Just*, *supra*, at pp. 1235-36. The ultimate determination of whether a duty of care arises or not is an issue properly framed within the second step of the *Anns/Kamloops* test and its answer depends on the factual and legal context of each case. In that sense, the test is highly flexible.

However, the *Anns/Kamloops* test is not concerned with legislative or judicial policies which, as in this case, define the conduct required to meet an existing duty. Such policies relate to the standard of care. As a practical matter, the distinction between limiting the "scope" of a legal duty under the *Anns/Kamloops* test or limiting the requisite standard of care to discharge that duty is an elusive one. Both formulations go to reducing a defendant's exposure to liability, and in most cases the outcome will be the same under either approach. As a matter of analytical coherence, however, the distinction is important. See Lewis N. Klar, *Tort Law* (2nd ed. 1996), at p. 247, and *Just*, *supra*, at pp. 1243-44. Without it, the entire analysis of duty and standard would be collapsed together into the *Anns/Kamloops* framework, a purpose for which that test was not designed.

exemple, *Wade c. C.N.*, [1978] 1 R.C.S. 1064, à la p. 1083.

26 La «portée» de l'obligation de diligence peut être «limitée» par l'application du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, mais seulement en ce sens que certaines situations lui donnent naissance et d'autres non. De telles limitations peuvent être fondées sur des considérations de politique générales telles l'efficacité et l'équité sur le plan financier (voir *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, aux pp. 1155 à 1160) ou encore sur des principes de droit applicables dans des cas particuliers. Voir, par exemple, *Hercules*, précité, aux par. 31 à 41; *Just*, précité, aux pp. 1235 et 1236. En définitive, l'existence ou non d'une obligation de diligence est une question qu'il convient de trancher dans le cadre de l'application du deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, et la réponse dépendra du contexte factuel et juridique de chaque affaire. En ce sens, il s'agit d'un critère très souple.

27 Cependant, ce critère ne s'attache pas à des règles législatives ou judiciaires qui, comme c'est le cas en l'espèce, définissent la conduite à suivre pour satisfaire à une obligation existante. De telles règles sont pertinentes à l'égard de la norme de diligence. En pratique, la distinction entre la limitation de la «portée» d'une obligation légale par l'application du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops* et la limitation de la norme de diligence qu'il convient de respecter pour remplir cette obligation est élusive. Ces deux règles ont pour effet de réduire les risques qu'un défendeur voit sa responsabilité engagée, et, dans la plupart des cas, le résultat sera le même sous l'une ou l'autre approche. Cependant, la distinction est importante sur le plan de la cohérence analytique. Voir Lewis N. Klar, *Tort Law* (2e éd. 1996), à la p. 247, et *Just*, précité, aux pp. 1243 et 1244. Sans cette distinction, toute l'analyse de l'obligation et de la norme de diligence se fonderait en une seule étape dans le cadre du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, fin pour laquelle ce critère n'a pas été conçu.

2. Standard of Care

28 Conduct is negligent if it creates an objectively unreasonable risk of harm. To avoid liability, a person must exercise the standard of care that would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances. The measure of what is reasonable depends on the facts of each case, including the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of that harm, and the burden or cost which would be incurred to prevent the injury. In addition, one may look to external indicators of reasonable conduct, such as custom, industry practice, and statutory or regulatory standards.

29 Legislative standards are relevant to the common law standard of care, but the two are not necessarily co-extensive. The fact that a statute prescribes or prohibits certain activities may constitute evidence of reasonable conduct in a given situation, but it does not extinguish the underlying obligation of reasonableness. See *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. Thus, a statutory breach does not automatically give rise to civil liability; it is merely some evidence of negligence. See, e.g., *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131, at para. 36, and *Saskatchewan Wheat Pool*, at p. 225. By the same token, mere compliance with a statute does not, in and of itself, preclude a finding of civil liability. See Linden, *supra*, at p. 219. Statutory standards can, however, be highly relevant to the assessment of reasonable conduct in a particular case, and in fact may render reasonable an act or omission which would otherwise appear to be negligent. This allows courts to consider the legislative framework in which people and companies must operate, while at the same time recognizing that one cannot avoid the underlying obligation of reasonable care simply by discharging statutory duties.

2. La norme de diligence

Une conduite est négligente si elle crée un risque de préjudice objectivement déraisonnable. Pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée, une personne doit agir de façon aussi diligente que le ferait une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation. Le caractère raisonnable d'une conduite dépend des faits de chaque espèce, y compris la probabilité qu'un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice, et le fardeau ou le coût qu'il faudrait assumer pour le prévenir. En outre, on peut se fonder sur des indices externes de conduite raisonnable tels que l'usage, la pratique dans l'industrie concernée et les normes législatives ou réglementaires.

Les normes législatives sont pertinentes à l'égard de la norme de diligence en common law, mais leur portée ne coïncide pas nécessairement. Le fait qu'une loi prescrive ou interdise certaines activités peut contribuer à établir ce qui constitue une conduite raisonnable dans une situation donnée, mais cela n'éteint pas l'obligation sous-jacente d'agir de façon raisonnable. Voir *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. Ainsi, le fait qu'une personne manque à une loi n'entraîne pas automatiquement sa responsabilité civile; ce fait n'est qu'un élément de preuve tendant à établir la négligence. Voir, par exemple, *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131, au par. 36; *Saskatchewan Wheat Pool*, à la p. 225. De même, le seul fait que la loi ait été observée n'empêche pas en soi de conclure à la responsabilité civile. Voir Linden, *op. cit.*, à la p. 219. Cependant, les normes législatives peuvent être hautement pertinentes pour déterminer ce qui constitue une conduite raisonnable dans un cas particulier, et elles peuvent, en fait, rendre raisonnable un acte ou une omission qui, autrement, paraîtrait négligent. En conséquence, les tribunaux peuvent examiner le cadre législatif dans lequel les personnes et les sociétés doivent agir, tout en reconnaissant qu'il est impossible de se soustraire à l'obligation sous-jacente de diligence raisonnable simplement en s'acquittant de ses obligations légales.

The foregoing view, though generally accepted, has long been resisted in railway cases. For more than 90 years, railway companies have benefited from a "special rule" at common law which placed them in a privileged position within the law of negligence. As long as a railway complied with the requirements imposed upon it by applicable statutes, regulations and administrative orders, it was under no further obligation — absent extraordinary circumstances — to act in an objectively reasonable manner. This rule has usually been framed in terms of limiting the "duty of care" owed by railways to the public. It is more easily understood as limiting the standard of care which railways must meet under an existing legal duty. Either way, the effect of the rule was the same: it excused railway companies in most cases from the ordinary obligation of prudence which governs other members of society.

Bien que ce point de vue soit généralement accepté, on a pendant longtemps refusé de l'appliquer dans les affaires mettant en cause les entreprises ferroviaires. Depuis plus de 90 ans, les compagnies ferroviaires bénéficient d'une «règle spéciale» en common law qui les privilégie en matière de droit de la négligence. En effet, dans la mesure où elles se conforment aux obligations qui leur sont faites par les lois, règlements et ordonnances administratives applicables, les compagnies ferroviaires n'ont pas — en l'absence de circonstances extraordinaires — d'autre obligation que celle d'agir d'une manière objectivement raisonnable. On exprime généralement cette règle en disant qu'elle a pour effet de limiter l'«obligation de diligence» des compagnies ferroviaires envers le public. Elle est toutefois plus facile à saisir si on dit qu'elle réduit la norme de diligence à laquelle les compagnies ferroviaires doivent se conformer pour respecter une obligation légale existante. Sous l'une ou l'autre de ces approches, l'effet de la règle est le même: les compagnies ferroviaires sont, dans la plupart des cas, soustraites à l'obligation ordinaire de prudence qui incombe aux autres membres de la société. 30

The roots of the special rule reach back to the turn of the century, when railways occupied a position of unparalleled economic and social importance in the development of Canada. In *Grand Trunk Railway Co. v. McKay* (1903), 34 S.C.R. 81, this Court held that the safety measures prescribed by the *Railway Act* and the Board of Railway Commissioners were exhaustive, and railways could not be held liable for failing to take precautions beyond those requirements. The harshness of that doctrine was tempered somewhat by a separate line of cases, beginning with *Lake Erie & Detroit River Railway Co. v. Barclay* (1900), 30 S.C.R. 360, which held that in the event of exceptional danger or extraordinary conditions, a railway would be required to take greater safety measures than those officially prescribed. The *McKay* and *Barclay* doctrines have been combined in subsequent judgments to yield the current rule, which

L'origine de la règle spéciale remonte au début du siècle, époque où les entreprises ferroviaires ont joué un rôle d'une importance économique et sociale sans précédent dans le développement du Canada. Dans l'arrêt *Grand Trunk Railway Co. c. McKay* (1903), 34 R.C.S. 81, notre Cour a conclu que les mesures de sécurité imposées par la *Loi sur les chemins de fer* et la Commission des chemins de fer étaient exhaustives, et que les compagnies de chemin de fer ne pouvaient être jugées responsables parce qu'elles avaient omis de prendre des précautions dépassant ces exigences. La rigidité de cette théorie a été quelque peu atténuée par un courant jurisprudentiel distinct, qui a débuté avec l'arrêt *Lake Erie & Detroit River Railway Co. c. Barclay* (1900), 30 R.C.S. 360, dans lequel notre Cour a conclu que, en cas de danger exceptionnel ou de conditions extraordinaires, les entreprises ferroviaires étaient tenues de prendre des mesures de sécurité plus importantes que celles officiellement prescrites. Les principes exposés dans les arrêts *McKay* et *Barclay* ont été combinés dans des juge- 31

was restated by Dickson J. (as he then was) in *Paskivski*, *supra*, at pp. 698-99:

> A long line of cases . . . establishes that a railway company's duty of care to users of public crossings is limited to discharge of statutory obligations under the *Railway Act* . . . and compliance with orders of the Canadian Transport Commission — unless there are special or exceptional circumstances, in which event a common law duty of care will require additional precautions or safeguards.

32 This Court upheld the special rule in *Paskivski*, but it did so with reluctance. Dickson J. questioned the ongoing relevance of the rule at p. 708:

> The past seventy years have wrought many changes within Canada and today one might perhaps be inclined to question the relevance and validity of a rule of law which limits the common law duty of care of a railway to the special case or the exceptional case, particularly if those words are to receive a strict or narrow construction. It may well be that the interests of a young and undeveloped nation are best served by a minimum of impediment to industrial growth and economic expansion but in a more developed and populous nation this attitude of *laissez faire* may have to yield to accommodate the legitimate concern of society for other vital interests such as the safety and welfare of children.

Laskin C.J., concurring in the result reached by Dickson J., was even more pointed in his criticism of the rule, at pp. 689-90:

> . . . I am unable to appreciate why railway companies, in the conduct of their transportation operations, are today entitled to the benefit of a special rule, more favourable to them, by which their common law liability is to be gauged. When all allowances are made for the force and legal effect of the rules and regulations of the regulatory agency, the Canadian Transport Commission, to which railway companies are subject, and when the question of their liability turns on the common law of negligence, as is the case here, they cannot claim to be judged by any

ments ultérieurs et ont produit la règle actuelle, qui a été reformulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Paskivski*, précité, aux pp. 698 et 699:

> De nombreux précédents . . . ont établi que l'obligation d'une compagnie de chemin de fer d'user de précautions à l'égard des usagers des passages à niveau publics est restreinte à l'exécution des obligations statutaires prévues à la *Loi sur les chemins de fer* . . . et au respect des ordonnances rendues par la Commission canadienne des transports — sauf s'il existe des circonstances spéciales ou exceptionnelles. En ce cas une obligation de *common law* prescrit d'autres précautions ou mesures de sécurité.

Dans *Paskivski* notre Cour a confirmé, mais non sans réticence, la règle spéciale. Le juge Dickson a mis en doute la pertinence de maintenir cette règle, à la p. 708:

> Le Canada a beaucoup changé au cours des derniers soixante-dix ans et l'on pourrait être enclin aujourd'hui à mettre en doute la pertinence et la validité de la règle de droit qui restreint aux situations spéciales ou exceptionnelles l'obligation de prendre des précautions que le droit commun impose à une compagnie ferroviaire, surtout si ces mots doivent être interprétés rigoureusement ou restrictivement. Il se peut que les intérêts d'une jeune nation en voie de développement soient mieux servis en réduisant les obstacles à la croissance industrielle et à l'expansion économique, mais au sein d'une nation plus développée et populeuse, ce laisser-aller doit céder le pas à l'intérêt légitime qu'entretient la société à l'égard d'autres préoccupations fondamentales telles que la sécurité et le bien-être des enfants.

Souscrivant au dispositif du juge Dickson, le juge en chef Laskin a critiqué la règle de façon encore plus tranchante, aux pp. 689 à 690:

> . . . je ne puis comprendre pourquoi les compagnies ferroviaires, dans la gestion de leurs opérations de transport, jouissent aujourd'hui d'une règle spéciale qui leur est plus favorable et selon laquelle nous devons déterminer leur responsabilité civile. Lorsque l'on tient compte de l'application et de la portée des règlements émanant de l'organisme de contrôle, la Commission canadienne des transports, à laquelle les compagnies de chemin de fer sont assujetties, et lorsque la question de la responsabilité de celles-ci entraîne l'application du droit commun relatif à la négligence, comme c'est le cas en l'espèce, ces compagnies ne peuvent prétendre être jugées

different standards than those that apply to other persons or entities charged with liability for negligence.

The calls for reform expressed 24 years ago in *Paskivski* are more compelling today. The special status enjoyed by railway companies under the law of negligence can no longer be justified in principle and the time has come for that rule to be set aside. Although a doctrine of such long standing should not lightly be discarded, there is little to be gained from maintaining for its own sake a line of jurisprudence which has lost its relevance.

The Railways contend that the *McKay/Barclay* rule should be preserved in deference to the expertise of the Board (now the Canadian Transportation Agency) on matters of railway safety. That argument is unpersuasive. The orders of an administrative board may be relevant to the determination of reasonable behaviour in specific circumstances. However, as noted, such orders do not oust the underlying standard of reasonableness imposed by common law. A railway, like any other company or individual, is subject to generally applicable principles of negligence, and should not enjoy special protection when its actions or omissions cause harm to other members of society. See *Harris v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 151 (B.C.C.A.), at pp. 154-55.

It is useful to note that even when applying the *McKay/Barclay* rule, courts have implicitly recognized that statutory compliance cannot replace the common law standard of care, and can be accepted as a substitute for that standard only in certain circumstances. Thus, in "ordinary" cases, compliance with the statute has been held to exhaust the requirement of reasonable conduct; in "exceptional" cases, however, the statutory standard has been deemed "insufficient" and the common law has been retrieved to fill the gap. As

selon des critères différents de ceux qui s'appliquent aux autres personnes ou aux autres entités dont la responsabilité est retenue pour cause de négligence.

33 Les appels à la réforme lancés il y a 24 ans dans *Paskivski* sont encore plus impérieux aujourd'hui. Le traitement spécial dont jouissent les compagnies de chemin de fer en droit de la négligence ne peut plus se justifier au niveau des principes, et le temps est venu d'écarter cette règle. Bien qu'une doctrine appliquée depuis si longtemps ne puisse être mise de côté à la légère, il y a peu d'intérêt à maintenir, pour le principe, un courant jurisprudentiel qui a perdu sa pertinence.

34 Les compagnies ferroviaires soutiennent que la règle établie dans les arrêts *McKay* et *Barclay* doit être maintenue par déférence pour l'expertise de la Commission des Chemins de fer du Canada (maintenant l'Office des transports du Canada) en matière de sécurité ferroviaire. Cet argument n'est pas convaincant. Les ordonnances d'une commission administrative peuvent être pertinentes pour déterminer ce qui constitue une conduite raisonnable dans des circonstances particulières. Cependant, comme il a été souligné, de telles ordonnances n'ont pas pour effet d'écarter la norme sous-jacente du caractère raisonnable imposée par la common law. À l'instar de toute autre entreprise ou personne, les compagnies de chemin de fer sont assujetties aux principes généralement applicables en matière de négligence, et elles ne doivent pas jouir d'une protection spéciale lorsque leurs actes ou omissions causent un préjudice à d'autres membres de la société. Voir *Harris c. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 59 D.L.R. (4th) 151 (C.A.C.-B.), aux pp. 154 et 155.

35 Il est utile de souligner que, même lorsqu'ils ont appliqué la règle établie dans les arrêts *McKay* et *Barclay*, les tribunaux ont implicitement reconnu que l'observation de la loi ne pouvait remplacer la norme de diligence prévue par la common law, et qu'elle ne pouvait être substituée à cette dernière que dans certaines circonstances. En conséquence, dans des affaires «ordinaires», il a été statué que l'observation de la loi satisfaisait à l'exigence de la conduite raisonnable; dans des cas «exceptionnels», cependant, la norme législative a été jugée

Robertson C.J. stated for the Ontario Court of Appeal in *Anderson v. Canadian National Railway Co.*, [1944] O.R. 169, at p. 177:

> . . . under ordinary circumstances, the railway is permitted to carry on its usual operations in the normal way, at a highway level crossing, without other precautions and warnings than are prescribed by the Railway Act or by the Board, but if the operations are carried on in such a way, or are of such a character, that the public using the crossing is exposed to exceptional danger . . . or if there are exceptional circumstances . . . that render ineffective or insufficient the precautions and warnings generally prescribed, then, in such cases, it may be left to a jury to say whether or not the railway has been negligent in failing to adopt other measures for the protection of those who may use the crossing.

36 The problem with the *McKay/Barclay* rule was that instead of focusing the analysis on whether statutory compliance by the railway was reasonable in the circumstances, it assumed that step as a matter of law and forced the plaintiff to rebut the presumption. See, e.g., *Richardson v. Surrey (Dist.)* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 210 (B.C.C.A.), at p. 214. With the abolishment of the special rule, the correct principles can now be stated more clearly. Compliance with a statutory standard of care does not abrogate or supersede the obligation to comply with the common law standard of care. The requirements are concurrent, and each carries its own penalty for breach. However, in appropriate circumstances, compliance with statutory standards may entirely satisfy the common law standard of care and thus absolve a defendant of liability in negligence. See *Bux v. Slough Metals Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 262 (C.A.).

37 This approach is consistent with the holding in *Canadian National Railway Co. v. Vincent*, [1979] 1 S.C.R. 364. Although *Vincent* arose in the con-

«insuffisante» et on a fait appel à la common law pour combler cette lacune. Comme l'a dit le juge en chef Robertson au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Anderson c. Canadian National Railway Co.*, [1944] O.R. 169, à la p. 177:

> [TRADUCTION] . . . dans des circonstances ordinaires, la compagnie de chemin de fer est autorisée à faire ses opérations habituelles de la façon normale, à un passage à niveau, sans prendre d'autres précautions ou donner d'autres avertissements que ceux qui sont prescrits par la Loi sur les chemins de fer ou par la Commission, mais si les opérations sont effectuées de telle façon ou sont de nature telle que le public utilisant le passage est exposé à un danger exceptionnel [. . .], ou encore s'il existe des circonstances exceptionnelles [. . .] qui rendent inefficaces ou insuffisantes les précautions et les avertissements généralement prescrits, en pareils cas, on peut laisser au jury le soin de dire si la compagnie de chemin de fer a été négligente en omettant de prendre des mesures additionnelles pour la protection de ceux qui peuvent utiliser le passage.

Le problème que pose la règle établie dans les arrêts *McKay* et *Barclay* découlait du fait que, au lieu d'axer l'analyse sur la question de savoir si, dans les circonstances, l'entreprise ferroviaire avait agi raisonnablement en observant la loi, on le présumait en droit, contraignant ainsi le demandeur à réfuter cette présomption. Voir, par exemple, *Richardson c. Surrey (Dist.)* (1990), 43 B.C.L.R. 210 (C.A.C.-B.), à la p. 214. L'abolition de la règle spéciale permet d'énoncer plus clairement les principes qu'il convient d'appliquer. L'observation d'une norme de diligence d'origine législative n'a pas pour effet d'abroger ni ne remplacer l'obligation de respecter la norme de diligence prévue par la common law. Il s'agit d'obligations concomitantes, comportant chacune sa propre sanction en cas de manquement. Toutefois, il est possible que, dans des circonstances appropriées, l'observation de normes législatives satisfasse entièrement à la norme de diligence prévue par la common law et dégage donc le défendeur de toute responsabilité fondée sur la négligence. Voir *Bux c. Slough Metals Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 262 (C.A.).

Cette approche est compatible avec la décision rendue dans *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*, [1979] 1 R.C.S. 364.

text of Quebec civil law, the reasoning of Pratte J. in that case is instructive, particularly since the common law standard of care is analogous to the requirement of reasonable prudence under the *Civil Code*. The facts in *Vincent* were straightforward. A child was struck by a train while riding her bicycle on a railway crossing in a densely populated area. It was undisputed that the railway had complied with all relevant safety measures prescribed by statute and regulations. The issue was whether the railways should have taken additional precautions in the circumstances of the case. Pratte J. stated at pp. 372-73:

> It must be said at the outset that, under the verdict, appellant is not held liable by reason of any breach of the *Railway Act* . . . or of the regulations of the Canadian Transport Commission. The issue is rather whether appellant can be found guilty of negligence under . . . [the *Civil Code*], although it complied with all the special statutory and regulatory provisions to which it is subject. The special provisions governing appellant certainly do not have the effect of exempting it from the ordinary law of civil liability. Savatier in *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Vol. 1, No. 181, at p. 225, said the following on this point:
>
> [TRANSLATION] 181. Fault despite compliance with regulations.
>
> When the regulatory authority intervenes to prescribe certain safeguards, it does so in the interest of third parties, not to their detriment. Except where otherwise provided, the precautions it is prescribing must therefore be viewed as being in no way exhaustive, and as not preventing those subject to the regulation from being also bound, apart from it, by any other obligations to exercise prudence.

Additional support for this view can be found in s. 367(4) of the *Railway Act* which provides:

> **367.** . . .
>
> (4) No inspection under or by the authority of this Act . . . and nothing in this Act . . . and nothing done, ordered, directed, required or provided for, or omitted to be done . . . under or by virtue of this Act . . . shall,

Même s'il s'agissait d'une affaire de droit civil du Québec, l'analyse du juge Pratte est instructive, en particulier parce que la norme de diligence prévue par la common law est analogue à l'obligation de prudence raisonnable du *Code civil*. Les faits de cette affaire étaient simples. Une enfant avait été frappée par un train en franchissant à bicyclette un passage à niveau situé dans un secteur à forte densité de population. Il n'était pas contesté que la compagnie de chemin de fer avait pris toutes les mesures de sécurité utiles prescrites par la loi et son règlement d'application. La question en litige était de savoir si la compagnie de chemin de fer en cause aurait dû prendre des précautions supplémentaires dans les circonstances de l'affaire. Le juge Pratte a dit ceci, aux pp. 372 et 373:

> Il faut dire dès maintenant que le verdict ne reproche à l'appelante aucune violation de la *Loi sur les chemins de fer* . . . ou des ordonnances de la Commission canadienne des transports. Il s'agit plutôt de savoir si l'appelante, même si elle a observé toutes les prescriptions statutaires ou réglementaires spéciales auxquelles elle est assujettie ne s'est pas néanmoins rendue coupable de négligence au sens [du *Code civil*]. Les dispositions particulières qui régissent l'appelante n'ont certes pas pour effet de la soustraire au régime de droit commun en matière de responsabilité civile. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 1, nº 181, à la p. 225, s'exprime comme suit sur ce point:
>
> 181. La faute en dépit de l'observation des règlements.
>
> Quand l'autorité réglementaire intervient pour prescrire certaines mesures de précaution, elle le fait dans l'intérêt des tiers, et non pas à leur préjudice. Sauf disposition contraire du texte, on doit donc considérer que les précautions qu'elle prescrit ne sont nullement limitatives, et n'empêchent pas les personnes soumises au règlement d'être également tenues, en dehors de lui, de toutes autres obligations de prudence.

Ce point de vue est également étayé par le par. 367(4) de la *Loi sur les chemins de fer*, qui est ainsi rédigé: 38

> **367.** . . .
>
> (4) Nulle inspection faite sous le régime ou sous l'autorité de la présente loi [. . .] et rien de ce qui a été fait, ordonné ou commandé, ou exigé ou prescrit, non plus que nulle omission de faire, d'ordonner ou de comman-

except in so far as a compliance with the Act in question or with the order, direction, requirement or provision, constitutes a justification for what would otherwise be wrongful, relieve . . . any company of or from, or in any way diminish or affect, any liability or responsibility resting on it by law . . . for anything done or omitted to be done by that company, or for any wrongful act, negligence, default, misfeasance, malfeasance or nonfeasance of that company.

der, d'exiger ou de prescrire [. . .] en vertu de [la présente loi], sauf en tant que l'observation de la loi ou de quelque ordonnance, ordre, prescription ou disposition constitue une justification de ce qui autrement serait répréhensible, ne soustrait [. . .] une compagnie à quelque obligation ou responsabilité que la loi lui impose, ni de façon à amoindrir ou atteindre de quelque manière cette obligation ou responsabilité [. . .] par suite de quelque action ou omission de la part de cette compagnie, ou pour quelque tort, négligence ou défaut, abus d'autorité, acte illégal ou non-exécution de la part de cette compagnie.

Section 367(4) confirms that compliance with statutory standards does not normally exhaust a railway's obligations under principles of negligence. See *Vincent*, *supra*, at p. 373. A railway is presumptively bound by the common law, subject only to those situations where compliance with the statute or regulations provides "a justification for what would otherwise be wrongful". Like any exculpatory provision limiting common law rights, that passage should be narrowly construed. In the absence of a clear indication to the contrary, compliance with statutory standards should not be viewed as excusing a railway's obligation to take whatever precautions are reasonably required in the circumstances.

Le paragraphe 367(4) confirme que, normalement, l'observation de normes législatives ne soustrait pas une compagnie ferroviaire aux obligations qui lui incombent en vertu des principes de la négligence. Voir *Vincent*, précité, à la p. 373. Une entreprise ferroviaire est réputée liée par la common law, sauf dans les cas où l'observation de la loi ou des règlements fournit «une justification de ce qui autrement serait répréhensible». Comme toute autre disposition exonératoire limitant des droits reconnus par la common law, ce passage doit être interprété strictement. En l'absence d'indication claire à l'effet contraire, l'observation de normes législatives ne peut être considérée comme ayant pour effet d'écarter l'obligation qu'a une compagnie ferroviaire de prendre toutes les précautions qui s'imposent dans les circonstances.

39 The weight to be accorded to statutory compliance in the overall assessment of reasonableness depends on the nature of the statute and the circumstances of the case. It should be determined whether the legislative standards are necessarily applicable to the facts of the case. Statutory compliance will have more relevance in "ordinary" cases — i.e., cases clearly within the intended scope of the statute — than in cases involving special or unusual circumstances. See *Paskivski*, *supra*, and *Anderson*, *supra*. It should also be determined whether the legislative standards are specific or general, and whether they allow for discretion in the manner of performance. It is a well-established principle that an action will lie against any party, public or private, "for doing that which the legislature has authorized, if it be done negligently". See *Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430 (H.L.), at

Le poids qu'il convient d'accorder à l'observation de la loi dans l'appréciation globale du caractère raisonnable des mesures prises dépend de la nature de la loi en cause et des circonstances de l'affaire. Il faut déterminer si les normes législatives s'appliquent nécessairement aux faits de l'affaire. L'observation de la loi sera un élément plus pertinent dans les affaires «ordinaires» — c.-à-d. les affaires qui relèvent clairement du champ d'application visé par la loi — que dans celles comportant des circonstances spéciales ou inhabituelles. Voir les arrêts *Paskivski* et *Anderson*, précités. Il faut également déterminer si les normes législatives sont de nature particulière ou générale, et si elles accordent un certain pouvoir discrétionnaire quant aux modalités d'exécution. Suivant un principe bien établi, des poursuites peuvent être intentées contre toute partie, publique ou privée, [TRADUCTION] «qui fait montre de négligence dans

pp. 455-56; see also *Kamloops*, *supra*, at p. 11, and *Just*, *supra*, at p. 1245. It follows that a party acting under statutory authority must still take such precautions as are reasonable within the range of that authority to minimize the risks which may result from its actions. See *Tock*, *supra* (applying similar principles in the nuisance context).

Where a statute authorizes certain activities and strictly defines the manner of performance and the precautions to be taken, it is more likely to be found that compliance with the statute constitutes reasonable care and that no additional measures are required. By contrast, where a statute is general or permits discretion as to the manner of performance, or where unusual circumstances exist which are not clearly within the scope of the statute, mere compliance is unlikely to exhaust the standard of care. This approach strikes an appropriate balance among several important policies, including deference to legislative determinations on matters of railway safety, security for railways which comply with prescribed standards, and protection for those who may be injured as a result of unreasonable choices made by railways in the exercise of official authority.

3. Application to the Case at Bar

The first question is whether the Railways owed the appellant a duty of care. The Store Street tracks ran down the centre of an urban street, in direct proximity to the public. It was plainly foreseeable that carelessness by the Railways with respect to those tracks could cause injury to users of the street. Accordingly, a *prima facie* duty of care arose under the first step of the *Anns/Kamloops* test. See *Harris*, *supra*, at p. 155. Turning to the second step of the test, the Railways have not identified any legislative or judicial policies which

l'accomplissement d'un acte autorisé par le législateur». Voir *Geddis c. Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App. Cas. 430 (H.L.), aux pp. 455 et 456; voir également *Kamloops*, précité, à la p. 11, et *Just*, précité, à la p. 1245. Il s'ensuit que la partie qui agit en vertu d'une autorisation du législateur doit néanmoins prendre les précautions raisonnables dans les limites de cette autorisation afin de réduire au minimum les risques susceptibles de résulter de ses actes. Voir *Tock*, précité (pour l'application de principes analogues dans le contexte de la nuisance).

Lorsqu'une loi autorise certaines activités et définit strictement les modalités d'exécution qui doivent être suivies et les précautions qui doivent être prises, il est probable que l'on conclue que l'observation de cette loi vaut diligence raisonnable et qu'aucune autre mesure supplémentaire n'est requise. Par contraste, lorsqu'il s'agit d'une loi de nature générale ou qui accorde un certain pouvoir discrétionnaire quant aux modalités d'exécution, ou encore lorsqu'il existe des circonstances inhabituelles qui ne relèvent pas clairement du champ d'application de la loi, il est peu probable que la simple observation de celle-ci satisfasse à la norme de diligence applicable. Cette approche établit un juste équilibre entre plusieurs principes importants, notamment le respect des décisions du législateur en matière de sécurité ferroviaire, la protection des entreprises ferroviaires qui satisfont aux normes prescrites et la protection des personnes qui subissent un préjudice résultant de choix déraisonnables faits par ces entreprises dans l'exercice d'une autorisation officielle. 40

3. L'application au présent cas

La première question en litige est de savoir si les compagnies ferroviaires avaient une obligation de diligence envers l'appelant. La voie ferrée de la rue Store occupait le centre d'une artère urbaine, à proximité immédiate du public. Il était clairement prévisible qu'un manque de diligence des compagnies ferroviaires à l'égard de cette voie ferrée pourrait causer un préjudice aux usagers de la rue. En conséquence, les compagnies ferroviaires avaient une obligation de diligence *prima facie* suivant le premier volet du critère établi dans les 41

would negate that duty or limit it. As noted, the authorities relied upon by the Railways concern the manner of carrying out a specific activity, and do not purport to limit civil liability. Those regulations do not affect the existence of a duty of care.

42 The standard of care required of the Railways was that of a prudent and reasonable person in the circumstances, having regard to all relevant factors including applicable statutes and regulations. It is undisputed that the Railways complied with certain safety standards prescribed in regulations and Board orders. The question is whether such compliance satisfied the requirement of objective reasonableness in this case and absolved the Railways of liability for the appellant's injury.

43 At the outset, it should be noted that the location of the Store Street tracks does not, by itself, give rise to liability. The construction of a branch line on an urban street inevitably creates a risk to the public. When a party is specifically authorized to create that risk, compliance with such authority cannot be negligent. There is negligence only if, in the performance of the authorized activity, the party creates a risk that is objectively unreasonable in the circumstances. The construction of the Store Street tracks was authorized by the Board in 1908 on the basis of a detailed plan and profile, and the location of the tracks was reapproved in 1927. Pursuant to s. 223 of the *1906 Railway Act*, those orders could not have issued unless the Board was "satisfied that the branch line [was] necessary in the public interest or for the purpose of giving increased facilities to business". It cannot be said that it was unreasonable for the Railways to

arrêts *Anns* et *Kamloops*. Voir *Harris*, précité, à la p. 155. En ce qui concerne le deuxième volet du critère, les compagnies ferroviaires n'ont pu indiquer aucun principe législatif ou jurisprudentiel écartant ou limitant cette obligation. Comme il a été souligné précédemment, les textes invoqués par les compagnies ferroviaires traitent des modalités d'exécution d'une activité particulière et ne visent pas à limiter la responsabilité civile. Ces dispositions réglementaires n'ont aucune incidence sur l'existence même d'une obligation de diligence.

La norme de diligence à laquelle étaient tenues les compagnies ferroviaires était celle d'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances, compte tenu de tous les facteurs pertinents, y compris les lois et règlements applicables. Il n'est pas contesté que les compagnies ferroviaires ont observé certaines normes de sécurité prescrites par les règlements et les ordonnances de la Commission. La question est de savoir si cette observation a permis de respecter l'obligation de conduite objectivement raisonnable en l'espèce, et si elle a dégagé les compagnies ferroviaires de toute responsabilité à l'égard des blessures subies par l'appelant.

Il convient d'abord de souligner que l'emplacement de la voie ferrée de la rue Store n'engage pas en soi la responsabilité des compagnies ferroviaires. La construction d'une ligne secondaire dans une artère urbaine crée inévitablement un risque pour le public. Lorsqu'une partie est expressément autorisée à créer un tel risque, le fait de se conformer à cette autorisation ne saurait constituer de la négligence. Il y a négligence seulement si, dans l'accomplissement de l'activité autorisée, la partie en cause crée un risque objectivement déraisonnable dans les circonstances. La construction de la voie ferrée de la rue Store a été autorisée par la Commission en 1908 sur la base d'un plan et d'un profil détaillés, et l'emplacement de la voie a été approuvé de nouveau en 1927. Aux termes de l'art. 223 de la *Loi sur les chemins de fer de 1906*, ces ordonnances n'auraient pas été prises si la Commission n'avait pas été «d'avis que l'embranchement [était] nécessaire dans l'intérêt public ou pour donner plus de facilités aux affaires». Il est

comply with those orders by constructing the tracks in the manner authorized.

impossible de prétendre qu'il était déraisonnable pour les compagnies ferroviaires de se conformer à ces ordonnances et de construire la voie ferrée de la manière autorisée.

The real issue is whether the Railways were negligent with respect to the dimensions of the flangeways on Store Street. In particular, it must be determined whether the Railways acted unreasonably by enlarging the flangeways to a width of nearly four inches in 1982, and by failing to install flange fillers at any time prior to the appellant's accident. This issue has to do with the minimization of risk, and is separate from the Railways' undisputed duty to warn the public of the inevitable hazard created by the tracks.

44 La véritable question litigieuse est de savoir si les compagnies ferroviaires ont été négligentes en ce qui concerne les dimensions des ornières de la voie ferrée de la rue Store. En particulier, il faut déterminer si les compagnies ferroviaires ont agi de façon déraisonnable lorsqu'elles ont porté la largeur des ornières à près de quatre pouces en 1982 et lorsqu'elles ont omis d'utiliser des entretoises d'ornières avant l'accident de l'appelant. Cette question porte sur la réduction au minimum du risque, et elle est distincte de l'obligation incontestable qu'ont les compagnies ferroviaires d'avertir le public du danger inévitable que crée la voie ferrée.

The Railways have cited two sets of authorities in support of their contention that they acted reasonably with respect to the flangeways. First, they submit that the method which they used to construct the flangeways in 1982 — flangerail on its side — is the standard design for flangeways at "highway crossings", as confirmed by Board Order No. 9729 dated February 29, 1910. Accordingly, they contend that they were under no obligation to employ a different method or to use different construction materials, such as flange fillers. Second, they submit that the width of the flangeways on Store Street was within the allowable range for a "railway-highway crossing at grade" as defined in s. 6 of General Order No. E-4. That provision states:

45 Les compagnies ferroviaires ont cité deux textes pour étayer leur prétention selon laquelle elles ont agi raisonnablement en ce qui concerne les ornières. Premièrement, elles soutiennent que la méthode qu'elles ont utilisée pour construire les ornières en 1982 — des rails à ornières reposant sur leur côté — est la méthode acceptée de construction des ornières aux «croisements de voies publiques», comme le confirme l'Ordonnance nº 9729 de la Commission datée du 29 février 1910. En conséquence, elles affirment qu'elles n'avaient aucune obligation d'utiliser une autre méthode ou des matériaux de construction différents, telles des entretoises d'ornières. Deuxièmement, elles prétendent que la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store respectait la fourchette autorisée à l'égard des «passages à niveau au croisement d'un chemin de fer et d'une voie publique», définie à l'art. 6 de l'Ordonnance générale nº E-4. Cet article est ainsi rédigé:

6. A space not more than three inches deep and not less than two and one-half inches wide nor more than four and three-quarters inches wide shall be provided between the gauge side of the running rail and the planking and/or other road surface, as the case may be.

[TRADUCTION] 6. Un espace d'au plus trois pouces de profondeur sur une largeur d'au moins deux pouces et demi et d'au plus quatre pouces et trois-quarts sera ménagé entre la face intérieure du rail de roulement et le planchéiage et/ou autre revêtement, selon le cas.

A similar requirement appears in metric form in s. 7 of CTC 1980-8 Rail:

> 7. A flangeway with a width of between 65 mm and 120 mm to a depth of between 50 mm and 75 mm shall be provided between the gauge side of the running rail and the highway surface.

In the submission of the Railways, the foregoing authorities were applicable to the entire Store Street track, and defined the standard of care which was required. Because they complied with that standard, the Railways contend that their conduct was reasonable. The Court of Appeal agreed and reversed the trial judge's finding of negligence with respect to the flangeways.

46 In my view, the Railways' compliance with the cited authorities did not exhaust the requisite standard of care in this case, for two reasons. First, those authorities were not directly applicable to the circumstances, and second, they allowed for significant discretion in the manner of performance. These points will be addressed in turn.

(i) *Relevance to the Circumstances of this Case*

47 The authorities relied upon by the Railways apply to "highway crossings". A typical crossing involves the intersection of a railway and a highway at a single point, usually at a right angle. It does not follow that the standards prescribed for such crossings are also applicable to situations where, as here, a length of railway track is carried along an urban street for several blocks. The evidence in the record is inconclusive on the definition of a "crossing". The *Railway Act* provides, under the title "*Highway Crossings, etc.*", that a railway "may . . . be carried upon, along or across an existing highway. . .". See, e.g., *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 196(1). On the other hand, Board Order No. 38682 (January 18, 1927) stated that only the "crossing of Chatham Street" should comply with regulations governing "highway crossings", suggesting that the remainder of the

Une exigence similaire est formulée en unités métriques à l'art. 7 du CCT 1980-8 RAIL:

> 7. Une ornière de passage des boudins d'une largeur de 65 mm à 120 mm et d'une profondeur de 50 mm à 75 mm doit être ménagée entre la face intérieure du rail de roulement et la surface de la voie publique.

Les compagnies ferroviaires ont fait valoir que ces textes s'appliquaient à toute la voie ferrée de la rue Store et définissaient la norme de diligence à respecter. Puisqu'elles se sont conformées à cette norme, les compagnies ferroviaires prétendent que leur conduite a été raisonnable. La Cour d'appel a accepté ces arguments et infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les compagnies ferroviaires avaient été négligentes en ce qui concerne les ornières.

À mon avis, le fait que les compagnies ferroviaires se soient conformées aux textes cités n'a pas satisfait à l'obligation de diligence applicable en l'espèce, et ce pour deux raisons. Premièrement, ces textes ne s'appliquaient pas directement aux circonstances de l'espèce et, deuxièmement, ils accordaient un pouvoir discrétionnaire appréciable à l'égard des modalités d'exécution. Ces deux points vont être examinés à tour de rôle.

(i) *La pertinence eu égard aux circonstances du présent cas*

Les textes invoqués par les compagnies ferroviaires s'appliquent aux «croisements de voies publiques». Le croisement type est formé par l'intersection, habituellement à angle droit, d'une voie ferrée et d'une voie publique en un point donné. Il ne s'ensuit pas que les normes prescrites pour la construction de tels croisements s'appliquent également aux cas où, comme en l'espèce, un bout de voie ferrée occupe le centre d'une artère urbaine sur une distance de plusieurs pâtés de maisons. La preuve versée au dossier n'est pas concluante en ce qui concerne la définition de «croisement». La *Loi sur les chemins de fer* indique, sous l'intertitre «Croisements de voies publiques», qu'un chemin de fer «peut [. . .] passer sur une voie publique existante et la longer ou la croiser . . .». Voir, par exemple, le par. 196(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2. Par contre, dans l'Or-

Store Street line was not a crossing and was not subject to such regulations. General Order No. E-4 and CTC 1980-8 Rail provide that a "crossing" is "any railway crossing of a highway at grade or any highway crossing of a railway at grade". The diagrams accompanying those regulations show an ordinary crossing at a perpendicular angle.

The Railways submitted that because the cited regulations are not expressly limited to "typical" crossings, they should presumptively apply to all situations in which a railway runs across or along a street at grade. That argument misses the point. It is the common law standard of care which is presumed to apply. If a regulatory standard is shown to govern a particular situation, it may be accepted as a reasonable substitute for the common law in that case. However, the regulation must be clearly applicable to a particular circumstance. To borrow the language of the "special rule" cases, the situation must be "ordinary" rather than "special or exceptional". See *Anderson*, *supra*, and *Paskivski*, *supra*.

Regardless of whether the Store Street line can be construed as a "crossing", it is obviously not a crossing in any ordinary or typical sense. The Railways' witness, Mr. Palasz, conceded during cross-examination that the Store Street tracks are unlike other highway crossings and are not specifically provided for under existing regulatory standards:

Q. What standards are applied to tracks that run down urban streets as in Store Street?

donnance nº 38682 de la Commission (18 janvier 1927) précisait que seul le [TRADUCTION] «croisement de la rue Chatham» devait être conforme au règlement régissant les «croisements de voies publiques», ce qui laissait entendre que le reste de la voie ferrée de la rue Store ne constituait pas un croisement et n'était pas assujetti à ce règlement. Aux termes de l'Ordonnance générale nº E-4 et du CCT 1980-8 RAIL, le terme «croisement» s'entend de «tout croisement à niveau d'une voie publique et d'une voie ferrée». Les diagrammes accompagnant ces règlements représentent un croisement ordinaire à angle droit.

48 Les compagnies ferroviaires ont soutenu que parce que le règlement cité ne se limite pas expressément aux croisements «typiques», il faut présumer qu'ils s'appliquent dans tous les cas où une voie ferrée traverse ou longe à niveau une rue. Cet argument ne répond pas à la question. C'est la norme de diligence prévue par la common law qui est réputée s'appliquer. S'il est établi qu'une norme réglementaire régit une situation particulière, elle peut être considérée comme une solution de rechange raisonnable à la common law dans un tel cas. Cependant, le règlement doit clairement s'appliquer à une circonstance particulière. Pour emprunter le langage des décisions qui ont appliqué la «règle spéciale», il doit s'agir d'une situation «ordinaire» plutôt que d'une situation «spéciale ou exceptionnelle». Voir les arrêts *Anderson* et *Paskivski*, précités.

49 Que la voie ferrée de la rue Store puisse ou non être considérée comme un «croisement», il ne s'agit manifestement pas d'un croisement au sens ordinaire ou habituel de ce terme. Le témoin des compagnies ferroviaires, M. Palasz, a reconnu en contre-interrogatoire que la voie ferrée de la rue Store était différente d'autres croisements de voies publiques et qu'elle n'était pas visée expressément par les normes réglementaires présentement en vigueur:

[TRADUCTION]

Q. Quelles sont les normes appliquées aux voies ferrées qui parcourent des artères urbaines, comme c'est le cas sur la rue Store?

A. I think Store Street is unique. It is the only track that I know that does run down an urban street. I know there are some others but it's the only one that I've been involved with.

Q. So does CP Rail have any standards that are applicable to tracks that run parallel and down urban streets?

A. None that I'm aware of.

. . .

Q. So, the best you can do, as I understand it then, is to try and adapt the standard practice circular that relates to crossings to the situation on Store Street? Is that my understanding of what you were trying to do?

A. We didn't really have any other specifications to adhere to, so we did take it as a crossing.

Q. So you tried to adapt the crossing standards to the situation on Store Street; do I understand you correctly?

A. Yes, we used it as a crossing at grade standard, yes.

As the trial judge noted, there are important practical differences between a railway line which cuts across traffic at a right angle and one which runs down the centre of a street. In particular, the danger posed by flangeways to riders of motorcycles and bicycles is far greater when those riders must travel alongside the gap for four blocks than when they cross over it once at a steep angle. A regulatory standard which is reasonable in the second situation may be wholly inappropriate in the first. Accordingly, the standards for flangeway widths defined in General Order No. E-4 and CTC 1980-8 Rail are not definitive of the standard of care in this case.

(ii) *Discretion Under the Regulations*

50 Even if the standards for "railway-highway crossing" regulations do apply to the Store Street

R. Je crois que le cas de la rue Store est unique. Il s'agit de la seule voie ferrée que je connaisse qui parcourt effectivement une artère urbaine. Je sais qu'il en existe quelques autres, mais c'est la seule que je connaisse.

Q. Le CP a-t-il des normes applicables aux voies ferrées qui longent et parcourent des artères urbaines?

R. Pas que je sache.

. . .

Q. Ainsi, le mieux que vous pouvez faire, si je comprends bien, c'est d'essayer d'adapter la notice technique traitant des croisements au cas de la rue Store? Est-ce bien ce qu'on essayait de faire?

R. Comme nous ne disposions pas vraiment d'autre devis à respecter, nous l'avons traité comme s'il s'agissait d'un croisement.

Q. Vous avez donc essayé d'adapter les normes applicables aux croisements au cas de la rue Store, si je vous comprends bien?

R. Oui, nous les avons utilisées comme s'il s'agissait de normes applicables aux passages à niveau, c'est cela.

Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, il existe des différences importantes sur le plan pratique entre une voie ferrée qui coupe la circulation à angle droit et une voie ferrée qui court au centre d'une rue. En particulier, le danger que présentent les ornières pour les motocyclistes et les cyclistes est beaucoup plus grand lorsque ceux-ci doivent longer l'espace qui sépare la voie ferrée de la chaussée sur une distance de quatre pâtés de maisons que lorsqu'ils ne la franchissent qu'une seule fois, à angle droit ou presque. Il est possible qu'une norme réglementaire raisonnable dans la deuxième situation ne convienne pas du tout dans la première. Par conséquent, les normes applicables à la largeur des ornières précisées par l'Ordonnance générale nº 4 et le CCT 1980-8 RAIL ne sauraient définir la norme de diligence applicable en l'espèce.

(ii) *Le pouvoir discrétionnaire prévu par les dispositions réglementaires*

Même si les normes applicables à l'égard des règlements régissant les «croisements d'une route

tracks, the Railways' compliance with those standards did not necessarily constitute reasonable conduct in the circumstances. General Order No. E-4 and CTC 1980-8 Rail provide that a flangeway may be as narrow as 2.5 inches (65 millimetres) or as wide as 4.75 inches (126 millimetres). The decision to construct a flangeway at a particular width within that range was a matter left to the discretion of the Railways. In exercising that discretion, they were bound by the common law and were required to take all reasonable steps to minimize foreseeable harm. It cannot be presumed that the entire range would be reasonably safe in all conditions. Indeed, the existence of a range instead of a uniform standard suggests that the appropriate width for a flangeway depends in part on the particular facts. The flangeways installed by the Railways in 1982 were between 3.75 and 3.94 inches wide. Had they been narrower by half an inch, the accident at issue in this case would not have occurred. The Railways' decision with respect to that half-inch raises an issue of reasonableness, not of regulatory compliance.

et d'une voie ferrée» s'appliquent effectivement à la voie ferrée de la rue Store, l'observation de ces normes par les compagnies ferroviaires ne constituait pas nécessairement une conduite raisonnable dans les circonstances. L'Ordonnance générale nº 4 et le CCT 1980-8 RAIL précisent que la largeur d'une ornière peut varier de 2,5 pouces (65 millimètres) à 4,75 pouces (126 millimètres). La décision de construire une ornière dont la largeur se situait entre ce minimum et ce maximum était laissée à la discrétion des compagnies ferroviaires. En exerçant ce pouvoir discrétionnaire, les compagnies ferroviaires étaient liées par les règles de la common law et devaient prendre toutes les mesures raisonnables afin de réduire au minimum le risque qu'un préjudice prévisible survienne. Il est impossible de présumer que toutes les largeurs comprises dans cette fourchette sont raisonnablement sécuritaires dans toutes les circonstances. De fait, l'existence même de cette fourchette au lieu d'une valeur uniforme tend à indiquer que la largeur appropriée pour une ornière dépend en partie des faits propres à chaque cas. La largeur des ornières installées par les compagnies ferroviaires en 1982 variait de 3,75 à 3,94 pouces. Si elle avait été inférieure d'un demi-pouce, l'accident en cause dans la présente affaire ne serait pas survenu. La décision des compagnies ferroviaires relativement à ce demi-pouce soulève la question du caractère raisonnable de leur conduite et non celle de l'observation de la réglementation.

(iii) *Application of the Common Law Standard of Care*

(iii) *L'application de la norme de diligence prévue par la common law*

The trial judge correctly held that the Railways were subject to the common law standard of care. In applying that standard, he noted that the Railways have been aware of the risks associated with the flangeways on Store Street for some time. In particular, he found that the Railways knew or should have known of at least three other accidents between 1982 and 1986 which involved the flangeways and two-wheeled vehicles. On the basis of all the evidence adduced, he concluded as follows (at pp. 197-98):

Le juge de première instance a à bon droit statué que les compagnies ferroviaires étaient assujetties à la norme de diligence prévue par la common law. Il a souligné que, lorsqu'elles ont appliqué cette norme, les compagnies ferroviaires connaissaient depuis un certain temps déjà le risque que créaient les ornières de la rue Store. En particulier, il a conclu que les compagnies ferroviaires savaient ou auraient dû savoir qu'au moins trois autres accidents impliquant ces ornières et des véhicules à deux roues s'étaient produits entre 1982 et 1986. Sur le fondement de l'ensemble de la preuve présentée, il a conclu ainsi (aux pp. 197 et 198): 51

In the case at bar, the defendant Railways ought to have built the flangeways either at the minimum allowable width or with some form of flange filler. It was not enough to proceed on the basis that so long as their flangeways were durable and did not exceed the maximum regulatory standards . . . their neighbours must endure the consequent injuries arising from their "preferred" construction choice.

. . .

Because of the hazard created and the remedial measures available to the defendant Railways, I find the defendant Railways were obliged to take precautions over and above those mandated by statute and regulation. This they failed to do.

In the result, I find that the defendant Railways were negligent.

The trial judge's conclusion is consistent with the principles stated above. It was a proper exercise of his role as the finder of fact, and it should not have been disturbed by the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is allowed with respect to the claim of negligence against the Railways.

B. *Did the Flangeways on Store Street Give Rise to Liability for Public Nuisance?*

52 The doctrine of public nuisance appears as a poorly understood area of the law. "A public nuisance has been defined as any activity which unreasonably interferes with the public's interest in questions of health, safety, morality, comfort or convenience": see *Klar*, *supra*, at p. 525. Essentially, "[t]he conduct complained of must amount to . . . an attack upon the rights of the public generally to live their lives unaffected by inconvenience, discomfort or other forms of interference": See G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada*, vol. I (1989), at p. 168. An individual may bring a private action in public nuisance by pleading and proving special damage. See, e.g., *Chessie v. J. D. Irving Ltd.* (1982), 22 C.C.L.T. 89 (N.B.C.A.). Such actions commonly involve allegations of unreasonable interference with a public right of

[TRADUCTION] En l'espèce, les compagnies ferroviaires défenderesses auraient dû construire des ornières de la largeur minimale autorisée ou encore y insérer une sorte d'entretoise. Il n'était pas suffisant d'agir en partant du principe que, dans la mesure où les ornières étaient durables et n'excédaient pas les normes réglementaires [. . .] les personnes se trouvant à proximité doivent supporter les blessures découlant de la méthode de construction «préférée» [des compagnies ferroviaires].

. . .

Vu le danger créé et les mesures correctrices que pouvaient prendre les compagnies ferroviaires défenderesses, j'estime que celles-ci avaient l'obligation de prendre des précautions supérieures à celles prescrites par la loi et le règlement. Elles ont omis de le faire.

En conséquence, j'estime que les compagnies ferroviaires défenderesses ont été négligentes.

La conclusion du juge de première instance est compatible avec les principes énoncés plus tôt. C'est à bon droit qu'il l'a tirée en sa qualité de juge des faits, et la Cour d'appel n'aurait pas dû l'infirmer. Par conséquent, le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le moyen de négligence invoqué contre les compagnies ferroviaires.

B. *Les ornières de la voie ferrée de la rue Store étaient-elles une source de responsabilité pour cause de nuisance publique?*

La théorie de la nuisance publique semble être un domaine de droit qui est mal compris. [TRADUCTION] «L'expression nuisance publique a été définie comme étant toute activité qui porte atteinte de façon déraisonnable à l'intérêt du public relativement à des questions de santé, sécurité, moralité, confort ou commodité»; voir *Klar*, *op. cit.*, à la p. 525. Essentiellement, [TRADUCTION] «la conduite reprochée doit constituer une atteinte au droit qu'a le public en général de vivre sans inconvénient, inconfort ou autres formes d'atteinte»: voir G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada*, vol. I (1989), à la p. 168. Un particulier peut intenter une action privée pour nuisance publique en soutenant et établissant qu'il a subi des dommages particuliers. Voir, par exemple, *Chessie c. J. D. Irving Ltd.* (1982), 22 C.C.L.T. 89 (C.A.N.-B.). De telles actions comportent fréquemment des allégа-

way, such as a street or highway. See *ibid.*, at p. 94.

Whether or not a particular activity constitutes a public nuisance is a question of fact. Many factors may be considered, including the inconvenience caused by the activity, the difficulty involved in lessening or avoiding the risk, the utility of the activity, the general practice of others, and the character of the neighbourhood. See *Chessie*, *supra*, at p. 94. The trial judge found, at p. 206, that "the configuration and design of the railway tracks on Store Street constituted an unreasonable interference to the public of its right of access". He noted that Store Street was a mixed retail, industrial, and commercial area, and that the Railways should have foreseen the hazard posed by the flangeways to riders of two-wheeled vehicles. He found, at p. 207, that the cost of that hazard should be borne by the Railways as a matter of policy:

> In this case, the defendant Railways clearly installed that particular flange-rail system without regard to vehicular traffic. It was chosen because it cost less, and it was longer lasting and better suited to the needs of the rail traffic. However, the result of this choice of flange-rail, which created an almost 4-inch gap, was to effectively increase the risks to vehicle traffic. The cost of that increased risk to others must fall on the defendant Railways. It is a "cost of running the system."

The Court of Appeal did not dispute the trial judge's finding that there was an unreasonable interference, but held that the Railways had a defence of statutory authority because "the flangeways were an inseparable consequence of requiring the tracks to be laid at street grade flush with street level and the roadway paved between the rails" (p. 68). The issue is whether the Court of Appeal erred in that conclusion.

tions d'atteinte déraisonnable à un droit de passage public, par exemple une rue ou une voie publique. Voir, *ibid.*, à la p. 94.

La question de savoir si une activité particulière constitue ou non une nuisance publique est une question de fait. De nombreux facteurs peuvent être considérés, notamment l'inconvénient causé par l'activité, la difficulté à diminuer ou éliminer le risque, l'utilité de l'activité, la pratique généralement suivie en la matière ailleurs, et la nature du voisinage. Voir *Chessie*, précité, à la p. 94. Le juge de première instance a conclu, à la p. 206, que [TRADUCTION] «la configuration et la conception de la voie ferrée de la rue Store constituaient une atteinte déraisonnable au droit d'accès du public». Il a souligné que la rue Store était un secteur mixte — activités industrielles et commerciales et vente au détail — et que les compagnies ferroviaires auraient dû prévoir le risque que présentaient les ornières pour les usagers de véhicules à deux roues. Il a conclu, à la p. 207, que les coûts afférents à ce risque devaient par principe être assumés par les entreprises ferroviaires: 53

> [TRADUCTION] En l'espèce, il est clair que les entreprises ferroviaires défenderesses ont installé ce système particulier de rails à ornières sans tenir compte de la circulation routière. Elles l'ont choisi parce qu'il était moins dispendieux, plus durable et mieux adapté au trafic ferroviaire. Cependant, le choix de ces rails à ornières créant un sillon de presque quatre pouces a eu pour effet d'accroître dans les faits les risques pour la circulation routière. Il incombe aux entreprises ferroviaires défenderesses d'assumer les coûts de cet accroissement des risques pour autrui. Ils font partie des «coûts d'exploitation du système».

La Cour d'appel n'a pas contesté la conclusion du juge de première instance qu'il y avait eu atteinte déraisonnable, mais elle a statué que les compagnies ferroviaires pouvaient invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur parce que [TRADUCTION] «l'installation d'ornières était une conséquence inséparable de l'exigence que la voie ferrée soit aménagée de niveau avec la rue et que du pavage soit installé entre les rails» (p. 68). Il s'agit de déterminer si la Cour d'appel a fait erreur en tirant cette conclusion.

54 Statutory authority provides, at best, a narrow defence to nuisance. The traditional rule is that liability will not be imposed if an activity is authorized by statute and the defendant proves that the nuisance is the "inevitable result" or consequence of exercising that authority. See *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), at p. 183; *City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] S.C.R. 150; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 2 S.C.R. 289. An unsuccessful attempt was made in *Tock*, *supra*, to depart from the traditional rule. Wilson J. writing for herself and two others, sought to limit the defence to cases involving either mandatory duties or statutes which specify the precise manner of performance. La Forest J. (Dickson C.J. concurring) took the more extreme view that the defence should be abolished entirely unless there is an express statutory exemption from liability. Neither of those positions carried a majority.

55 In the absence of a new rule, it would be appropriate to restate the traditional view, which remains the most predictable approach to the issue and the simplest to apply. That approach was expressed by Sopinka J. in *Tock*, at p. 1226:

> The defendant must negative that there are alternate methods of carrying out the work. The mere fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance. It is insufficient for the defendant to negative negligence. The standard is a higher one. While the defence gives rise to some factual difficulties, in view of the allocation of the burden of proof they will be resolved against the defendant.

56 Turning to the facts of this case, the question raised by the traditional test is whether the hazard created on Store Street was an "inevitable result" of exercising statutory authority; that is, whether it

L'autorisation du législateur fournit, au mieux, un moyen de défense limité contre la nuisance. Suivant la règle traditionnelle, le défendeur ne sera pas jugé responsable si l'activité en cause est autorisée par une loi et s'il établit que la nuisance est [TRADUCTION] «le résultat ou la conséquence inévitable» de l'exercice de cette autorisation. Voir *Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), à la p. 183; *City of Portage La Prairie c. B.C. Pea Growers Ltd.*, [1966] R.C.S. 150; *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)*, [1987] 2 R.C.S. 289. On a essayé en vain, dans *Tock*, précité, de s'écarter de la règle traditionnelle. Le juge Wilson, s'exprimant en son propre nom et au nom de deux autres juges, a voulu limiter l'application de ce moyen de défense aux affaires mettant en jeu des obligations impératives ou des lois précisant les modalités d'exécution des obligations créées. Le juge La Forest (aux motifs duquel a souscrit le juge en chef Dickson) a adopté le point de vue plus radical selon lequel ce moyen de défense devrait être aboli complètement sauf si une loi énonce expressément une exonération de responsabilité. Ni l'un ni l'autre de ces points de vue n'a rallié une majorité de juges.

En l'absence d'une règle nouvelle, il convient d'exposer de nouveau le point de vue traditionnel, qui demeure la façon la plus prévisible d'aborder la question et le plus simple à appliquer. Cette approche a été exposée par le juge Sopinka, dans *Tock*, à la p. 1226:

> Le défendeur doit établir qu'il n'existe aucun autre moyen d'exécuter l'ouvrage. Le simple fait qu'un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S'il n'existe qu'un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu'il était pratiquement impossible d'éviter la nuisance. Il ne suffit pas que le défendeur établisse l'absence de négligence. La norme est plus sévère. Bien que le moyen de défense suscite certaines difficultés dans les faits, celles-ci seront résolues au détriment du défendeur compte tenu de l'attribution du fardeau de la preuve.

En ce qui concerne les faits de la présente affaire, la question soulevée par le critère traditionnel est de savoir si le risque créé dans la rue Store était le «résultat inévitable» de l'exercice de l'au-

was "practically impossible" for the Railways to avoid the nuisance which arose from the flangeways. As noted previously in the context of negligence, the regulations relied upon by the Railways prescribed a minimum width of 2.5 inches for flangeways. The Railways' decision to exceed that minimum by more than one inch was a matter of discretion and was not an "inevitable result" or "inseparable consequence" of complying with the regulations. The same may be said of the Railways' decision not to install flange fillers when such products became available after 1982. The flangeways created a considerably greater risk than was absolutely necessary. Accordingly, the Court of Appeal erred in permitting the Railways to assert the defence of statutory authority against the claim for nuisance.

torisation du législateur; en d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il était «pratiquement impossible» pour les compagnies ferroviaires d'éviter la nuisance que constituaient les ornières. Comme il a été souligné plus tôt, dans l'examen de la question de la négligence, les dispositions réglementaires invoquées par les compagnies ferroviaires indiquaient que les ornières devaient mesurer au moins 2,5 pouces de largeur. La décision des compagnies ferroviaires d'aménager des ornières dont la largeur dépassait de plus d'un pouce cette largeur minimale relevait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et n'était pas un «résultat inévitable» ou une «conséquence indissociable» de l'observation des dispositions réglementaires applicables. On peut en dire autant de la décision des compagnies ferroviaires de ne pas utiliser d'entretoises d'ornières lorsque de tels produits sont devenus disponibles après 1982. Les ornières ont créé un risque considérablement plus grand que ce qui était absolument nécessaire. En conséquence, la Cour d'appel a commis une erreur en permettant aux compagnies ferroviaires d'invoquer la défense d'autorisation du législateur à l'encontre du moyen fondé sur la nuisance.

C. *Did the Court of Appeal Err in Reversing the Trial Judge's Findings with Respect to Contributory Negligence?*

C. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence contributive?*

In *Stein v. "Kathy K" (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808, it was held that while findings of fact with regard to the allocation of fault are not immutable, they should not be reversed by an appellate court "unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts". The record reveals no such errors by the trial judge, and the Court of Appeal ought not to have interfered with his findings on the issue of contributory negligence. Accordingly, the assessment of liability against the appellant for 50% of his damages is set aside.

Dans l'arrêt *Stein c. «Kathy K» (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808, il a été jugé que, bien qu'elles ne soient pas intangibles, les conclusions de fait à l'égard de l'imputation de la faute ne doivent pas être modifiées par une cour d'appel «à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits». En l'espèce, le dossier ne révèle aucune erreur de cette nature de la part du juge de première instance, et la Cour d'appel n'aurait pas dû infirmer les conclusions de ce dernier sur la question de la négligence contributive. Par conséquent, la conclusion imputant à l'appelant la responsabilité de la moitié des dommages qu'il a subis est annulée. 57

VI. Conclusions and Disposition

58 The Railways were negligent with respect to the width of the flangeways on Store Street. The *McKay/Barclay* "special rule" is abolished, and the Railways are therefore subject to ordinary principles of negligence. They owed a duty of care to the appellant with respect to the flangeways on Store Street, and that duty required them to exercise reasonable care in the circumstances. Their compliance with regulatory standards did not replace or exhaust that obligation. Because the Store Street tracks are not a typical "highway crossing", the Railways were required to take precautions beyond mere compliance with the safety standards which govern such crossings. In particular, they should have taken steps to minimize the risk to two-wheeled vehicles by building the flangeways at the minimum allowable width or by installing flange fillers. The trial judge's finding of negligence was a proper exercise of his discretion as the finder of fact and should not have been reversed by the Court of Appeal.

59 The Store Street tracks created an unreasonable interference with the public's use and enjoyment of Store Street and therefore constituted a public nuisance. The Court of Appeal erred in finding that the Railways were entitled to the defence of statutory authority. The appropriate test is the traditional rule restated by Sopinka J. in *Tock*, *supra*. It was not "practically impossible" for the Railways to avoid the nuisance which arose from the flangeways on Store Street. Because the Railways had discretion with regard to the width of the flangeways, their failure to minimize the hazard

VI. Conclusions et dispositif

Les compagnies ferroviaires ont été négligentes pour ce qui est de la largeur des ornières de la voie ferrée de la rue Store. La «règle spéciale» établie dans les arrêts *McKay* et *Barclay* est abolie, et les compagnies ferroviaires sont donc assujetties aux principes ordinaires de la négligence. Elles avaient une obligation de diligence envers l'appelant relativement aux ornières de la voie ferrée de la rue Store, et cette obligation commandaient qu'elles fassent montre de diligence raisonnable dans les circonstances. L'observation des normes réglementaires n'a pas eu pour effet de remplacer cette obligation ou d'y satisfaire. Comme la voie ferrée de la rue Store n'était pas un «croisement de voie publique» typique, les compagnies ferroviaires ne devaient pas se contenter d'observer les normes de sécurité applicables à de tels croisements mais elles avaient plutôt l'obligation de prendre des précautions supplémentaires. En particulier, elles auraient dû prendre des mesures pour réduire au minimum le risque que les ornières présentaient pour les véhicules à deux roues, soit en construisant des ornières de la largeur minimale autorisée soit en plaçant des entretoises dans celles-ci. Le juge de première instance a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en tant que juge des faits en concluant à la négligence, et la Cour d'appel n'aurait pas dû infirmer cette conclusion.

La voie ferrée de la rue Store créait une atteinte déraisonnable à l'utilisation et la jouissance de la rue Store par le public et constituait, en conséquence, une nuisance publique. La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les compagnies ferroviaires avaient le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur. Le critère qu'il convient d'appliquer est la règle traditionnelle reformulée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Tock*, précité. Il n'était pas «pratiquement impossible» pour les compagnies ferroviaires d'éviter la nuisance que constituaient les ornières de la voie ferrée de la rue Store. Étant donné qu'elles avaient un certain pouvoir discrétionnaire à l'égard de la largeur des ornières, l'omission des compagnies ferroviaires de réduire les risques au

was not an "inevitable consequence" of exercising regulatory authority.

The Court of Appeal erred in reversing the findings of the trial judge with regard to contributory negligence. Those findings were not shown to constitute palpable and overriding error.

Accordingly, the appeal is allowed with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Gordon & Velletta, Victoria.

Solicitors for the respondent The Corporation of the City of Victoria: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the respondents The Esquimalt and Nanaimo Railway Company and Canadian Pacific Limited/Canadien Pacifique Limitée: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.

minimum n'était pas une «conséquence inévitable» de l'exercice de l'autorisation du législateur.

La Cour d'appel a fait erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance relativement à la négligence contributive. Il n'a pas été établi que ces conclusions constituaient une erreur manifeste et dominante. 60

En conséquence, le pourvoi est accueilli, avec dépens dans toutes les cours. 61

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Gordon & Velletta, Victoria.

Procureurs de l'intimée la Ville de Victoria: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs des intimées la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo et Canadian Pacific Limited/Canadien Pacifique Limitée: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 1999 Vol. 1

2e cahier, 1999 Vol. 1

Cited as [1999] 1 S.C.R. 201-389

Renvoi [1999] 1 R.C.S. 201-389

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

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, 1999.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
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

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, 1999.

CONTENTS

Chartier *v.* Chartier **242**

Family law — Divorce — Maintenance — Interpretation of "child of the marriage" — Child raised in family unit with biological mother and non-biological father — Non-biological father assuming all roles of parent and holding child out as his own — Non-biological father unilaterally withdrawing from relationship with child on breakdown of marriage — Whether an adult who is or has been in the place of a parent can withdraw from that position — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 2(1), (2).

H. (D.) *v.* M. (H.) **328**

Family law — Custody — Adoption — Trial judge's order awarding custody of child to adoptive grandparents restored.

Continued on next page

SOMMAIRE

Chartier *c.* Chartier **242**

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire — Interprétation de l'expression «enfant à charge» — Enfant élevée dans une cellule familiale composée de la mère biologique et d'un père non biologique — Le père non biologique a assumé toutes les fonctions de parent et a présenté l'enfant comme la sienne — Le père non biologique a tranché unilatéralement les liens qui l'unissaient à l'enfant à la suite de la rupture du mariage — L'adulte qui tient lieu ou qui a tenu lieu de père ou de mère peut-il se désister? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 2(1), (2).

H. (D.) *c.* M. (H.) **328**

Droit de la famille — Garde — Adoption — Rétablissement de l'ordonnance du juge de première instance accordant la garde de l'enfant aux grands-parents adoptifs.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) *v.* Montreal (City); Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) *v.* Boisbriand (City) **381**

Practice — Supreme Court of Canada — Stay of execution — Stay of proceedings — Tribunal des droits de la personne dismissing complainant's compensation claim — Court of Appeal reversing decision and sending matter back to Tribunal to deal with issue — Supreme Court granting leave to appeal and municipal employer serving notice of appeal before Tribunal could render its decision — Tribunal not prevented from rendering its decision in this case since stay of execution contemplated in s. 65(1) of Supreme Court Act not automatically imposing stay of proceedings — Application for stay of proceedings should be made under s. 65.1(1) of Act and Rule 27 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 65, 65.1 — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 27.

R. *v.* Ewanchuk **330**

Criminal law — Sexual assault — Consent — Nature of consent — Accused persistently engaging complainant in a series of progressively more intimate sexual advances — Complainant clearly saying no to each advance — Complainant fearful and accused aware of her fear — Whether a sexual assault occurred — Whether defence of "implied consent" exists in Canadian law — Whether trial judge erred in applying that defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1), (2), (3), 273.1, 273.2, 686(4).

R. *v.* Godoy **311**

Criminal law — Police — Scope of police powers — Emergency calls — Police officers forcibly entering dwelling in response to emergency 911 call — Whether police acting in execution of their duty to protect life and prevent injury — Whether police had reasonable and probable grounds to arrest accused.

Ryan *v.* Victoria (City) **201**

Torts — Negligence — Nuisance — Railways — Defence of statutory authority — Railway built embedded in and running down an urban street and all applicable statutes and regulations complied with — Motorcyclist thrown and injured when front tire lodged in gap beside rail — Whether Railways liable in negligence — Whether railways liable in public nuisance.

Courts — Appeal — Trial judge finding no contributory negligence — No palpable and over-riding error — Whether the Court of Appeal erred by reversing trial judge's findings.

Sail Labrador Ltd. *v.* Challenge One (The) **265**

Contracts — Option to purchase — Conditions precedent — Substantial performance — Charter party providing for option to purchase vessel at end of lease — Option made subject to "full performance" of all obligations under charter party —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) *c.* Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) *c.* Boisbriand (Ville) **381**

Pratique — Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution — Suspension des procédures — Demande d'indemnisation de la plaignante rejetée par le Tribunal des droits de la personne — Décision infirmée par la Cour d'appel et affaire renvoyée au Tribunal — Autorisation d'appel accordée par la Cour suprême et avis d'appel déposé par l'employeur municipal avant que le Tribunal puisse rendre sa décision — Le Tribunal n'est pas empêché de rendre sa décision en l'espèce parce que le sursis d'exécution prévu à l'art. 65(1) de la Loi sur la Cour suprême n'impose pas automatiquement une suspension des procédures — La suspension des procédures devrait être demandée par requête en vertu de l'art. 65.1(1) de la Loi ou de l'art. 27 des règles de la Cour — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65, 65.1 — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27.

R. *c.* Ewanchuk **330**

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Nature du consentement — Persistance de l'accusé à faire des avances sexuelles progressivement plus intimes — Refus clairement exprimé par la plaignante à chacune des avances — Crainte éprouvée par la plaignante et connaissance de cette crainte par l'accusé — Y a-t-il eu agression sexuelle? — La défense de «consentement tacite» existe-t-elle en droit canadien? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant cette défense? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (3), 273.1, 273.2, 686(4).

R. *c.* Godoy **311**

Droit criminel — Police — Étendue des pouvoirs des agents de police — Appels d'urgence — Agents de police entrés par la force dans une maison pour répondre à un appel d'urgence au 911 — Les agents de police accomplissaient-ils le devoir qui leur incombe de protéger la vie et de prévenir les blessures? — Les agents de police avaient-ils des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'accusé?

Ryan *c.* Victoria (Ville) **201**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Nuisance — Compagnies ferroviaires — Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur — Voie ferrée enfoncée dans la chaussée au centre d'une artère urbaine, toutes les dispositions législatives et réglementaires applicables ont été observées — Motocycliste blessé après avoir été projeté de son véhicule, dont le pneu avant s'est coincé dans l'espace le long du rail — Les compagnies ferroviaires sont-elles responsables de négligence? — Les compagnies ferroviaires sont-elles responsables de nuisance publique?

Tribunaux — Appel — Juge de première instance ayant conclu à l'absence de négligence contributive — Absence d'erreur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

One of lease payments made late owing to bank error — Whether doctrine of substantial performance applies — Whether option to purchase still valid.

SOMMAIRE (Fin)

manifeste et dominante — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance?

Sail Labrador Ltd. *c.* Challenge One (Le) 265

Contrats — Option d'achat — Conditions préalables — Exécution substantielle — Charte-partie contenant une option d'achat d'un navire à l'expiration d'un bail — Option assujettie à l'exécution de toutes les obligations imposées par la charte-partie — Versement tardif d'un loyer résultant de l'erreur d'une banque — La théorie de l'exécution substantielle s'applique-t-elle? — L'option d'achat est-elle toujours valide?

Sharon Leslie Chartier *Appellant*

v.

Gerald Leo Joseph Chartier *Respondent*

INDEXED AS: CHARTIER *v.* CHARTIER

File No.: 26456.

Hearing and judgment: November 12, 1998.

Reasons delivered: January 28, 1999.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Family law — Divorce — Maintenance — Interpretation of "child of the marriage" — Child raised in family unit with biological mother and non-biological father — Non-biological father assuming all roles of parent and holding child out as his own — Non-biological father unilaterally withdrawing from relationship with child on breakdown of marriage — Whether an adult who is or has been in the place of a parent can withdraw from that position — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 2(1), (2).

The respondent played an active role in caring for and was a father-figure for his wife's daughter from a previous relationship. The parties discussed, but did not proceed with, the husband's adoption of the child but amended her birth registration to indicate, falsely, that the husband was the child's natural father and to change her name to his. In a consent judgment in proceedings under *The Family Maintenance Act*, the husband acknowledged the child as a child of the marriage and was granted access to her. The judgment, however, was silent as to her maintenance. In subsequent divorce proceedings, a request was made for a declaration that the husband stood in the place of a parent to the child. The husband contested the claim. An interim order ordered him to pay monthly support for the child, suspended his access until a further order of the court and ordered a report concerning access. That report recorded the husband's desire to sever his relationship with the child.

Sharon Leslie Chartier *Appelante*

c.

Gerald Leo Joseph Chartier *Intimé*

RÉPERTORIÉ: CHARTIER *c.* CHARTIER

N° du greffe: 26456.

Audition et jugement: 12 novembre 1998.

Motifs déposés: 28 janvier 1999.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire — Interprétation de l'expression «enfant à charge» — Enfant élevée dans une cellule familiale composée de la mère biologique et d'un père non biologique — Le père non biologique a assumé toutes les fonctions de parent et a présenté l'enfant comme la sienne — Le père non biologique a tranché unilatéralement les liens qui l'unissaient à l'enfant à la suite de la rupture du mariage — L'adulte qui tient lieu ou qui a tenu lieu de père ou de mère peut-il se désister? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 2(1), (2).

L'intimé s'est occupé activement de la fille de son épouse, issue d'une union antérieure, et il était une figure paternelle pour elle. Les parties ont discuté de l'adoption de l'enfant par le mari sans y donner suite, mais elles ont fait modifier l'acte de naissance de celle-ci pour y indiquer faussement que le mari était son père biologique et pour que son nom de famille soit remplacé par celui du mari. Dans un jugement sur consentement rendu à l'issue de procédures intentées en vertu de la *Loi sur l'obligation alimentaire*, le mari a reconnu l'enfant comme enfant à charge, et il a obtenu des droits de visite. Le jugement ne prévoyait toutefois pas de pension alimentaire pour elle. Dans le cadre de procédures de divorce ultérieures, un jugement déclaratoire portant que le mari tenait lieu de père à l'enfant a été sollicité. Le mari a contesté la demande. Une ordonnance intérimaire lui a enjoint de payer une pension alimentaire pour l'enfant, a suspendu ses droits de visite jusqu'à nouvelle ordonnance de la cour et a ordonné l'établissement d'un rapport relativement aux droits de visite. Le rapport a fait état du désir du mari de trancher ses liens avec l'enfant.

The trial judge found that the husband had repudiated his parental relationship with the child and was not obligated to pay support for her. The Court of Appeal dismissed the wife's appeal for support for the child. At issue here is under what circumstances, if any, can an adult who is or has been in the place of a parent pursuant to s. 2 of the *Divorce Act* withdraw from that position.

Held: The appeal should be allowed.

A person cannot unilaterally withdraw from a relationship in which he or she stands in the place of a parent. The court must look to the nature of the relationship to determine if a person in fact does stand in the place of a parent to a child.

The policies and values reflected in the *Divorce Act* must relate to contemporary Canadian society. They must be given a meaning that is both independent of the common law concept of *in loco parentis* (which was developed in various contexts during the 19th century) and reflective of the purposive and contextual approach to statutory interpretation advocated by this Court.

The court must address the needs of the child as of the date of the hearing or order. The existence of the parental relationship under s. 2(2) of the *Divorce Act* must, however, be determined as of the time the family functioned as a unit. The "material time" factor does not affect the determination of the parental relationship. It simply applies to the age considerations that are a precondition to the determination of need.

The test for whether or not a person stands in the place of a parent should not be determined exclusively from the perspective of the child. The opinion of the child regarding the relationship with the step-parent is important, but it constitutes only one of many factors to be considered. In particular, attention must be given to the representations of the step-parent, independently of the child's response.

A determination of whether a person stands in the place of a parent must take into account all relevant factors, viewed objectively. The court must determine the nature of the relationship and do so by looking at a number of factors, including intention. Intention will not only be expressed formally. The court must also infer intention from actions and take into consideration that even expressed intentions may sometimes change. The

Le juge de première instance a conclu que le mari avait répudié le lien parental l'unissant à l'enfant et qu'il n'était pas tenu de payer une pension alimentaire pour elle. La cour d'appel a rejeté l'appel de la femme à l'égard de la pension alimentaire pour l'enfant. La question en litige en l'espèce est de savoir dans quelles circonstances, le cas échéant, l'adulte qui tient lieu ou a tenu lieu de père ou de mère à un enfant au sens de l'art. 2 de la *Loi sur le divorce* peut se désister.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une personne ne peut rompre unilatéralement les liens qui l'unissent à l'enfant auquel elle tient lieu de parent. La cour doit examiner la nature des liens pour décider si, dans les faits, la personne tient bel et bien lieu de parent à l'enfant.

Les principes et les valeurs sous-jacents à la *Loi sur le divorce* doivent être liés à la société canadienne contemporaine. Ils doivent être interprétés en faisant abstraction du concept de common law *in loco parentis* (qui a été élaboré dans le cadre de divers contextes au XIXe siècle), de façon à refléter l'approche contextuelle, fondée sur l'objet, que notre Cour préconise en matière d'interprétation législative.

La cour doit se pencher sur les besoins de l'enfant, tels qu'ils existaient à la date de l'audience ou de l'ordonnance. L'existence d'un lien parental au sens du par. 2(2) de la *Loi sur le divorce* doit toutefois être déterminée en se situant à l'époque où la famille formait une cellule familiale. «L'époque considérée» n'a aucune incidence sur la détermination de l'existence d'un lien parental. Cette expression ne concerne que la question de l'âge, qui constitue une condition préalable à l'évaluation des besoins.

Le critère à appliquer pour décider si une personne tient lieu de parent à un enfant ne doit pas être déterminé uniquement en fonction du point de vue de l'enfant. L'opinion de l'enfant au sujet du lien avec le beau-parent est importante, mais elle ne constitue que l'un des nombreux facteurs devant être considérés. En particulier, il faut tenir compte des observations du beau-parent, indépendamment de la réponse de l'enfant.

La question de savoir si une personne tient lieu de parent doit être tranchée à la lumière de l'ensemble des facteurs pertinents, examinés objectivement. Le tribunal doit déterminer la nature du lien en examinant un certain nombre de facteurs, dont l'intention. L'intention ne s'exprime pas seulement de manière explicite. Le tribunal doit aussi déduire l'intention des actes accomplis et tenir compte du fait que même les intentions exprimées

actual fact of forming a new family is a key factor in drawing an inference that the step-parent treats the child as a child of the marriage. Some of the relevant factors in defining the parental relationship are: whether the child participates in the extended family in the same way as would a biological child; whether the person provides financially for the child (depending on ability to pay); whether the person disciplines the child as a parent; whether the person represents to the child, the family, the world, either explicitly or implicitly, that he or she is responsible as a parent to the child; and, the nature or existence of the child's relationship with the absent biological parent. The manifestation of the intention of the step-parent cannot be qualified as to duration, or be otherwise made conditional or qualified, even if this intention is manifested expressly. Once it is shown that the child is to be considered, in fact, a child of the marriage, the obligations of the step-parent towards him or her are the same as those relative to a child born of the marriage with regard to the application of the *Divorce Act*. The step-parent, at this point, not only incur obligations. He or she also acquires certain rights, such as the right to apply eventually for custody or access. Not every adult-child relationship will be determined to be one where the adult stands in the place of a parent. Every case must be determined on its own facts and from the evidence and it must be established that the adult acted so as to stand in the place of a parent to the child.

The nature of a parental relationship is complex and includes more than financial support. People do not enter into parental relationships with the view that they will be terminated. Concerns that individuals may be reluctant to be generous toward children for fear that their generosity will give rise to parental obligations were dismissed. It is important to examine the motive behind a person's generosity towards the children of the person they wish to be involved with or are involved with in a relationship. Superficial generosity given merely because a person seeks the attention of a child's parent should be discouraged because the rejection experienced by the child when that financial and emotional support is abandoned is not beneficial to society in general and to the child in particular.

The concern that a child might collect support from both the biological parent and the step-parent was not a valid one. The contribution to be paid by the biological parent should be assessed independently of the obliga-

peuvent parfois changer. Le fait même de fonder une nouvelle famille constitue un facteur clé appuyant la conclusion que le beau-parent considère l'enfant comme un enfant à charge. Les éléments suivants comptent parmi les facteurs qu'il est pertinent d'examiner pour établir l'existence du lien parental: L'enfant participe-t-il à la vie de la famille élargie au même titre qu'un enfant biologique? La personne contribue-t-elle financièrement à l'entretien de l'enfant (selon ses moyens)? La personne se charge-t-elle de la discipline de la même façon qu'un parent le ferait? La personne se présente-t-elle aux yeux de l'enfant, de la famille et des tiers, de façon implicite ou explicite, comme étant responsable à titre de parent de l'enfant? L'enfant a-t-il des rapports avec le parent biologique absent et de quelle nature sont-ils? L'expression de la volonté du beau-parent ne peut être assortie de restrictions relatives à la durée, et elle ne peut faire l'objet d'autres conditions ou réserves, même si une telle intention est manifestement exprimée. Dès qu'il est établi que l'enfant doit être considéré, dans les faits, comme un enfant à charge, les obligations du beau-parent envers lui sont les mêmes que celles dont il serait tenu à l'égard d'un enfant issu du mariage, en ce qui a trait à l'application de la *Loi sur le divorce*. À ce stade-ci, le beau-parent ne fait pas que contracter des obligations. Il acquiert également un certain nombre de droits, tel le droit de demander éventuellement la garde ou des droits de visite. Toutes les relations adulte-enfant ne permettront pas de conclure que l'adulte tient lieu de parent à l'enfant. Chaque cas doit être tranché selon ses faits propres et il doit être établi en preuve que l'adulte s'est comporté de manière à tenir lieu de parent à l'enfant.

Le lien parental est complexe et ne s'arrête pas au seul soutien financier. Les gens ne nouent pas des liens parentaux en prévoyant qu'ils prendront fin. L'argument selon lequel les gens pourraient hésiter à se montrer généreux envers les enfants s'ils craignent que leur générosité n'entraîne des obligations parentales est rejeté. Il est important de vérifier quel est le motif à l'origine de la générosité d'une personne envers les enfants de la personne à qui elle veut s'unir ou est unie. Une générosité superficielle visant uniquement à obtenir l'attention du père ou de la mère doit être découragée parce que le sentiment de rejet ressenti par l'enfant lors du retrait de ce soutien financier et affectif n'apporte rien à la société en général ni à l'enfant en particulier.

La préoccupation relative au fait que l'enfant pourrait recevoir une pension alimentaire tant du parent biologique que du beau-parent ne tient pas. La contribution du parent biologique doit être évaluée sans tenir compte

tions of the step-parent. The obligation to support a child arises as soon as that child is determined to be "a child of the marriage". The obligations of parents for a child are all joint and several. The issue of contribution is one between all of the parents who have obligations towards the child, whether they are biological parents or step-parents; it should not affect the child. If a parent seeks contribution from another parent, he or she must, in the meantime, pay support for the child regardless of the obligations of the other parent.

Adoption proceedings remain relevant and important even though obligations regarding "children of the marriage" are identical under the *Divorce Act* and *The Family Maintenance Act*. Legal adoption will have a significant impact in other areas of the law, most notably trusts and wills.

Cases Cited

Approved: *Theriault v. Theriault* (1994), 149 A.R. 210; **disapproved:** *Carignan v. Carignan* (1989), 61 Man. R. (2d) 66; **considered:** *Laraque v. Allooloo* (1992), 44 R.F.L. (3d) 10; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Siddall v. Siddall* (1994), 11 R.F.L. (4th) 325; *Andrews v. Andrews* (1992), 97 Sask. R. 213; *Eschak v. Biron*, [1993] N.W.T.R. 255; *Delorme v. Delorme* (1993), 45 R.F.L. (3d) 373; *Bradbury v. Mundell* (1993), 13 O.R. (3d) 269; *Hock v. Hock*, [1971] 4 W.W.R. 262; *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Miller v. Miller* (1988), 13 R.F.L. (3d) 80; *Droit de la famille — 1369*, [1991] R.J.Q. 2822.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 2(1), (2), 16(1).
Family Maintenance Act, C.C.S.M., c. F20.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Diduck, Alison. "*Carignan v. Carignan*: When is a Father not a Father? Another Historical Perspective" (1990), 19 *Man. L.J.* 580.

des obligations du beau-parent. L'obligation d'entretenir l'enfant naît dès que cet enfant est jugé être «un enfant à charge». Les obligations des parents envers l'enfant sont toutes solidaires. La question de la contribution de chacun concerne tous les parents qui ont des obligations envers l'enfant, qu'il s'agisse de parents biologiques ou de beaux-parents; elle ne doit avoir aucun effet sur l'enfant. Le parent qui cherche à obtenir une contribution d'un autre parent doit entre-temps verser une pension alimentaire pour l'enfant en dépit des obligations de l'autre parent.

Les procédures d'adoption conservent leur pertinence et leur importance même si les obligations envers les «enfants à charge» sont identiques aux termes de la *Loi sur le divorce* et de la *Loi sur l'obligation alimentaire*. L'adoption légale aura des effets considérables dans d'autres domaines du droit, plus particulièrement ceux des successions et des testaments.

Jurisprudence

Arrêt approuvé: *Theriault c. Theriault* (1994), 149 A.R. 210; **arrêt critiqué:** *Carignan c. Carignan* (1989), 61 Man. R. (2d) 66; **arrêt examiné:** *Laraque c. Allooloo* (1992), 44 R.F.L. (3d) 10; **arrêts mentionnés:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Siddall c. Siddall* (1994), 11 R.F.L. (4th) 325; *Andrews c. Andrews* (1992), 97 Sask. R. 213; *Eschak c. Biron*, [1993] N.W.T.R. 255; *Delorme c. Delorme* (1993), 45 R.F.L. (3d) 373; *Bradbury c. Mundell* (1993), 13 O.R. (3d) 269; *Hock c. Hock*, [1971] 4 W.W.R. 262; *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Miller c. Miller* (1988), 13 R.F.L. (3d) 80; *Droit de la famille — 1369*, [1991] R.J.Q. 2822.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 2(1), (2), 16(1).
Loi sur l'obligation alimentaire, C.P.L.M., ch. F20.

Doctrine citée

Diduck, Alison. «*Carignan v. Carignan*: When is a Father not a Father? Another Historical Perspective» (1990), 19 *R.D. Man.* 580.

Farquhar, Keith B. "Termination of the *In Loco Parentis* Obligation of Child Support" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 99.
McLeod, James G. Annotation on *Primeau v. Primeau* (1986), 2 R.F.L. (3d) 114.
Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1997), 118 Man. R. (2d) 152, 149 W.A.C. 152, 154 D.L.R. (4th) 431, 29 R.F.L. (4th) 96, [1997] 8 W.W.R. 348, [1997] M.J. No. 371 (QL), allowing in part an appeal and dismissing a cross-appeal from a judgment of De Graves J. (1996), 111 Man. R. (2d) 27, [1996] M.J. No. 271 (QL). Appeal allowed.

Carla B. Paul, for the appellant.

No one appearing for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 BASTARACHE J. — In this appeal, the Court is asked to determine whether a person who stands in the place of a parent to a child within the meaning of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), can unilaterally give up that status and escape the obligation to provide support for that child after the breakdown of the marriage. The Court unanimously decided that a person cannot do so and allowed the appeal at the hearing held on November 12, 1998. The following are the reasons for allowing the appeal.

Facts

2 The parties began a common law relationship in November 1989 and married on June 1, 1991. Their child, Jeena, was born on August 29, 1990. The parties separated in May 1992, later reconciled for a month or two, then permanently separated in September 1992.

3 Jessica is the child of the wife from a previous relationship. While the parties lived together, the husband played an active role in caring for both

Farquhar, Keith B. «Termination of the *In Loco Parentis* Obligation of Child Support» (1990), 9 *Rev. can. D. Fam.* 99.
McLeod, James G. Annotation on *Primeau v. Primeau* (1986), 2 R.F.L. (3d) 114.
Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1997), 118 Man. R. (2d) 152, 149 W.A.C. 152, 154 D.L.R. (4th) 431, 29 R.F.L. (4th) 96, [1997] 8 W.W.R. 348, [1997] M.J. No. 371 (QL), qui a accueilli en partie l'appel formé contre un jugement du juge De Graves et qui a rejeté l'appel incident formé contre le même jugement (1996), 111 Man. R. (2d) 27, [1996] M.J. No. 271 (QL). Pourvoi accueilli.

Carla B. Paul, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la personne qui tient lieu de père ou de mère à un enfant au sens de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), peut se dépouiller unilatéralement de cette qualité pour se soustraire à l'obligation d'assumer l'entretien de l'enfant à la suite de la rupture du mariage. Notre Cour a décidé à l'unanimité qu'elle ne peut le faire et a accueilli le pourvoi à l'audience, qui a eu lieu le 12 novembre 1998. Voici les motifs pour lesquels le pourvoi a été accueilli.

Les faits

Les parties ont commencé à faire vie commune en novembre 1989 et se sont mariées le 1er juin 1991. Leur enfant, Jeena, est née le 29 août 1990. Les parties se sont séparées en mai 1992, se sont réconciliées par la suite pour une durée d'un mois ou deux, et se sont finalement séparées de façon définitive en septembre 1992.

Jessica est née d'une union antérieure de l'épouse. Lorsque les parties vivaient ensemble, le mari s'est occupé activement des deux enfants et

children and was a father-figure for Jessica. The parties discussed, but did not proceed with, the husband's adoption of Jessica. The parties did amend Jessica's birth registration to indicate, falsely, that the husband was Jessica's natural father and to change her name to his.

était une figure paternelle pour Jessica. Les parties ont discuté de l'adoption de Jessica par le mari, mais elles n'ont pas donné suite à ce projet. Les parties ont cependant fait modifier l'acte de naissance de Jessica pour y indiquer faussement que le mari était le père biologique de Jessica et pour que le nom de famille de cette dernière soit remplacé par le sien.

On March 17, 1994, in a consent judgment in proceedings under *The Family Maintenance Act*, C.C.S.M., c. F20, the husband acknowledged both Jessica and Jeena as children of the marriage and was granted access to them. He agreed to pay maintenance for Jeena, but the judgment was silent as to maintenance for Jessica and for the wife. The wife commenced divorce proceedings in February 1995 and included in her claim the request for a declaration that the husband stands in the place of a parent to Jessica. The husband contested the claim. The interim order of April 19, 1995 ordered the husband to pay monthly support for Jessica and for the wife, suspended access of the husband until a further order of the court and ordered a report from Conciliation Services concerning access. That report of October 1995 recorded the husband's desire to sever his relationship with Jessica.

4 Le 17 mars 1994, dans un jugement sur consentement rendu à l'issue de procédures intentées en vertu de la *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., ch. F20, le mari a reconnu tant Jessica que Jeena comme enfants à charge, et il a obtenu des droits de visite. Il a convenu de payer une pension alimentaire pour Jeena, mais le jugement n'en prévoyait pas pour Jessica ni pour l'épouse. Cette dernière a entamé des procédures de divorce en février 1995, et elle a sollicité un jugement déclaratoire portant que le mari tient lieu de père à Jessica. Le mari a contesté la demande. L'ordonnance intérimaire rendue le 19 avril 1995 a ordonné au mari de payer une pension alimentaire pour Jessica et pour l'épouse, a suspendu ses droits de visite jusqu'à nouvelle ordonnance de la cour et a ordonné l'établissement d'un rapport des services de médiation relativement aux droits de visite. Ce rapport, déposé en octobre 1995, faisait état du désir du mari de trancher les liens avec Jessica.

At trial, De Graves J. ordered spousal support, a reduction in the monthly support for Jeena, awarded costs to the wife and found that the husband had repudiated his parental relationship with Jessica. On appeal, the Court of Appeal did not find that the award of spousal support warranted appellate review and dismissed the husband's cross-appeal. The Court of Appeal allowed the wife's appeal on the issue of the reduction of monthly support for Jeena. The Court of Appeal dismissed the wife's appeal for support for Jessica, set aside the trial judge's order as to costs and directed that no costs be awarded at trial.

5 Au procès, le juge De Graves a ordonné le paiement d'une pension alimentaire à l'épouse et la réduction de la pension alimentaire mensuelle versée pour Jeena, a accordé les dépens à l'épouse et a conclu que le mari avait répudié le lien parental l'unissant à Jessica. En appel, la Cour d'appel a conclu que la pension alimentaire accordée à l'épouse ne justifiait pas son intervention, et elle a rejeté l'appel incident du mari. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'épouse quant à la réduction de la pension alimentaire mensuelle pour Jeena. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'épouse à l'égard de la pension alimentaire pour Jessica, a annulé l'ordonnance du juge de première instance relativement aux dépens et a ordonné qu'aucuns dépens ne soient adjugés en première instance.

It should be noted that both parties agreed that their rights and obligations under *The Family*

6 Il faut souligner que les deux parties ont convenu que leurs droits et obligations aux termes de

Maintenance Act and the *Divorce Act* were identical for the purposes of the action and appeal, and that the courts should proceed as though the *Divorce Act* were the applicable statute. The same position was adopted in pleadings before this Court.

Relevant Statutory Provisions

7 *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)

2. (1) In this Act,

. . .

"child of the marriage" means a child of two spouses or former spouses who, at the material time,

(*a*) is under the age of sixteen years, or

(*b*) is sixteen years of age or over and under their charge but unable, by reason of illness, disability or other cause, to withdraw from their charge or to obtain the necessaries of life;

. . .

(2) For the purposes of the definition "child of the marriage" in subsection (1), a child of two spouses or former spouses includes

(*a*) any child for whom they both stand in the place of parents; and

(*b*) any child of whom one is the parent and for whom the other stands in the place of a parent.

Judicial History

Manitoba Court of Queen's Bench (Family Division) (1996), 111 Man. R. (2d) 27

8 De Graves J. held that it was abundantly clear in Manitoba trust and family law that the spouse standing in the place of a parent, having voluntarily assumed that role, had the right to withdraw unilaterally from that role: see *Carignan v. Carignan* (1989), 61 Man. R. (2d) 66 (C.A.). In response to the appellant's submission that the case be revisited, he analysed the case. Before *Carignan*, the authorities were not clear in delineating who was a "child of the marriage" in the context of parties bringing to a marriage chil-

la *Loi sur l'obligation alimentaire* et de la *Loi sur le divorce* étaient identiques aux fins de l'action et de l'appel, et que les tribunaux devaient agir comme si la *Loi sur le divorce* était la loi applicable. La même position a été adoptée au cours des plaidoiries devant notre Cour.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.)

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

. . .

«enfant à charge» Enfant des deux époux ou ex-époux qui, à l'époque considérée, se trouve dans une des situations suivantes:

a) il a moins de seize ans;

b) il a au moins seize ans et est à leur charge, sans pouvoir, pour cause de maladie ou d'invalidité ou pour toute autre cause, cesser d'être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins.

. . .

(2) Est considéré comme enfant à charge au sens du paragraphe (1) l'enfant des deux époux ou ex-époux:

a) pour lequel ils tiennent lieu de père et mère;

b) dont l'un est le père ou la mère et pour lequel l'autre en tient lieu.

Historique des procédures judiciaires

Cour du Banc de la Reine du Manitoba (Division de la famille) (1996), 111 Man. R. (2d) 27

Le juge De Graves a conclu qu'il ressortait très clairement du droit de la famille et des fiducies manitobain que le conjoint tenant lieu de parent avait le droit de se désister unilatéralement puisqu'il avait volontairement assumé ce rôle: voir *Carignan c. Carignan* (1989), 61 Man. R. (2d) 66 (C.A.). Pour répondre à l'appelante qui soutenait que cet arrêt devait être réexaminé, il en a fait l'analyse. Avant *Carignan*, la jurisprudence n'établissait pas clairement qui était un «enfant à charge» lorsque les conjoints avaient des enfants

dren of other relationships or unions outside that marriage. In *Carignan*, the court interpreted the words "at the material time" in s. 2(1) and (2) of the *Divorce Act* as referring only to the age of the child. De Graves J. found that the spouse who stood in the place of a parent was entitled to withdraw from that status at any time. He found that the respondent was entitled to and did, in July 1995, repudiate his obligation towards Jessica as a "child of the marriage".

De Graves J. noted that the appellant had not pursued Jessica's natural father for support although he was not a person without resources. He declared that the respondent was not obligated to pay any support for Jessica from July 1995. He would not order repayment of the support payments made, but the respondent was entitled to a credit on the appellant's award of costs. He ordered spousal support and child support for Jeena.

Court of Appeal of Manitoba (1997), 118 Man. R. (2d) 152

Philp J.A.

Philp J.A. did not find that the trial judge's award of spousal support warranted appellate review. He allowed the wife's appeal of the reduction in the monthly support for Jeena, set aside the trial judge's order as to costs and directed that no costs be awarded.

Philp J.A. noted that the right of a person to terminate a relationship in which he or she stands in the place of a parent was well settled in Manitoba: see *Carignan*, *supra*. The court had found that it was not a status that once acquired could never be shed. He noted that modern marriages and other forms of cohabitation were often fragile and time-limited relationships and wondered how many obligations divorced or separated parties must carry with them as they travel from relationship to relationship.

issus d'une union antérieure. Dans *Carignan*, la cour a interprété l'expression «à l'époque considérée» figurant aux par. 2(1) et (2) de la *Loi sur le divorce* comme se rapportant seulement à l'âge de l'enfant. Le juge De Graves a conclu que le conjoint tenant lieu de parent avait le droit de se dépouiller de cette qualité en tout temps. Il a conclu que l'intimé avait le droit de renier ses obligations envers Jessica considérée comme un «enfant à charge», et qu'il l'avait fait en juillet 1995.

Le juge De Graves a souligné que l'appelante n'avait fait aucune démarche auprès du père biologique de Jessica pour obtenir le paiement d'une pension alimentaire même si ce dernier n'était pas sans moyens. Il a déclaré que l'intimé n'était pas tenu de payer une pension alimentaire pour Jessica à partir de juillet 1995. Il n'a pas ordonné le remboursement de la pension alimentaire versée, mais l'intimé avait droit à la réduction du mémoire de frais de l'appelante. Il a ordonné le paiement d'une pension alimentaire pour l'épouse et pour Jeena. 9

La Cour d'appel du Manitoba (1997), 118 Man. R. (2d) 152

Le juge Philp

Le juge Philp a conclu que l'octroi d'une pension alimentaire à l'épouse ne justifiait pas une révision en appel. Il a accueilli l'appel de l'épouse à l'égard de la réduction de la pension alimentaire mensuelle pour Jeena, a annulé l'ordonnance du juge de première instance à l'égard des dépens et a ordonné qu'aucuns dépens ne soient adjugés. 10

Le juge Philp a noté que le droit d'une personne de trancher les liens qui l'unissent à l'enfant auquel elle tient lieu de parent était bien établi au Manitoba: voir *Carignan*, précité. La cour avait conclu qu'il ne s'agissait pas d'une qualité dont on ne pouvait plus se dépouiller. Il a fait remarquer que les mariages modernes et autres formes de cohabitation constituaient souvent des unions fragiles ne durant pas, et il s'est demandé combien d'obligations les conjoints divorcés ou séparés devaient continuer d'assumer alors qu'ils passent d'une union à l'autre. 11

12 Philp J.A. found that the principle in *Carignan* has been applied in Manitoba, but had not been universally followed in courts of other provinces, including British Columbia, Saskatchewan and Alberta, where it was clearly rejected. He found that where *Carignan* had not been followed, no clear alternative has emerged. He was of the view that the *Carignan* case has the virtue of establishing an understandable and easily determined basis for imposing or excusing responsibility. He also noted that the decision has not been uniformly accepted by academics.

13 Philp J.A. accepted that the court has recognized its authority to overrule its prior decisions. He was not persuaded, however, that this was one of the rare circumstances in which the court should depart from its earlier ruling. Notwithstanding the disagreement in Canadian courts on the right of a person to terminate a relationship in which he or she stands in the place of a parent, Philp J.A. noted that Parliament has not moved to amend the Act. Complex social policy issues were involved and he considered that it was Parliament's role to articulate clear rules. He also pointed out that provincial legislatures have enacted remedial legislation.

Twaddle J.A. (concurring)

14 On the issue of the husband's ability to repudiate his parental relationship with Jessica, Twaddle J.A. found that the court was bound by a previous decision of the court. Although the court may depart from a previous decision, none of the circumstances in which it was right to do so (such as the previous decision's having been made *per incuriam*) was present here. The fact that other provincial courts of appeal have reached different decisions was not a ground for the court to review its decision, but rather for the Supreme Court of Canada to do so.

15 Twaddle J.A. noted that his failure to discuss the merits of the previous decision should not be con-

Le juge Philp a conclu que le principe énoncé dans *Carignan* avait été appliqué au Manitoba, mais qu'il n'avait pas été suivi par l'ensemble des tribunaux des autres provinces, notamment ceux de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta, où il avait clairement été rejeté. Il a conclu que là où *Carignan* n'avait pas été suivi, aucune solution de rechange claire n'avait été proposée. Selon lui, l'arrêt *Carignan* avait l'avantage d'établir un critère compréhensible et facile à appliquer pour trancher la question de la responsabilité. Il a également souligné que la décision n'avait pas été acceptée uniformément par la doctrine.

Le juge Philp a admis que la cour avait reconnu qu'elle avait le pouvoir de renverser ses décisions antérieures. Il n'était pas convaincu toutefois qu'il s'agissait de l'un des rares cas où la cour devait abandonner la solution admise jusque-là. En dépit des solutions contraires retenues par les tribunaux canadiens relativement au droit d'une personne de rompre les liens qui l'unissent à l'enfant auquel elle tient lieu de parent, le juge Philp a souligné que le législateur n'était pas intervenu pour modifier la Loi. Des questions complexes de politique sociale étaient en jeu, et il a estimé qu'il incombait au législateur d'élaborer des règles claires. Il a également signalé que des législatures provinciales avaient édicté des lois apportant une solution de droit.

Le juge Twaddle (motifs concordants)

Statuant sur la question de la capacité du mari de répudier le lien parental l'unissant à Jessica, le juge Twaddle a conclu que la cour était liée par une de ses décisions antérieures. Bien que la cour puisse s'écarter d'une décision antérieure, aucune circonstance (décision antérieure rendue par inadvertance par exemple) ne le justifiait en l'espèce. Le fait que les cours d'appel d'autres provinces aient rendu des décisions différentes ne constituait pas un motif de réexamen par la cour de sa décision. Il appartenait plutôt à la Cour suprême du Canada de le faire.

Le juge Twaddle a noté que son omission d'aborder le bien-fondé de la décision antérieure

strued as support for or against its validity. He saw no purpose in discussing the merits of a decision which he was bound to follow.

Issue

Under what circumstances, if any, can an adult who is or has been in the place of a parent pursuant to s. 2 of the *Divorce Act* withdraw from that position?

Analysis

There is one body of case law, exemplified by *Carignan*, *supra*, that states that a person standing in the place of a parent is entitled to make a unilateral withdrawal from the parental relationship. The other body of case law is typified by *Theriault v. Theriault* (1994), 149 A.R. 210 (C.A.); it states that a person cannot unilaterally withdraw from a relationship in which he or she stands in the place of a parent and that the court must look to the nature of the relationship to determine if a person in fact does stand in the place of a parent to a child.

Before considering these two lines of authority, I would note that in both cases the courts have engaged upon a historical review of the doctrine of *loco parentis* and taken the view that the words "in the place of a parent" used in the *Divorce Act* were intended to have the same meaning. The doctrine of *loco parentis* was developed in diverse contexts, trust law, tort law, master-apprentice relationships, schoolmaster-pupil relationships, wills and gifts . . ., at another time. Alison Diduck, in "*Carignan v. Carignan*: When is a Father not a Father? Another Historical Perspective" (1990), 19 *Man. L.J.* 580, explains how this common law doctrine was applied in family matters, over the years, in various jurisdictions. She concludes, at pp. 601-2, by saying:

The *in loco parentis* doctrine is a creature of 19th century patriarchy. It evolved during a time when it was a morally offensive notion for a man to be held responsible for another man's child. As Mendes de Costa

ne devait pas être interprétée comme étant favorable ni défavorable quant à sa validité. Il ne voyait pas l'utilité de débattre du bien-fondé d'une décision qu'il était tenu de suivre.

La question en litige

Dans quelles circonstances, le cas échéant, l'adulte qui tient lieu ou a tenu lieu de père ou de mère à un enfant au sens de l'art. 2 de la *Loi sur le divorce* peut-il se désister? 16

Analyse

Il existe un courant jurisprudentiel, illustré par l'arrêt *Carignan*, précité, voulant que la personne qui tient lieu de parent ait le droit de rompre unilatéralement le lien parental. L'autre courant jurisprudentiel est reflété par l'arrêt *Theriault c. Theriault* (1994), 149 A.R. 210 (C.A.), qui énonce qu'une personne ne peut rompre unilatéralement les liens qui l'unissent à l'enfant auquel elle tient lieu de parent et que la cour doit examiner la nature des liens pour décider si, dans les faits, la personne tient bel et bien lieu de parent à l'enfant. 17

Avant d'examiner ces deux courants jurisprudentiels, je fais remarquer que dans les deux cas, les tribunaux, qui ont préalablement effectué un examen historique de la théorie *loco parentis*, ont considéré que les mots «tiennent lieu de père et mère» figurant dans la *Loi sur le divorce* visaient le même concept. La théorie *loco parentis* a été élaborée dans le cadre de divers contextes, dont le droit des fiducies, le droit de la responsabilité délictuelle, les relations maîtres-apprentis et professeurs-étudiants, les testaments et donations etc., et ce à une autre époque. Alison Diduck, dans «*Carignan v. Carignan*: When is a Father not a Father? Another Historical Perspective» (1990), 19 *R.D. Man.* 580, explique comment cette théorie de common law a été appliquée en matière familiale au fil des ans dans différents ressorts. Aux pages 601 et 602, elle conclut en ces termes: 18

[TRADUCTION] La théorie *in loco parentis* est une créature du système patriarcal du XIXe siècle. Elle a été élaborée à une époque où il était moralement choquant pour un homme d'être tenu responsable de l'enfant d'un

U.F.J. stated in a 1987 decision, it has "its roots deep in history" and "carries with it connotations of times past" (*Re Spring and Spring* (1987), 61 O.R. (2d) 743 at 748). Notwithstanding Parliament's choice of similar wording in the *Divorce Act, 1985*, it is arguably open to counsel (or to courts) to suggest that Parliament deliberately chose to reject the common law notion of *in loco parentis*, and that the current statute should be interpreted "free from the shadow of earlier authorities" (*ibid.*, at 749).

19 I agree that the policies and values reflected in the *Divorce Act* must relate to contemporary Canadian society and that the general principles of statutory interpretation support a modern understanding of the words "stands in the place of a parent". In the recent decision of *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, Iacobucci J. writes:

> Although much has been written about the interpretation of legislation . . . Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:
>
> > Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(See to the same effect *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103.)

20 In my view, the common law meaning of *in loco parentis* is not helpful in determining the scope of the words "in the place of a parent" in the *Divorce Act*.

21 This being said, it is my opinion that the decision in *Theriault*, *supra*, provides the proper approach to this issue as it recognizes that the provisions of the *Divorce Act* dealing with children focus on what is in the best interests of the children of the marriage, not on biological parenthood or legal status of children. *Theriault* was an appeal

autre. Comme le juge Mendes de Costa l'a dit dans une décision rendue en 1987, «ses racines remontent loin en arrière» et on flaire «des relents du passé» (*Re Spring and Spring* (1987), 61 O.R. (2d) 743, à la p. 748). Malgré le fait que le législateur ait choisi d'utiliser des termes similaires dans la *Loi sur le divorce* de 1985, les avocats (et les tribunaux) peuvent raisonnablement affirmer que le législateur a délibérément rejeté le concept *in loco parentis* de la common law et que la loi actuelle devrait être interprétée «sans référence aux anciens arrêts» (*loc. cit.*, à la p. 749).

Je conviens que les principes et les valeurs sous-jacents à la *Loi sur le divorce* doivent être liés à la société canadienne contemporaine et que les principes généraux d'interprétation législative appuient une interprétation moderne de l'expression «tiennent lieu de père et mère». Dans l'arrêt récent *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21, le juge Iacobucci a écrit:

> Bien que l'interprétation législative ait fait couler beaucoup d'encre [. . .], Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit:
>
> > [TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

(Voir dans le même sens *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103.)

À mon avis, le sens en common law de l'expression *in loco parentis* n'est pas utile pour déterminer la portée des termes «tiennent lieu de père et mère» figurant dans la *Loi sur le divorce*.

Ceci dit, j'estime que l'arrêt *Theriault*, précité, expose la façon dont il convient d'aborder cette question en reconnaissant que les dispositions relatives aux enfants de la *Loi sur le divorce* mettent l'accent sur l'intérêt des enfants à charge, non sur la parenté biologique ou la situation juridique des enfants. Dans cette affaire, le mari avait interjeté

from an interim maintenance award made to the mother and primary care-giver of two children made against the husband in a pending divorce suit. The children were not the husband's biological children. The husband gave advice and supervision to the two children from infancy but, at the hearing for interim support, he argued that his commitment to the children arose from the marriage and was conditional on the continuation of that relationship.

Kerans J.A. rejected the approach in *Carignan*, *supra*, and held, at p. 213, that once someone "has made at least a permanent or indefinite unconditional commitment to stand in the place of a parent", the jurisdiction of the courts to award support under the *Divorce Act* is triggered and that jurisdiction is not lost by a subsequent disavowal of the child by the parent. Underlying Kerans J.A.'s decision is the best interests of the child. At p. 213, Kerans J.A. held:

> Our society values parenthood as a vital adjunct to the upbringing of children. Adequate performance of that office is a duty imposed by law whenever our society judges that it is fair to impose it. In the case of the natural parent, the biological contribution towards the new life warrants the imposition of the duty. In the case of a step-parent, it is the voluntary assumption of that role. It is not in the best interests of children that step-parents or natural parents be permitted to abandon their children, and it is their best interests that should govern. Financial responsibility is simply one of the many aspects of the office of parent. A parent, or step-parent, who refuses or avoids this obligation neglects or abandons the child. This abandonment or neglect is as real as would be a refusal of medical care, or affection, or comfort, or any other need of a child.

Other courts have also taken the view that a person who stands in the place of a parent cannot unilaterally withdraw from that relationship. In *Laraque v. Allooloo* (1992), 44 R.F.L. (3d) 10 (N.W.T.S.C.), de Weerdt J., in rejecting the notion that a person can unilaterally withdraw from a relaappel dans le cadre d'une action en divorce contre une ordonnance alimentaire provisoire rendue au profit de la mère qui assumait la majeure partie des soins à donner aux deux enfants. Les enfants n'étaient pas les enfants biologiques du mari. Ce dernier avait participé à leur éducation depuis leur plus tendre enfance, mais, à l'audition de la demande de pension alimentaire intérimaire, il a prétendu que son engagement envers les enfants était né du mariage et subsistait tant que durait cette union.

22 Le juge Kerans a rejeté l'approche retenue dans *Carignan*, précité, et a conclu, à la p. 213, que dès que quelqu'un [TRADUCTION] «contracte au moins l'engagement inconditionnel, permanent ou pour une durée indéfinie, de tenir lieu de parent», les tribunaux sont compétents pour ordonner le paiement d'une pension alimentaire en vertu de la *Loi sur le divorce*, et cette compétence n'est pas perdue du fait du désaveu subséquent de l'enfant par le parent. La décision du juge Kerans est fondée sur l'intérêt de l'enfant. À la p. 213, le juge Kerans a conclu:

> [TRADUCTION] Notre société estime que la fonction parentale constitue un complément essentiel à l'éducation des enfants. La bonne exécution de cette fonction est un devoir que la loi impose dans tous les cas où notre société juge qu'il est équitable de le faire. Dans le cas du parent biologique, ce devoir est imposé du fait de la contribution à la création d'une nouvelle vie. Dans le cas du beau-parent, c'est l'acceptation volontaire de ce rôle qui fait naître le devoir. Permettre aux beaux-parents ou aux parents biologiques d'abandonner leurs enfants n'est pas dans l'intérêt des enfants, et c'est cet intérêt qui doit primer. La responsabilité financière ne constitue que l'une des nombreuses facettes de la fonction de parent. Un parent, ou un beau-parent, qui refuse d'assumer cette obligation ou qui se dérobe, néglige ou abandonne l'enfant. L'abandon ou la négligence a autant d'impact qu'en aurait le refus de donner à l'enfant des soins médicaux, de l'affection ou du soutien ou de combler tout autre de ses besoins.

23 D'autres tribunaux ont également conclu que la personne tenant lieu de parent ne peut rompre unilatéralement ce lien. Dans *Laraque c. Allooloo* (1992), 44 R.F.L. (3d) 10 (C.S.T.N.-O.), le juge de Weerdt, rejetant l'idée qu'une personne puisse mettre fin unilatéralement aux liens qui l'unissent

tionship in which he or she stands as a parent to a child, focussed on the best interests of the children of the marriage. At pp. 17-18, he held:

> . . . the view that one can doff the in loco parentis role at will disregards the primary regard which the courts must surely have for the interests of dependant children, and the duty of the courts to ensure that those interests are judicially protected, and not ignored, especially where those interests are not separately represented. . . .
>
> At the risk of being repetitious, it is well settled law that it takes a properly informed and deliberate intention to assume parental obligations for support of a child, on an ongoing basis, to bring the in loco parentis status in law into being. Given that premise, it is difficult to conclude that this status is meaningless or can be negated at whim whenever the person in loco parentis is visited by second thoughts on the matter or decides to abandon the project altogether.

24 See also *Siddall v. Siddall* (1994), 11 R.F.L. (4th) 325 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Andrews v. Andrews* (1992), 97 Sask. R. 213 (C.A.); *Eschak v. Biron*, [1993] N.W.T.R. 255 (S.C.); *Delorme v. Delorme* (1993), 45 R.F.L. (3d) 373 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Bradbury v. Mundell* (1993), 13 O.R. (3d) 269 (Gen. Div.).

25 In *Carignan, supra*, the wife and the husband lived together for four years before they were married in 1978. The wife's two-year-old son lived with them. The parties separated in 1981. The Court of Appeal found that the respondent did not stand *in loco parentis* to the child at the time of the trial and that therefore, he was not liable to pay support. Further, the court found that anyone who is *in loco parentis* to a child may unilaterally withdraw from that relationship simply by indicating an intention to do so.

26 Huband J.A. for the Court of Appeal considered the 19th century English case law with respect to two equitable doctrines in the areas of wills and estates, and trusts. In the context of wills and estates, the courts were concerned with the rules involving "double portions". In these cases, the

à l'enfant auquel elle tient lieu de parent, a mis l'accent sur l'intérêt des enfants à charge. Aux pages 17 et 18, il a conclu:

> [TRADUCTION] . . . l'opinion selon laquelle quelqu'un peut se décharger du rôle *in loco parentis* quand bon lui semble passe sous silence la considération première des tribunaux, qui doit évidemment être l'intérêt des enfants à charge, et le fait qu'il leur incombe de s'assurer que cet intérêt est protégé, et non négligé, par la loi, en particulier lorsque cet intérêt n'est pas représenté de façon distincte. . .
>
> Au risque de me répéter, je rappelle qu'il est bien établi en droit que pour que la qualité *in loco parentis* soit légalement reconnue, il doit y avoir une intention éclairée et réfléchie d'assumer de façon continue les obligations parentales liées à l'entretien d'un enfant. Étant donné cette prémisse, il est difficile de conclure que cette qualité ne signifie rien ou qu'elle peut être reniée à volonté, dès lors que la personne agissant *in loco parentis* change d'avis sur la question ou décide d'abandonner complètement le projet.

Voir également *Siddall c. Siddall* (1994), 11 R.F.L. (4th) 325 (C. Ont. (Div. gén.)); *Andrews c. Andrews* (1992), 97 Sask. R. 213 (C.A.); *Eschak c. Biron*, [1993] N.W.T.R. 255 (C.S.); *Delorme c. Delorme* (1993), 45 R.F.L. (3d) 373 (C. Ont. (Div. gén.)); *Bradbury c. Mundell* (1993), 13 O.R. (3d) 269 (Div. gén.).

Dans l'affaire *Carignan*, précitée, les époux ont vécu ensemble pendant quatre ans avant de se marier en 1978. Le fils de l'épouse, qui avait deux ans, vivait avec eux. Les parties se sont séparées en 1981. La Cour d'appel a conclu que l'intimé n'agissait pas *in loco parentis* à l'égard de l'enfant au moment du procès et qu'en conséquence, il n'était pas tenu de payer une pension alimentaire. De plus, la cour a statué que toute personne *in loco parentis* à l'égard d'un enfant pouvait rompre unilatéralement ce lien en faisant simplement connaître son intention de le faire.

Le juge Huband de la Cour d'appel a examiné la jurisprudence anglaise du XIXe siècle concernant deux théories d'*equity* applicables aux domaines des successions et des testaments ainsi que des fiducies. En matière de testaments et de successions, les tribunaux se sont penchés sur les règles

general rule was, as stated by Huband J.A., that "a gift by deed made by a testator after he had executed a will, represents an advance as against what the child is to receive by will. A rebuttable presumption arises against the child receiving a double portion" (at p. 67). This rule applied both to natural parents and to adults who were *in loco parentis* to the child in question. The leading cases with respect to the "double portion" rule that consider *loco parentis* describe this relationship as being created only where the adult indicates an intention to do so. This description led Huband J.A. to conclude as follows, at p. 67:

> It would seem appropriate that one would lose the status of being in loco parentis in the same manner as it is gained, by knowingly intending to terminate the relationship, and thus end the financial obligation. It is surely not a status that, once acquired, can never be shed. In dealing with double portions, the crucial issue is whether a relationship in loco parentis existed at the time the inter vivos benefit was conferred. It is entirely possible that an in loco parentis relationship might have existed for some years, and then ended by the conscious decision of the individual concerned.

Huband J.A. also examined the doctrine of advancement in the context of the law of trusts. This doctrine creates a presumption that where property is purchased in the name of another, or transferred to another without consideration, a resulting trust arises in favour of the person who paid the purchase price. This presumption does not operate where the purchaser stands *in loco parentis* to the person who receives the property. The presumption in this type of case is that the purchaser intended to confer a benefit on such a person. Again, the courts in the leading cases on this issue from the 19th century endorse the approach of the decisions made in the context of wills and estates with respect to the concept of *loco parentis*; the determination of whether or not this relationship exists depends on the intention of the adult.

Huband J.A. also considered a number of Canadian decisions. None of them provided him with

ayant trait aux [TRADUCTION] «doubles parts». Dans ces affaires, la règle générale voulait, pour reprendre les termes utilisés par le juge Huband, que [TRADUCTION] «la donation faite par un testateur postérieurement à la signature du testament constitue une avance sur la part qui revient à l'enfant en vertu du testament. Une présomption réfragable est établie, empêchant l'enfant de recevoir une double part» (à la p. 67). Cette règle s'appliquait tant aux parents biologiques qu'aux adultes *in loco parentis* à l'égard de l'enfant en question. Les arrêts de principe concernant la règle de la «double part» qui ont examiné le lien *in loco parentis* énoncent que le lien naît seulement lorsque l'adulte manifeste son intention en ce sens. Cette description a amené le juge Huband à conclure ainsi, à la p. 67:

> [TRADUCTION] Il semble convenable que l'on perde la qualité in loco parentis de la même manière qu'on l'a acquise, soit en manifestant l'intention de mettre fin au lien et ainsi d'anéantir l'obligation financière. Il ne s'agit sûrement pas d'une qualité dont on ne peut plus se dépouiller. En matière de doubles parts, la question fondamentale est de savoir si le lien in loco parentis existait au moment où la donation entre vif a été effectuée. Il est parfaitement possible qu'ayant agi in loco parentis à l'égard d'un enfant pendant quelques années, une personne ait mis fin à cette situation de façon délibérée.

27 Le juge Huband a également examiné la théorie de l'avancement en droit des fiducies. Cette théorie établit une présomption voulant que lorsque des biens sont acquis au nom d'un tiers ou cédés à celui-ci sans contrepartie, une fiducie par déduction soit créée en faveur de la personne qui a payé le prix d'acquisition. Cette présomption ne s'applique pas lorsque l'acquéreur agit *in loco parentis* à l'égard de la personne qui reçoit les biens. Dans un tel cas, la présomption veut que l'acquéreur ait eu l'intention de conférer un avantage à cette personne. Encore une fois, dans les arrêts de principe du XIXe siècle sur la question, les tribunaux approuvent l'approche adoptée dans les décisions rendues en matière successorale à l'égard du concept *in loco parentis*; l'existence de ce lien dépend de la volonté de l'adulte.

28 Le juge Huband a également examiné un certain nombre de décisions canadiennes. Il n'en a trouvé

convincing enough reasoning for him to question his view of the common law rule that an adult may end a *loco parentis* relationship unilaterally. Huband J.A. concluded that the respondent in *Carignan* was not liable to provide maintenance for the petitioner's son because he had ended any *loco parentis* relationship that existed unilaterally as he was entitled to do.

29 In the present appeal, the Court of Appeal, although noting that the decision has not been universally followed, confirmed the judgment in *Carignan* for essentially two reasons. The first reason is that the decision displays a "certain logic and reasonableness" because the modern institution of marriage has substantially departed from its traditional roots. Philp J.A. noted, at p. 156, that modern marriages are "often fragile and time-limited relationships" and therefore, this raises the question of how many obligations persons must carry with them as they move from relationship to relationship. It would not be logical, in his view, for a step-parent who takes on obligations with respect to a spouse's children to be saddled with this obligation indefinitely while a step-parent who takes on no such obligation is entitled to walk away from the relationship scot-free. The finding in *Carignan* avoids this inconsistency. The second reason, at p. 157, relates to the fact that the decision in *Carignan* establishes "an understandable and easily determined basis for imposing or excusing responsibility".

30 The decision in *Carignan* has been highly criticized as seen in the decisions reviewed above and in academic commentary, in particular that of Keith B. Farquhar, "Termination of the *In Loco Parentis* Obligation of Child Support" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 99, and Diduck, *supra*. The most obvious criticism is that it nullifies the effect of the relevant provisions of the *Divorce Act*. If one can unilaterally terminate a relationship where a person stands in the place of a parent to a child, why define such a relationship as giving rise to obligations under the *Divorce Act*?

aucune parmi elles qui lui ait fourni un raisonnement suffisamment convaincant pour qu'il remette en question sa façon de voir la règle de common law selon laquelle un adulte peut rompre unilatéralement le lien *loco parentis*. Le juge Huband a conclu que l'intimé, dans l'affaire *Carignan*, n'était pas tenu de verser une pension alimentaire pour le fils de la requérante parce qu'il avait tranché unilatéralement tout lien *loco parentis* pouvant exister, comme il avait le droit de le faire.

Dans le présent pourvoi, bien qu'elle ait mentionné que la décision n'avait pas été suivie par tous les tribunaux, la Cour d'appel n'en a pas moins confirmé l'arrêt *Carignan* en se fondant essentiellement sur deux motifs. En premier lieu, la décision est conforme à la [TRADUCTION] «logique et à la raison» parce que l'institution moderne du mariage s'est nettement écartée de ses racines traditionnelles. Le juge Philp a fait remarquer, à la p. 156, que les mariages modernes étant [TRADUCTION] «souvent des unions fragiles ne durant pas» la question se pose de savoir combien d'obligations les parties doivent continuer d'assumer alors qu'elles passent d'une union à l'autre. À son avis, il serait illogique que le beau-parent qui assume des obligations envers les enfants de son conjoint supporte ce fardeau indéfiniment tandis que le beau-parent qui n'assume aucune obligation peut se dérober. La conclusion tirée dans *Carignan* permet d'éviter cette incohérence. En second lieu, à la p. 157, l'arrêt *Carignan* établit [TRADUCTION] «un critère compréhensible et facile à appliquer pour trancher la question de la responsabilité».

L'arrêt *Carignan* a fait l'objet de nombreuses critiques, comme il ressort des décisions susmentionnées et de la doctrine, notamment de l'article de Keith B. Farquhar, intitulé: «Termination of the *In Loco Parentis* Obligation of Child Support» (1990), 9 *Rev. Can. D. Fam.* 99, et de celui de Diduck, *loc. cit.* La critique la plus évidente est que cette décision rend sans effet les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce*. Si l'on peut unilatéralement rompre le lien qui unit une personne à l'enfant auquel elle tient lieu de parent, à quoi bon prévoir qu'un tel lien fait naître des obligations aux termes de la *Loi sur le divorce*?

A further criticism of the analysis in *Carignan* is its treatment of the American authorities. Huband J.A. cited a number of U.S. cases from various jurisdictions which in his view support the conclusion that the *loco parentis* relationship can be unilaterally terminated. The application of these cases in a Canadian context is not appropriate. As Professor Farquhar stated, at p. 105:

> ... none of the cases cited involved jurisdictions where the general child support statutes impose an obligation on alternative parents to support a child. Rather, the decisions in question all involved attempts to argue that the statutory duty of a natural parent to support his or her child might also, in some circumstances, include an alternative parent. In Canada, where Parliament and the Legislatures have clearly stated that in some circumstances the duty to support a child does extend beyond natural parents to those standing *in loco parentis*, it may be argued that dicta from the United States should not be regarded as particularly persuasive.

I do not agree with the reasoning in *Carignan*. As noted above, the words "in the place of a parent" must be given a meaning that is independent of the common law concept and reflective of the purposive and contextual approach to statutory interpretation advocated by this Court. Once a person is found to stand in the place of a parent, that relationship cannot be unilaterally withdrawn by the adult. The interpretation of the provisions of the *Divorce Act* relating to "child[ren] of the marriage" should be "given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects": see *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12. The reasoning in *Carignan* ignores one of the fundamental objectives of the *Divorce Act* as it relates to children. The provisions of the *Divorce Act* that deal with children aim to ensure that a divorce will affect the children as little as possible. Spouses are entitled to divorce each other, but not the children who were part of the marriage. The interpretation that will best serve children is one that recognizes that when people act as parents toward them, the children can count on that relationship continuing and

Le recours à la jurisprudence américaine dans l'analyse effectuée dans *Carignan* a également fait l'objet de critiques. Le juge Huband a cité un certain nombre de décisions américaines provenant de différents ressorts qui, selon lui, appuient la conclusion selon laquelle le lien *loco parentis* peut être unilatéralement rompu. Il ne convient pas d'appliquer ces décisions dans le contexte canadien. Comme le professeur Farquhar l'a expliqué à la p. 105: 31

> [TRADUCTION] ... aucune de ces décisions ne concernait des ressorts où les lois établissant l'obligation d'entretien générale à l'égard des enfants y assujettissaient des parents substituts. Les décisions en question portaient plutôt sur des affaires où l'on avait cherché à soutenir que l'obligation légale du parent biologique d'entretenir son enfant pouvait aussi, dans certains cas, peser sur un parent substitut. Au Canada, où les législateurs fédéral et provinciaux ont clairement prévu que, dans certains cas, l'obligation d'entretenir l'enfant ne pèse pas que sur les parents biologiques et s'étend à ceux qui agissent *in loco parentis*, on peut dire que cette remarque incidente tirée de la jurisprudence américaine ne doit pas être considérée comme particulièrement convaincante.

Je ne suis pas d'accord avec le raisonnement suivi dans *Carignan*. Comme il a déjà été mentionné, l'expression «tiennent lieu de père et mère» doit être interprétée en faisant abstraction du concept de common law, de façon à refléter l'approche contextuelle, fondée sur l'objet, que notre Cour préconise en matière d'interprétation législative. Dès lors qu'il est conclu qu'un adulte tient lieu de parent à un enfant, l'adulte ne peut unilatéralement rompre ce lien. Les dispositions de la *Loi sur le divorce* portant sur les «enfant[s] à charge» doivent «s'interpr[é]te[r] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet»: voir *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12. Le raisonnement suivi dans *Carignan* ne tient pas compte de l'un des objectifs fondamentaux de la *Loi sur le divorce* en ce qui concerne les enfants. Les dispositions relatives aux enfants de la *Loi sur le divorce* visent à réduire au minimum les effets du divorce sur ces derniers. Chacun des conjoints a le droit de divorcer d'avec l'autre, mais il n'a pas le droit de divorcer d'avec les enfants à sa charge. L'interprétation la plus favorable à l'intérêt des enfants est 32

that these persons will continue to act as parents toward them.

33 What, therefore, is the proper time period for determining whether a person stands in the place of a parent? The term "at the material time" has been interpreted with reference to the parental status to mean "the time of the commencement of the proceedings" (see *Hock v. Hock*, [1971] 4 W.W.R. 262 (B.C.C.A.), at p. 273); "the time of the hearing" (see *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.), at p. 159); and has also been held to mean "whatever date is appropriate".

34 In *Carignan*, the Manitoba Court of Appeal held that the words "at the material time" have no reference to when the parental status occurred or existed, but only to whether the step-parent is "in the place of a parent" when the child is under 16 or over 16 but in a dependant state. Huband J.A. noted that there is no reference to material time in s. 2(2) where the expression "in the place of a parent" is used. He held that a proper interpretation of the two sections is that the court can make an order for maintenance against a person standing in the place of a parent only if the child is under 16, or over 16 and in a dependant state. The court said, at p. 72:

If one looks back at the definition section, eliminating unnecessary words, it states that the child of the marriage means a child of two spouses who "at the material time" is under the age of sixteen years (forgetting for the moment clause (b) of the definition). The words "at the material time" refer only to the question of the age of the child. Those words have no reference to the child's status "in loco parentis". Reference to the relationship in loco parentis follows in a separate definition provision which indicates that a child of two spouses includes a child in loco parentis. Reading the two sections together, the court has jurisdiction to make an order of maintenance in favour of a child in loco paren-

celle qui veut que lorsque des personnes se comportent comme des parents à leur égard, les enfants peuvent s'attendre à ce que ce lien subsiste et que ces personnes continuent à se comporter comme des parents.

À quelle période convient-il donc de se reporter pour décider si une personne tient lieu de parent à un enfant? L'expression «à l'époque considérée» a été interprétée, en ce qui a trait à la qualité de parent, comme signifiant [TRADUCTION] «au moment où l'action a été intentée» (voir *Hock c. Hock*, [1971] 4 W.W.R. 262 (C.A.C.-B.), à la p. 273; «à l'époque de l'audience» (voir *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.), à la p. 159); et à «toute date appropriée».

Dans *Carignan*, la Cour d'appel du Manitoba a conclu que l'expression «à l'époque considérée» n'était aucunement liée au moment où la qualité de parent a pris naissance ou existait, mais seulement à la question de savoir si le beau-parent tenait «lieu de père ou mère» à l'enfant lorsque celui-ci était âgé de moins de 16 ans ou lorsqu'il était âgé de plus de 16 ans mais ne pouvait toujours pas subvenir à ses besoins. Le juge Huband a fait remarquer que le par. 2(2) ne faisait pas mention de l'époque considérée à l'endroit où figurait l'expression «tiennent lieu de père et mère». Il a conclu qu'il fallait interpréter les deux dispositions comme signifiant que le tribunal peut ordonner à une personne tenant lieu de parent de payer une pension alimentaire à l'enfant seulement si celui-ci est âgé de moins de 16 ans ou lorsqu'il est âgé de plus de 16 ans s'il ne peut subvenir à ses besoins. La cour a dit, à la p. 72:

[TRADUCTION] Si on retourne à l'article définitoire et qu'on élimine les mots superflus, cet article prévoit que l'expression enfant à charge s'entend de tout enfant des époux qui, «à l'époque considérée», est âgé de moins de seize ans (laissons de côté pour le moment l'al. b) de la définition). L'expression «à l'époque considérée» ne fait référence qu'à l'âge de l'enfant. Cette expression ne concerne aucunement l'enfant à l'égard duquel une personne agit in loco parentis. La référence au lien in loco parentis se trouve dans une définition distincte qui assimile à l'enfant commun des époux l'enfant à l'égard duquel les époux ou l'un d'entre eux agissent in loco parentis. Il ressort de la lecture conjointe des deux

tis but only if the child is under the age of 16 "at the material time".

articles, que la cour a compétence pour ordonner le paiement d'une pension alimentaire au profit de cet enfant, mais seulement s'il est âgé de moins de 16 ans «à l'époque considérée».

Similarly, in *Miller v. Miller* (1988), 13 R.F.L. (3d) 80, at p. 83, Scott L.J.S.C. of the Ontario Supreme Court put the matter in these terms:

> The "at the material time" phrase refers to age or condition; the loco parentis subsection is in the present tense in both languages — and I fail to see how the at the material time concept can be imported from one subsection into the other.

35 De la même façon, dans *Miller c. Miller* (1988), 13 R.F.L. (3d) 80, à la p. 83, le juge Scott de la Cour suprême de l'Ontario s'est exprimé ainsi sur cette question:

> [TRADUCTION] L'expression «à l'époque considérée» fait référence à l'âge ou à la situation; le paragraphe où il est question du fait que les époux ou l'un d'eux tiennent lieu de père ou de mère à l'enfant est rédigé au présent dans les deux langues – et je ne peux voir comment le concept de l'époque considérée peut être transposé d'un paragraphe à l'autre.

It is clear that the court must address the needs of the child as of the date of the hearing or order. The existence of the parental relationship under s. 2(2)(*b*) of the *Divorce Act* must however be determined as of the time the family functioned as a unit. See Julien D. Payne, *Payne on Divorce* (4th ed. 1996), at p. 148. If the "material time" was to be interpreted as in *Hock*, *supra*, it would be difficult to find a parental relationship in situations where the step-parent has little contact with the child between the separation and the divorce proceedings. This is inconsistent with the purpose of the *Divorce Act*.

36 Il est clair que la Cour doit se pencher sur les besoins de l'enfant tels qu'ils existaient à la date de l'audience ou de l'ordonnance. L'existence d'un lien parental au sens de l'al. 2(2)*b*) de la *Loi sur le divorce* doit toutefois être déterminée en se situant à l'époque où une cellule familiale était formée. Voir Julien D. Payne, *Payne on Divorce* (4e éd. 1996), à la p. 148. Si l'expression «à l'époque considérée» devait être interprétée de la manière préconisée dans *Hock*, précité, il serait difficile de conclure à l'existence d'un lien parental dans les cas où le beau-parent a peu de contacts avec l'enfant entre la séparation et l'action en divorce. Cela est incompatible avec l'objectif de la *Loi sur le divorce*.

The facts of the present case demonstrate why this interpretation is appropriate. Until Mr. Chartier's unilateral withdrawal from the relationship, Jessica saw the respondent as her father in every way. He was the only father she knew. To allow him to withdraw from that relationship, as long as he does it before the petition for divorce, is unacceptable. The breakdown of the parent/child relationship after separation is not a relevant factor in determining whether or not a person stands in the place of a parent for the purposes of the *Divorce Act*. Jessica was as much a part of the family unit as Jeena and should not be treated differently from her because the spouses separated. The "material time" factor does not affect the determination of the parental relationship. It simply applies to the

37 Les faits du présent pourvoi montrent pourquoi cette interprétation est celle qu'il convient de retenir. Jusqu'à ce que M. Chartier rompe unilatéralement le lien l'unissant à Jessica, celle-ci le considérait à tous points de vue comme son père. C'était le seul père qu'elle ait jamais connu. Lui permettre de trancher ce lien, à la condition qu'il le fasse avant le dépôt de la demande de divorce, est inacceptable. La rupture de la relation parent-enfant à la suite de la séparation n'est pas un facteur pertinent pour déterminer si une personne tient lieu de parent à un enfant pour l'application de la *Loi sur le divorce*. Jessica faisait autant partie de la cellule familiale que Jeena et elle ne devrait pas être traitée différemment parce que les époux se sont séparés. «L'époque considérée» n'a aucune inci-

age considerations that are a precondition to the determination of need.

38 What then is the proper test for determining whether a person stands in the place of a parent within the meaning of the *Divorce Act*? The appellant argued that the test for whether or not a person stands in the place of a parent should be determined exclusively from the perspective of the child. I cannot accept this test. In many cases, a child will be very young and it will be difficult to determine whether that child considers the person as a parental figure. Further, an older child may resent his or her step-parent and reject the authority of that person as a parent, even though, objectively, that person effectively provides for the child and stands in the place of a parent. The opinion of the child regarding the relationship with the step-parent is important, but it constitutes only one of many factors to be considered. In particular, attention must be given to the representations of the step-parent, independently of the child's response.

39 Whether a person stands in the place of a parent must take into account all factors relevant to that determination, viewed objectively. What must be determined is the nature of the relationship. The *Divorce Act* makes no mention of formal expressions of intent. The focus on voluntariness and intention in *Carignan* was dependent on the common law approach discussed earlier. It was wrong. The court must determine the nature of the relationship by looking at a number of factors, among which is intention. Intention will not only be expressed formally. The court must also infer intention from actions, and take into consideration that even expressed intentions may sometimes change. The actual fact of forming a new family is a key factor in drawing an inference that the step-parent treats the child as a member of his or her family, i.e., a child of the marriage. The relevant factors in defining the parental relationship include, but are not limited to, whether the child participates in the extended family in the same way as would a biological child; whether the person provides financially for the child (depending

dence sur la détermination de l'existence d'un lien parental. Cette expression ne concerne que la question de l'âge, qui constitue une condition préalable à l'évaluation des besoins.

Quel est donc le critère à appliquer pour décider si une personne tient lieu de parent à un enfant au sens de la *Loi sur le divorce*? L'appelante a soutenu que ce critère doit être déterminé uniquement en fonction du point de vue de l'enfant. Je ne peux accepter ce critère. Dans bon nombre de cas, l'enfant est très jeune et il sera difficile de déterminer si cet enfant considère la personne comme une figure parentale. De plus, un enfant plus âgé peut en vouloir à son beau-parent et refuser l'autorité parentale de ce dernier, même si, objectivement, il s'occupe réellement de cet enfant et lui tient lieu de parent. L'opinion de l'enfant au sujet du lien avec le beau-parent est importante, mais elle ne constitue que l'un des nombreux facteurs devant être considérés. En particulier, il faut tenir compte des observations du beau-parent, indépendamment de la réponse de l'enfant.

La question de savoir si une personne tient lieu de parent doit être tranchée à la lumière de l'ensemble des facteurs pertinents, examinés objectivement. Ce qu'il faut déterminer, c'est la nature du lien. La *Loi sur le divorce* ne fait aucune allusion à une quelconque expression formelle de la volonté. L'accent mis sur le caractère volontaire et sur l'intention dans *Carignan* était inspiré de l'approche de common law analysée précédemment. Il s'agissait d'une erreur. Le tribunal doit déterminer la nature du lien en examinant un certain nombre de facteurs, dont l'intention. L'intention ne s'exprime pas seulement de manière explicite. Le tribunal doit aussi déduire l'intention des actes accomplis et tenir compte du fait que même les intentions exprimées peuvent parfois changer. Le fait même de fonder une nouvelle famille constitue un facteur clé appuyant la conclusion que le beau-parent considère l'enfant comme un membre de sa famille, c'est-à-dire comme un enfant à charge. Parmi les facteurs à examiner pour établir l'existence du lien parental, signalons les points suivants: L'enfant participe-t-il à la vie de la famille élargie au même

on ability to pay); whether the person disciplines the child as a parent; whether the person represents to the child, the family, the world, either explicitly or implicitly, that he or she is responsible as a parent to the child; the nature or existence of the child's relationship with the absent biological parent. The manifestation of the intention of the step-parent cannot be qualified as to duration, or be otherwise made conditional or qualified, even if this intention is manifested expressly. Once it is shown that the child is to be considered, in fact, a "child of the marriage", the obligations of the step-parent towards him or her are the same as those relative to a child born of the marriage with regard to the application of the *Divorce Act*. The step-parent, at this point, does not only incur obligations. He or she also acquires certain rights, such as the right to apply eventually for custody or access under s. 16(1) of the *Divorce Act*.

titre qu'un enfant biologique? La personne contribue-t-elle financièrement à l'entretien de l'enfant (selon ses moyens)? La personne se charge-t-elle de la discipline de la même façon qu'un parent le ferait? La personne se présente-t-elle aux yeux de l'enfant, de la famille et des tiers, de façon implicite ou explicite, comme étant responsable à titre de parent de l'enfant? L'enfant a-t-il des rapports avec le parent biologique absent et de quelle nature sont-ils? L'expression de la volonté du beau-parent ne peut être assortie de restrictions relatives à la durée, et elle ne peut faire l'objet d'autres conditions ou réserves, même si une telle intention est manifestement exprimée. Dès qu'il est établi que l'enfant doit être considéré, dans les faits, comme un «enfant à charge», les obligations du beau-parent envers lui sont les mêmes que celles dont il serait tenu à l'égard d'un enfant issu du mariage, en ce qui a trait à l'application de la *Loi sur le divorce*. À ce stade-ci, le beau-parent ne fait pas que contracter des obligations. Il acquiert également un certain nombre de droits, tel le droit de demander éventuellement la garde ou des droits de visite, comme le prévoit le par. 16(1) de la *Loi sur le divorce*.

Nevertheless, not every adult-child relationship will be determined to be one where the adult stands in the place of a parent. Every case must be determined on its own facts and it must be established from the evidence that the adult acted so as to stand in the place of a parent to the child.

Néanmoins, toutes les relations adulte-enfant ne permettront pas de conclure que l'adulte tient lieu de parent à l'enfant. Chaque cas doit être tranché selon ses faits propres et il doit être établi en preuve que l'adulte s'est comporté de manière à tenir lieu de parent à l'enfant. 40

Huband J.A., in *Carignan*, expressed the concern that individuals may be reluctant to be generous toward children for fear that their generosity will give rise to parental obligations. I do not share those concerns. The nature of a parental relationship is complex and includes more than financial support. People do not enter into parental relationships with the view that they will be terminated. I share the view expressed by Beaulieu J. in *Siddall*, *supra*, at p. 337:

Le juge Huband, dans *Carignan*, a exprimé l'inquiétude que les gens pourraient hésiter à se montrer généreux envers les enfants s'ils craignent que leur générosité n'entraîne des obligations parentales. Je ne partage pas cette inquiétude. Le lien parental est complexe et ne s'arrête pas au seul soutien financier. Les gens ne nouent pas des liens parentaux en prévoyant qu'ils prendront fin. Je partage l'opinion exprimée par le juge Beaulieu dans *Siddall*, précité, à la p. 337: 41

It is important to examine the motive behind a person's generosity towards the children of the person they wish to be involved with or are involved with in a relationship. In many cases children are used as pawns by men and, on occasion, women who desire the attention

[TRADUCTION] Il est important de vérifier quel est le motif à l'origine de la générosité d'une personne envers les enfants de la personne à qui elle veut s'unir ou est unie. Les enfants sont souvent utilisés par les hommes, et parfois par les femmes, comme des pions pour obtenir

of the children's parent and once the relationship between the adults fail, the children are abandoned. This is not to be encouraged. If requiring men to continue their relationship, financially and emotionally with the children is a discouragement of generosity then, perhaps such generosity should be discouraged. This type of generosity which leaves children feeling rejected and shattered once a relationship between the adults sours is not beneficial to society in general and the children, in particular. After all, it is the court's obligation to look out for the best interests of the children. In too many of these situations the ultimate result is that the child is a mere object used to accommodate a person's selfish and personal interests as long as the relationship is satisfying and gratifying. As soon as things sour and become less comfortable, the person can leave, abandoning both the parent and child, without any legal repercussions. . . . It is important to encourage the type of relationship that includes commitment, not superficial generosity. If relationships are more difficult for a person to extricate him- or herself from then, perhaps, more children will be spared the trauma of rejection, bruised self image and loss of financial support to which they have become accustomed.

l'attention du père ou de la mère, et, lorsque l'union entre les adultes prend fin, les enfants sont abandonnés. Il ne faut pas encourager cela. Si le fait d'exiger des hommes qu'ils conservent, tant sur le plan financier que sur le plan affectif, des liens avec les enfants a pour effet de les dissuader d'être généreux, il serait peut-être bon, alors, de décourager une telle générosité. Ce genre de générosité, qui laisse les enfants meurtris et marqués par un sentiment de rejet, lorsque la relation tourne au vinaigre entre les adultes, n'apporte rien à la société en général ni aux enfants. Après tout, il incombe à la cour de rechercher l'intérêt des enfants. Trop souvent dans ces cas-là, l'enfant finit par être un simple objet utilisé pour satisfaire des intérêts égocentriques et personnels, tant et aussi longtemps que l'union est satisfaisante et gratifiante. Dès que les choses s'enveniment et deviennent moins agréables, la personne peut s'en aller, abandonnant parent et enfant sans subir aucune conséquence juridique. [. . .] Il est important de favoriser l'établissement de liens ayant pour base l'engagement et non une générosité superficielle. S'il est plus difficile de rompre, il se pourrait bien que l'on évite à un plus grand nombre d'enfants le traumatisme résultant du rejet, de l'image négative de soi et de la perte du soutien financier auquel ils ont été habitués.

42 Huband J.A., in *Carignan*, also expressed the concern that a child might collect support from both the biological parent and the step-parent. I do not accept that this is a valid concern. The contribution to be paid by the biological parent should be assessed independently of the obligations of the step-parent. The obligation to support a child arises as soon as that child is determined to be a "child of the marriage". The obligations of parents for a child are all joint and several. The issue of contribution is one between all of the parents who have obligations towards the child, whether they are biological parents or step-parents; it should not affect the child. If a parent seeks contribution from another parent, he or she must, in the meantime, pay support for the child regardless of the obligations of the other parent. (See *Theriault, supra*, at p. 214; James G. McLeod, Annotation on *Primeau v. Primeau* (1986), 2 R.F.L. (3d) 114.)

Le juge Huband, dans *Carignan*, s'est également dit préoccupé par le fait que l'enfant pourrait recevoir une pension alimentaire tant du parent biologique que du beau-parent. J'estime que cette préoccupation ne tient pas. La contribution du parent biologique doit être évaluée sans tenir compte des obligations du beau-parent. L'obligation d'entretenir l'enfant naît dès que cet enfant est jugé être «un enfant à charge». Les obligations des parents envers l'enfant sont toutes solidaires. La question de la contribution de chacun concerne tous les parents qui ont des obligations envers l'enfant, qu'il s'agisse de parents biologiques ou de beaux-parents; elle ne doit avoir aucun effet sur l'enfant. Le parent qui cherche à obtenir une contribution d'un autre parent doit entre-temps verser une pension alimentaire pour l'enfant en dépit des obligations de l'autre parent. (Voir *Theriault*, précité, à la p. 214; James G. McLeod, Annotation on *Primeau c. Primeau* (1986), 2 R.F.L. (3d) 114.)

43 Some concerns may also be raised with regard to the relevance of adoption proceedings where obligations regarding all "children of the marriage" are identical under the *Divorce Act* and *The Family*

On peut aussi se demander s'il y a encore lieu d'adopter les enfants étant donné que les obligations envers tous les «enfants à charge» sont identiques aux termes de la *Loi sur le divorce* et de la

Maintenance Act. I recall that Mr. Chartier did not finalize his plans to adopt Jessica. The simple answer to that is that legal adoption will nevertheless have a significant impact in other areas of the law, most notably trusts and wills; it retains its importance.

Conclusion

The Court of Appeal, by relying on *Carignan*, made a distinction between children born of both parents and stepchildren. As mentioned earlier, the Act does not make such a distinction. Once it is determined that a child is a "child of the marriage" within the meaning of the *Divorce Act*, he or she must be treated as if born of the marriage. As the Quebec Court of Appeal held in *Droit de la famille — 1369*, [1991] R.J.Q. 2822 (C.A.), at p. 2827:

[TRANSLATION] Once the status as child of the marriage is recognized, the Act does not allow the distinction to be made between a biological father and someone who stands in the place of one. Nothing in the wording of this article in fact gives the impression that the legislator wanted to grant some sort of privilege to the spouse who stands in the place of the parent.

Even if a relationship has broken down after a separation or divorce, the obligation of a person who stands in the place of a parent to support a child remains the same. Natural parents, even if they lose contact with their children, must continue to pay child support.

On the facts of this case, the respondent stood in the place of a parent toward Jessica. The respondent represented to Jessica and to the world that he assumed full parental responsibility for her. Mr. Chartier is the only father that Jessica has known owing to the fact that the parties led her to believe that the respondent was in fact Jessica's biological father. The respondent even considered adopting Jessica and the parties had Jessica's birth registration amended to change Jessica's name to correspond to the respondent's. This was done by falsely submitting an application stating that the respondent was Jessica's natural father. After the

Loi sur l'obligation alimentaire. Je rappelle que M. Chartier n'a pas mis à exécution son projet d'adopter Jessica. La réponse est simple. L'adoption légale aura quand même des effets considérables dans d'autres domaines du droit, plus particulièrement ceux des successions et des testaments, de sorte qu'elle conserve toute son importance.

Conclusion

44 En se fondant sur l'arrêt *Carignan*, la Cour d'appel a établi une distinction entre les enfants nés du mariage et les enfants du conjoint. Comme il a déjà été mentionné, la Loi ne prévoit pas une telle distinction. Une fois reconnu «enfant à charge» au sens de la *Loi sur le divorce*, l'enfant doit être traité comme s'il était issu du mariage. Comme la Cour d'appel du Québec l'a conclu dans *Droit de la famille — 1369*, [1991] R.J.Q. 2822 (C.A.), à la p. 2827:

Une fois le statut d'enfant à charge reconnu, la loi ne permet pas de faire de distinction entre un père biologique et celui qui en tient lieu. Rien dans le libellé de cet article ne laisse en effet entendre que le législateur ait voulu octroyer un privilège quelconque au conjoint qui tient lieu de parent.

45 Même si les liens ont été rompus par une séparation ou un divorce, l'obligation de la personne qui tient lieu de parent d'assumer l'entretien d'un enfant reste la même. Les parents biologiques doivent continuer à payer la pension alimentaire même s'ils perdent le contact avec leurs enfants.

46 Il ressort des faits de l'espèce que l'intimé tenait lieu de père à Jessica. L'intimé s'est présenté aux yeux de Jessica et des tiers comme celui qui assumait l'entière responsabilité parentale à l'égard de cette dernière. M. Chartier est le seul père que Jessica ait connu vu que les parties lui ont fait croire qu'il était son père biologique. L'intimé a même envisagé d'adopter Jessica, et les parties ont fait modifier l'acte de naissance de Jessica pour remplacer le nom de famille de Jessica par celui de l'intimé. Elles ont présenté à cette fin une demande énonçant faussement que l'intimé était le père biologique de Jessica. Après la séparation, l'intimé a

separation, the respondent continued to have visits with Jessica. Eventually access was terminated with regard to both Jessica and his biological child, Jeena.

47 The respondent's unilateral withdrawal from the relationship with Jessica does not change the fact that he acted, in all ways, as a father during the time the family lived together. Therefore, Jessica was a "child of the marriage" when the parties separated and later divorced, with all of the rights and responsibilities which that status entails under the *Divorce Act*. With respect to support from the respondent, Jessica is to be treated in the same way as Jeena.

Disposition

48 At the hearing on November 12, 1998, the following decision was read:

We are all of the view that this appeal be allowed and the judgment of the Court of Appeal be set aside. We declare that the respondent stands in the place of a parent to Jessica Marlo Chartier, reasons to follow.

This case is accordingly remanded to the Court of Queen's Bench of Manitoba (Family Division) for determination of the quantum of child support. This Court orders interim support of $200.00 per month for Jessica as of this date, subject to an application to the Court of Queen's Bench to recover support from the date of the trial judgment to this date.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Paul & Boonov, Winnipeg.

continué à entretenir des relations avec Jessica. Ses droits de visite ont par la suite été suspendus tant à l'endroit de Jessica qu'à l'endroit de son enfant biologique, Jeena.

Que l'intimé ait rompu unilatéralement les liens qui l'unissaient à Jessica ne change rien au fait qu'il s'est comporté, en tous points, comme un père tant que la famille a vécu ensemble. Jessica était donc un «enfant à charge» lorsque les parties se sont séparées et qu'elles ont par la suite divorcé, avec l'ensemble des droits et responsabilités attachés à cette qualité aux termes de la *Loi sur le divorce*. En ce qui concerne la pension alimentaire payable par l'intimé, Jessica doit être traitée de la même manière que Jeena.

Dispositif

À l'audition du 12 novembre 1998, la décision suivante a été rendue:

Nous sommes tous d'avis d'accueillir le présent pourvoi et d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel. Nous déclarons que l'intimé tient lieu de père pour Jessica Marlo Chartier, motifs à suivre.

La présente affaire est donc renvoyée devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (Division de la famille) pour qu'elle détermine le montant de l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant. La Cour ordonne le versement d'une pension alimentaire provisoire pour Jessica de 200 $ par mois, à compter de la présente date, sous réserve d'une requête à la Cour du Banc de la Reine en vue de recouvrer la pension alimentaire à partir de la date du jugement de première instance jusqu'à ce jour.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Paul & Boonov, Winnipeg.

Sail Labrador Limited *Appellant*

v.

The Owners, Navimar Corporation Ltée and All Others Interested in the Ship *Challenge One*, Her Equipment, Bunkers and Freights, and the Ship *Challenge One*, Her Equipment, Bunkers and Freights *Respondents*

INDEXED AS: SAIL LABRADOR LTD. *v.* CHALLENGE ONE (THE)

File No.: 26083.

Hearing and judgment: October 9, 1998.

Reasons delivered: February 4, 1999.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Contracts — Option to purchase — Conditions precedent — Substantial performance — Charter party providing for option to purchase vessel at end of lease — Option made subject to "full performance" of all obligations under charter party — One of lease payments made late owing to bank error — Whether doctrine of substantial performance applies — Whether option to purchase still valid.

The appellant entered into a five-year agreement with the respondent Navimar to charter a vessel. Under clause 30 of the charter party, the appellant had an option to purchase the vessel at the end of the five-year period subject to "full performance of all its obligations in th[e] Charter Party including but not limited to payments being made promptly and in accordance with the schedule of Clause 10 throughout th[e] Agreement". Clause 10 specified the annual payment rate, while clause 11 set out a payment schedule of seven monthly instalments each year. The accepted practice between the parties was for the appellant to submit seven postdated, uncertified cheques to the respondent at the beginning of each operating season. While there were no problems with the cheques for the first four years, the cheque for the first payment in the fifth year was returned by reason of insufficient funds. The trial judge found that the bank's refusal to honour the appellant's cheque was due to an error by a bank employee. The

Sail Labrador Limited *Appelante*

c.

Les propriétaires, Navimar Corporation Ltée et toutes autres personnes ayant un droit sur le navire *Challenge One*, son équipement, ses soutes et le fret, et le navire *Challenge One*, son équipement, ses soutes et le fret *Intimés*

RÉPERTORIÉ: SAIL LABRADOR LTD. *c.* CHALLENGE ONE (LE)

N° du greffe: 26083.

Audition et jugement: 9 octobre 1998.

Motifs déposés: 4 février 1999.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Contrats — Option d'achat — Conditions préalables — Exécution substantielle — Charte-partie contenant une option d'achat d'un navire à l'expiration d'un bail — Option assujettie à l'exécution de toutes les obligations imposées par la charte-partie — Versement tardif d'un loyer résultant de l'erreur d'une banque — La théorie de l'exécution substantielle s'applique-t-elle? — L'option d'achat est-elle toujours valide?

L'appelante a conclu une charte-partie avec l'intimée Navimar afin d'affréter un navire pendant cinq ans. L'article 30 de la charte-partie accordait à l'appelante l'option d'acheter le navire à l'expiration de la période de cinq ans, à la condition qu'elle «exécute toutes les obligations que la [. . .] charte-partie met à sa charge, et notamment qu'[elle] fasse les versements prévus promptement et en conformité avec l'échéancier de l'article 10 pendant toute la durée du contrat». L'article 10 prescrivait le loyer annuel d'affrètement, tandis que l'article 11 établissait un échéancier selon lequel ce loyer serait payable en sept mensualités chaque année. Les parties ont convenu que l'appelante remettrait à l'intimée sept chèques postdatés non certifiés au début de chaque saison d'exploitation. Les chèques n'ont posé aucun problème pendant les quatre premières années, mais le chèque couvrant le premier versement de la cinquième année a été refusé pour provision insuffisante. Le juge de première instance a conclu que le refus de la banque

respondent wrote to the appellant informing it that the option to purchase was void and of no further effect because of the appellant's failure to make the payment as required. In this same letter, the respondent gave the appellant instructions on how it could remedy its late payment. The appellant promptly made the payment with interest in accordance with the respondent's instructions. All subsequent payments were made on time. Under clause 25 of the charter party, the appellant had to supply deck and engine room logs if required by the respondent. After the appellant's late payment the respondent made such a request; it argued at trial that the appellant had breached clause 25 by failing to provide all copies of the logs as requested. At the end of the five-year lease the appellant gave the respondent notice of its intention to exercise the option to purchase and tendered payment. The respondent refused to execute a bill of sale. The Federal Court, Trial Division, granted the appellant's action for a declaration that it was entitled to exercise the option. The Federal Court of Appeal allowed the respondent's appeal.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: While an option may be a unilateral contract, it may also be an element of a bilateral contract in which it is contained. Whether a contract which contains an option clause establishes a single, bilateral contract or two separate contracts, one bilateral and the other unilateral, is a matter of construction. Courts must examine the text of the contract and the context surrounding it in order to determine the intention of the parties, keeping in mind that this Court has previously approved of the tendency by courts to treat offers as calling for bilateral rather than unilateral performance whenever a contract can fairly be so construed. In this case, the lease and the option form a single, bilateral contract. The option and the charter party in which it is contained are intimately connected to one another. The option requires consideration to be binding on both parties, but it can be assumed that it is based on the same consideration as the underlying lease, namely the lease payments. Further connections between the option and the charter party are the fact that the option is specifically made dependent on the performance of the terms of the charter party and the fact that the option and the charter party involve the same property. This single con-

d'honorer le chèque de l'appelante était dû à une erreur de la part d'un employé de la banque. L'intimée a fait parvenir à l'appelante une lettre l'informant que l'option d'achat était devenue nulle et sans effet en raison de l'omission de cette dernière d'effectuer le versement requis. Dans cette même lettre, l'intimée donnait aussi des directives à l'appelante sur la façon dont celle-ci pourrait remédier à son versement tardif. L'appelante s'est alors empressée de faire le versement et de payer les intérêts courus, conformément aux directives de l'intimée. Tous les versements ultérieurs ont été faits à temps. En vertu de l'article 25 de la charte-partie, l'appelante devait fournir à l'intimée, à la demande de celle-ci, les journaux de bord du pont et de la salle des machines. L'intimée a présenté une telle demande après le versement tardif de l'appelante; elle a soutenu en première instance que l'appelante avait contrevenu à l'article 25 en omettant de lui fournir toutes les copies demandées des journaux de bord. À l'expiration du bail de cinq ans, l'appelante a avisé l'intimée de son intention de lever l'option d'achat et elle lui a offert une somme en guise de paiement. L'intimée a refusé de signer un contrat de vente. La Section de première instance de la Cour fédérale a fait droit à l'action intentée par l'appelante en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'elle avait le droit de lever l'option. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de l'intimée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, Iacobucci, Major et Bastarache: Bien qu'une option puisse être un contrat unilatéral, elle peut également constituer un élément du contrat bilatéral dont elle fait partie. La question de savoir si un contrat comportant une clause d'option constitue un seul contrat bilatéral ou deux contrats distincts, l'un bilatéral et l'autre unilatéral, est une question d'interprétation. Les tribunaux doivent examiner le libellé du contrat et le contexte dans lequel il s'inscrit pour déterminer l'intention des parties, tout en ayant à l'esprit que notre Cour a déjà approuvé la tendance des tribunaux à considérer que les offres commandent une exécution bilatérale plutôt qu'unilatérale dans tous les cas où il est vraiment possible de donner une telle interprétation au contrat. En l'espèce, le contrat de location et l'option constituent un seul contrat bilatéral. L'option et la charte-partie qui la contient sont intimement liées. L'option requiert une contrepartie pour lier les deux parties, mais il est possible de présumer qu'elle est fondée sur la même contrepartie que le contrat de location sous-jacent, soit les loyers à verser. L'option et la charte-partie sont également liées du fait qu'il est précisé que la levée de l'option dépend du respect des modalités de la charte-partie et que l'option et

tract contains many terms, some relating to the lease, others to the option. The option itself forms part of the consideration flowing from the respondent to the appellant under this bilateral contract.

Time is not of the essence of a contract unless the parties have expressly made it of the essence or the nature of the property or circumstances allow for such a presumption. Commercial parties should be familiar enough with the applicable law to know that they must use very precise words if their intention is to make time the essence of a contract. The words used in the option clause are simply not precise enough to satisfy this Court that these parties intended to make timely lease payments the essence of this contract. This conclusion is bolstered by the respondent's admission that contracts used in this industry often include the actual words "time is of the essence" when that is in fact the parties' intention. Even if it could be said that the words of the option clause are adequate to make time of the essence in relation to the lease payments, the actual wording of the clause could only support a finding that time is of the essence in relation to clause 10. The trial judge properly found no breach of clause 10 because the appellant's single late payment did not breach the clause 10 requirement to pay $85,000 for the year in which the late payment occurred. Since the presumption that time is not of the essence has not been displaced, the bilateral nature of the contract in this case requires that the substantial non-performance doctrine be applied.

The trial judge's finding that there was substantial compliance with clause 25 should not be disturbed. The vessel in question falls within the scope of s. 261(1) of the *Canada Shipping Act*, which dictates that the logs must remain on board the vessel. Furthermore, clause 25 makes no reference to the removal of the logs from the vessel or the making of copies of the logs, but refers to the actual logs only. The clause 25 requirement that the appellant supply the logs to the respondent upon request should therefore have been interpreted as requiring them to be made available on board the vessel.

la charte-partie portent sur le même bien. Ce seul et unique contrat contient de nombreuses modalités dont certaines ont trait au contrat de location, et d'autres, à l'option. L'option elle-même constitue un élément de la contrepartie consentie par l'intimée à l'appelante en vertu de ce contrat bilatéral.

Le respect des délais n'est pas une condition essentielle d'un contrat, sauf si les parties l'ont expressément stipulé ou si la nature du bien ou des circonstances en cause permet une telle présomption. Des parties qui font du commerce devraient avoir une connaissance suffisante du droit applicable pour savoir qu'elles doivent utiliser des mots très précis pour exprimer leur intention de faire du respect des délais une condition essentielle d'un contrat. Les mots utilisés à la clause d'option ne sont simplement pas assez précis pour convaincre notre Cour que les parties avaient l'intention de faire du versement à temps des loyers une condition essentielle du contrat. Cette conclusion est étayée par l'admission de l'intimée que les contrats utilisés dans ce secteur comprennent souvent l'expression «le respect des délais est une condition essentielle» lorsque telle est, en fait, l'intention des parties. Même si on pouvait affirmer que les mots utilisés à la clause d'option sont suffisants pour faire du respect des délais une condition essentielle en matière de versements de loyer, le libellé de cette clause pourrait seulement étayer une conclusion que le respect des délais est une condition essentielle en ce qui concerne l'article 10. Le juge de première instance a décidé à bon droit qu'il n'a pas été contrevenu à l'article 10 vu que l'appelante, en faisant un seul versement tardif, n'a pas manqué à l'exigence de cet article qu'elle paie la somme de 85 000 $ pour l'année pendant laquelle elle a fait un tel versement. Vu que la présomption que le respect des délais n'est pas une condition essentielle n'a pas été réfutée en l'espèce, la nature bilatérale du contrat requiert l'application de la théorie de l'inexécution substantielle.

Il n'y a pas lieu de modifier la conclusion du juge de première instance que l'article 25 a été substantiellement respecté. Le navire en question est visé par le par. 261(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui exige que les journaux de bord du navire demeurent à son bord. En outre, l'article 25 ne mentionne ni le retrait des journaux de bord du navire, ni la préparation de copies de ces journaux; il ne renvoie qu'aux journaux de bord eux-mêmes. L'exigence de l'article 25 que l'appelante remette les journaux de bord à l'intimée à la demande de celle-ci aurait donc dû être interprétée comme une exigence que les journaux de bord soient mis à la disposition de l'intimée à bord du navire.

Although clause 11 of the charter party specifically states that the appellant is to make monthly payments "in cash in Canadian currency by way of Bank Transfer and/or certified cheques", the fact that the respondent accepted the practice of making payment by post-dated, uncertified cheques indicates that it was not insistent on strict compliance with the method of payment set out in clause 11. It follows that the respondent cannot now insist on a strict application of clause 11. The modified method of payment accepted by the parties involved a risk of delay in clearing the cheques. The respondent must bear the consequences of this risk equally with the appellant because it materialized as a result of their mutually accepted alteration of the strict terms of the agreement. The appellant had sufficient funds in its account to cover its cheque and had no reason to suspect a bank error might delay payment of those funds to the respondent. The appellant always had the intention to pay on time and took all the steps that it could reasonably have been expected to take given the modified payment arrangement into which the parties had entered. Upon being notified by the respondent that its cheque had been refused, the appellant promptly paid the amount due plus interest in accordance with the respondent's instructions. The appellant also made all of the remaining payments under the charter party on time. In these circumstances, the appellant substantially performed its modified clause 11 obligations.

The respondent has no right to cancel the appellant's option to purchase the vessel in this case. This result is consistent with the true intentions of these parties as revealed by all of the circumstances and with the applicable policy reasons. The respondent has received a significant benefit from the appellant's defective performance which it cannot restore. Furthermore, there is no proportionality between the impact of the appellant's defective performance on the respondent and the benefit the appellant will lose if the respondent is permitted to void the option. The deficient performance did not give rise to uncertainty because there was no reason for the respondent to believe that the single late payment, which was caused by a bank error rather than any fault of the appellant, would put future lease payments in doubt. The concern in this instance must be with fairness. On the facts of this case, the respondent was simply not deprived of what it bargained for.

Per Binnie J.: The question of whether a contractual term is satisfied by substantial performance, or whether

Bien que l'article 11 de la charte-partie prévoie expressément que l'appelante doit faire les versements mensuels «en espèces et en devises canadiennes sous forme de virement bancaire ou de chèques certifiés», l'acceptation par l'intimée du mode de paiement par chèques postdatés non certifiés montre que celle-ci n'insistait pas pour que le mode de paiement établi à l'article 11 soit rigoureusement respecté. Il s'ensuit que l'intimée ne saurait désormais insister pour que l'article 11 soit rigoureusement appliqué. Le mode de paiement modifié accepté par les parties comportait un risque de compensation tardive des chèques. L'intimée doit assumer les conséquences de ce risque au même titre que l'appelante, car ce dernier s'est matérialisé à la suite d'une modification, acceptée par les deux parties, des modalités strictes de l'entente. L'appelante avait suffisamment de fonds dans son compte pour couvrir son chèque, et elle n'avait aucune raison de s'attendre à ce qu'une erreur bancaire puisse retarder le versement de ces fonds à l'intimée. L'appelante a toujours eu l'intention de payer à temps et elle a pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle prenne, compte tenu de l'entente de paiement modifiée intervenue entre les parties. Après avoir été avisée par l'intimée que son chèque avait été refusé, l'appelante s'est empressée de verser à l'intimée la somme qu'elle lui devait, en plus des intérêts courus, conformément aux directives de celle-ci. L'appelante a également fait à temps tous les versements qu'il lui restait à faire en vertu de la charte-partie. Dans ces circonstances, l'appelante a exécuté substantiellement les obligations modifiées qui lui incombaient en vertu de l'article 11.

L'intimée n'a, en l'espèce, aucun droit d'annuler l'option d'achat du navire par l'appelante. Cela est conforme à l'intention véritable de ces parties, qui ressort de l'ensemble des circonstances, ainsi qu'aux principes applicables. L'intimée a retiré un avantage important de l'exécution défectueuse de l'appelante, avantage qu'elle n'est pas en mesure de restituer. De plus, il n'y a aucune mesure entre l'effet de l'exécution défectueuse de l'appelante sur l'intimée et l'avantage que l'appelante perdra s'il est permis à l'intimée d'annuler l'option. L'exécution défectueuse n'a créé aucune incertitude car l'intimée n'avait aucune raison de croire qu'un seul paiement tardif, dû à l'erreur d'une banque plutôt qu'à la faute de l'appelante, aurait pour effet de remettre en cause les futurs versements de loyer. En l'espèce, notre Cour doit avoir un souci d'équité. Il ressort des faits de la présente affaire que l'intimée n'a tout simplement pas été privée de ce qu'elle avait négocié.

Le juge Binnie: La question de savoir si une clause contractuelle est respectée par l'exécution substantielle,

strict (or "complete" or "exact") performance is required, is a matter of interpretation. Everything turns on the intention of the parties as expressed (in this case) in the charter party. Here, the contracting parties stipulated "full performance" as a condition precedent to the exercise of the option, and this stipulation should be respected by the courts. The words "all obligations" refer to all of the things required under the contract, and the words "full performance" must therefore refer to the sufficiency of performance of each of them. Substantial performance is less than full performance, according to the ordinary meaning of the words. An option is a unilateral obligation, irrespective of whether it is contained in a unilateral or a bilateral contract. The general approach in *Pierce v. Empey* was therefore agreed with. It is not without significance that in this case the parties stipulated for "full performance" in relation to the exercise of the option (i.e., by including the stipulation in the option clause itself) rather than in relation to their contract generally. While in some contracts the parties can be interpreted to have agreed to the option being governed by the more flexible standard of "substantial" performance, they did not do so here. However, on a proper interpretation of the charter party the conditions precedent to the exercise of the option were satisfied in "full" (or, in the instance of the banking arrangements, the owners were estopped from saying otherwise), and the charterers were thus entitled to exercise the option.

ou si l'exécution stricte (ou encore «complète» ou «à la lettre») est requise, est une question d'interprétation. Tout dépend de l'intention des parties qui est exprimée (en l'espèce) dans la charte-partie. En l'espèce, les parties contractantes ont stipulé que l'exécution de «toutes les obligations» serait une condition préalable à la levée de l'option, et les tribunaux devraient respecter cette stipulation. Les mots «toutes les obligations» visent tout ce que prescrit le contrat, et les mots «exécute toutes les obligations» doivent donc viser le caractère suffisant de l'exécution de chacune d'elles. L'exécution substantielle est moindre que l'exécution de toutes les obligations, selon le sens ordinaire de ces mots. Une option est une obligation unilatérale, peu importe qu'elle figure dans un contrat unilatéral ou dans un contrat bilatéral. Le point de vue général adopté dans l'arrêt *Pierce c. Empey* est donc accepté. Il n'est pas sans importance, en l'espèce, que les parties aient stipulé l'exécution de «toutes les obligations» relativement à la levée de l'option (c'est-à-dire en incluant cette stipulation dans la clause d'option même) plutôt que relativement à leur contrat en général. Bien que, dans certains contrats, il soit possible de considérer que les parties ont accepté que l'option soit régie par le critère plus souple de l'exécution «substantielle», elles ne l'ont pas fait en l'espèce. Cependant, selon une interprétation correcte de la charte-partie, les conditions préalables à la levée de l'option étaient «toutes» remplies (ou, dans le cas des ententes bancaires, les propriétaires n'étaient pas admis à affirmer le contraire), et les affréteurs avaient donc le droit de lever l'option.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *A/S Tankexpress v. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A* (1948), 82 Lloyd's L.R. 43; **distinguished:** *Pierce v. Empey*, [1939] S.C.R. 247; **referred to:** *Canadian Long Island Petroleums Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 715; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187; *Margaronis Navigation Agency, Ltd. v. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.*, [1964] 2 Lloyd's Rep. 153; *Tenax Steamship Co. v. The Brimnes (Owners)*, [1975] Q.B. 929; *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26; *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104; *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444; *West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. v. Saly*, [1966] 1 W.L.R. 1485; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué: *A/S Tankexpress c. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A* (1948), 82 Lloyd's L.R. 43; **distinction d'avec l'arrêt:** *Pierce c. Empey*, [1939] R.C.S. 247; **arrêts mentionnés:** *Canadian Long Island Petroleums Ltd. c. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 715; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187; *Margaronis Navigation Agency, Ltd. c. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.*, [1964] 2 Lloyd's Rep. 153; *Tenax Steamship Co. c. The Brimnes (Owners)*, [1975] Q.B. 929; *Hongkong Fir Shipping Co. c. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26; *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. c. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104; *Sudbrook Trading Estate Ltd. c. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444; *West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. c. Saly*, [1966] 1 W.L.R. 1485; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*,

S.C.R. 779; *Dawson v. Helicopter Exploration Co.*, [1955] S.C.R. 868; *Daku v. Daku* (1964), 49 W.W.R. 552; *Friesen v. Bomok* (1979), 95 D.L.R. (3d) 446; *Nieckar v. Sliwa* (1976), 67 D.L.R. (3d) 378; *Nilsson v. Romaniuk* (1984), 59 A.R. 39; *Re Kennedy & Beaucage Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625; *Davis v. Shaw* (1910), 21 O.L.R. 474; *Lombard North Central Plc. v. Butterworth*, [1987] Q.B. 527; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *Parkin v. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698; *Stickney v. Keeble*, [1915] A.C. 386; *Scandinavian Trading Tanker Co AB v. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade*, [1983] 2 All E.R. 763; *LeMesurier v. Andrus* (1984), 31 R.P.R. 143, rev'd on other grounds (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 129 N.E. 889 (1921); *Lang v. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario* (1908), 17 O.L.R. 262; *Sprague v. Booth* (1908), 21 O.L.R. 637, aff'd [1909] A.C. 576; *Hare v. Nicoll*, [1966] 2 Q.B. 130; *Krause v. Bain Bros. Alta. Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 500; *Bass Holdings Ltd. v. Morton Music Ltd.*, [1987] 2 W.L.R. 397; *Birchmont Furniture Ltd. v. Loewen* (1978), 84 D.L.R. (3d) 599; *Petrillio v. Nelson* (1980), 114 D.L.R. (3d) 273; *Runnymede Iron & Steel Ltd. v. Rossen Engineering and Construction Co.*, [1962] S.C.R. 26; *Gillespie v. Wells* (1912), 2 D.L.R. 519; *Zim Israel Navigation Co. v. Effy Shipping Corp. — The "Effy"*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 18.

By Binnie J.

Applied: *Pierce v. Empey*, [1939] S.C.R. 247; **referred to:** *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104; *Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association v. Bradt* (1895), 25 S.C.R. 154; *Regina Industries Ltd. v. City of Regina*, [1947] S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 261(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 3.
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 22.
Judicature Act, R.S.N. 1990, c. J-4, s. 91.
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 32.
Judicature Act, R.S.N.S. 1989, c. 240, s. 43(8).
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 31.
Law of Property Act, 1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 20, s. 41.
Mercantile Law Amendment Act, C.C.S.M, c. M120, s. 5.

[1991] 1 R.C.S. 779; *Dawson c. Helicopter Exploration Co.*, [1955] R.C.S. 868; *Daku c. Daku* (1964), 49 W.W.R. 552; *Friesen c. Bomok* (1979), 95 D.L.R. (3d) 446; *Nieckar c. Sliwa* (1976), 67 D.L.R. (3d) 378; *Nilsson c. Romaniuk* (1984), 59 A.R. 39; *Re Kennedy & Beaucage Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625; *Davis c. Shaw* (1910), 21 O.L.R. 474; *Lombard North Central Plc. c. Butterworth*, [1987] Q.B. 527; *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *Parkin c. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698; *Stickney c. Keeble*, [1915] A.C. 386; *Scandinavian Trading Tanker Co AB c. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade*, [1983] 2 All E.R. 763; *LeMesurier c. Andrus* (1984), 31 R.P.R. 143, infirmé pour d'autres motifs (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Jacob & Youngs, Inc. c. Kent*, 129 N.E. 889 (1921); *Lang c. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario* (1908), 17 O.L.R. 262; *Sprague c. Booth* (1908), 21 O.L.R. 637, conf. par [1909] A.C. 576; *Hare c. Nicoll*, [1966] 2 Q.B. 130; *Krause c. Bain Bros. Alta. Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 500; *Bass Holdings Ltd. c. Morton Music Ltd.*, [1987] 2 W.L.R. 397; *Birchmont Furniture Ltd. c. Loewen* (1978), 84 D.L.R. (3d) 599; *Petrillio c. Nelson* (1980), 114 D.L.R. (3d) 273; *Runnymede Iron & Steel Ltd. c. Rossen Engineering and Construction Co.*, [1962] R.C.S. 26; *Gillespie c. Wells* (1912), 2 D.L.R. 519; *Zim Israel Navigation Co. c. Effy Shipping Corp. — The «Effy»*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 18.

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué: *Pierce c. Empey*, [1939] R.C.S. 247; **arrêts mentionnés:** *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. c. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104; *Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association c. Bradt* (1895), 25 R.C.S. 154; *Regina Industries Ltd. c. City of Regina*, [1947] R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 22.
Judicature Act, R.S.N. 1990, ch. J-4, art. 91.
Judicature Act, R.S.N.S. 1989, ch. 240, art. 43(8).
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 31.
Law of Property Act, 1925 (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5. ch. 20, art. 41.
Loi modifiant le droit commercial, C.P.L.M., ch. M120, art. 5.
Loi modifiant le droit commercial, L.R.O. 1990, ch. M.10, art. 15.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3.

Mercantile Law Amendment Act, R.S.O. 1990, c. M.10, s. 15.
Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, c. Q-1, s. 45(6).
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, s. 29(2).

Authors Cited

Annotation, "The Law of Options", [1930] 1 D.L.R. 1.
Cozzillio, Michael J. "The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable" (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491.
Di Castri, Victor. *The Law of Vendor and Purchaser*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated July 1998, release 3).
Halsbury's Laws of England, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.
Perell, Paul M. "Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 1.
Perell, Paul M. "Putting Together the Puzzle of Time of the Essence" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 417.
Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 3 F.C. 154, 212 N.R. 256, [1997] F.C.J. No. 451 (QL), reversing a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1996] 3 F.C. 821, 115 F.T.R. 128, [1996] F.C.J. No. 919 (QL), granting a declaration that an option to purchase could be exercised. Appeal allowed.

Elizabeth M. Heneghan, Q.C., for the appellant.

Alain R. Pilotte and *Julie Bergevin*, for the respondents.

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

BASTARACHE J. — The main issue in this appeal is the effect of deficient performance of the terms of a lease upon an owner's right to cancel a purchase option which is expressly made exercis-

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 261(1).
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 32.
Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, ch. Q-1, art. 45(6).
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, art. 29(2).

Doctrine citée

Annotation, «The Law of Options», [1930] 1 D.L.R. 1.
Cozzillio, Michael J. «The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable» (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491.
Di Castri, Victor. *The Law of Vendor and Purchaser*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated July 1998, release 3).
Halsbury's Laws of England, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.
Perell, Paul M. «Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land» (1991), 70 *R. du B. can.* 1.
Perell, Paul M. «Putting Together the Puzzle of Time of the Essence» (1990), 69 *R. du B. can.* 417.
Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 3 C.F. 154, 212 N.R. 256, [1997] A.C.F. nº 451 (QL), qui a annulé un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1996] 3 C.F. 821, 115 F.T.R. 128, [1996] A.C.F. nº 919 (QL), qui avait accordé un jugement déclarant qu'une option d'achat pouvait être levée. Pourvoi accueilli.

Elizabeth M. Heneghan, c.r., pour l'appelante.

Alain R. Pilotte et *Julie Bergevin*, pour les intimés.

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

LE JUGE BASTARACHE — La principale question litigieuse que soulève le présent pourvoi est de savoir quel est l'effet de l'exécution défectueuse des modalités d'un contrat de location sur le droit 1

able subject to full performance of the terms of the lease.

Facts

2 The respondent Navimar is the owner of the vessel *Challenge One*. On June 21, 1985, the appellant Sail Labrador entered into a five-year charter party agreement with the respondent to charter this vessel. Under clause 30 of the charter party, the appellant had an option to purchase the *Challenge One* at the end of the five-year period subject to full performance of all its obligations in the charter party. The relevant provisions of the charter party are:

Hire

10. The Charterer shall pay to the Owner for the use of the vessel a rate of $85,000. Canadian currency per year for each year commencing on and from the day of delivery or June 10, 1985 which ever is the later; hire to continue until the date of redelivery. If the vessel is lost the hire payable for the year of the loss being calculated prorata of the number of days the vessel was available of 208 days. Should the vessel be lost after December 1st of any operating year (which concludes on January 3rd of the following calendar year) the annual Charter of that operating year is payable in full.

Annual Schedule Payments

11. The annual Charter hire shall be payable in seven (7) monthly instalments each and every year of the Charter in accordance with the following schedule.

First year of Charter 1985

1.	1985	August 10th	$12,142.85
2.	1985	September 10th	$12,142.85
3.	1985	October 10th	$12,142.85
4.	1985	November 10th	$12,142.85
5.	1985	December 10th	$12,142.85
6.	1986	January 10th	$12,142.85
7.	1986	February 10th	$12,142.90

du propriétaire d'annuler l'option d'achat dont la levée dépend expressément de l'exécution de toutes les modalités du contrat.

Les faits

L'intimée Navimar est le propriétaire du navire *Challenge One*. Le 21 juin 1985, l'appelante Sail Labrador a conclu une charte-partie avec l'intimée afin d'affréter ce navire pendant cinq ans. L'article 30 de la charte-partie accordait à l'appelante l'option d'acheter le *Challenge One* à l'expiration de la période de cinq ans, à la condition qu'elle ait exécuté toutes les obligations que la charte-partie lui imposait. Voici les dispositions pertinentes de la charte-partie:

[TRADUCTION]

Affrètement

10. L'affréteur verse chaque année au propriétaire du navire la somme de 85 000 $ en devises canadiennes à titre de frais d'utilisation, à compter de la date de livraison du navire, ou du 10 juin 1985, selon la plus tardive de ces dates. L'affrètement durera jusqu'à la date de la remise du navire au propriétaire. En cas de perte du navire, le loyer d'affrètement payable pour l'année pendant laquelle la perte survient est proportionnel au nombre de jours pendant lesquels le navire était disponible, sur une base de 208 jours. En cas de perte du navire après le premier décembre de toute année d'exploitation (qui se termine le 3 janvier de l'année civile suivante), le loyer d'affrètement annuel pour cette année d'exploitation est payable en entier.

Échéancier annuel

11. Le loyer annuel d'affrètement est payable en sept (7) mensualités chaque année que dure la charte-partie conformément à l'échéancier suivant:

Première année de la charte-partie (1985)

1.	1985	10 août	12 142,85 $
2.	1985	10 septembre	12 142,85 $
3.	1985	10 octobre	12 142,85 $
4.	1985	10 novembre	12 142,85 $
5.	1985	10 décembre	12 142,85 $
6.	1986	10 janvier	12 142,85 $
7.	1986	10 février	12 142,90 $

Second year of Charter 1986

1.	1986	August 10th	$12,142.85
2.	1986	September 10th	$12,142.85
3.	1986	October 10th	$12,142.85
4.	1986	November 10th	$12,142.85
5.	1986	December 10th	$12,142.85
6.	1987	January 10th	$12,142.85
7.	1987	February 10th	$12,142.90

Third year of Charter 1987

1.	1987	August 10th	$12,142.85
2.	1987	September 10th	$12,142.85
3.	1987	October 10th	$12,142.85
4.	1987	November 10th	$12,142.85
5.	1987	December 10th	$12,142.85
6.	1988	January 10th	$12,142.85
7.	1988	February 10th	$12,142.90

Fourth year of Charter 1988

1.	1988	August 10th	$12,142.85
2.	1988	September 10th	$12,142.85
3.	1988	October 10th	$12,142.85
4.	1988	November 10th	$12,142.85
5.	1988	December 10th	$12,142.85
6.	1989	January 10th	$12,142.85
7.	1989	February 10th	$12,142.90

Fifth year of Charter 1989

1.	1989	June 10th	$12,142.85
2.	1989	July 10th	$12,142.85
3.	1989	August 10th	$12,142.85
4.	1989	September 10th	$12,142.85
5.	1989	October 10th	$12,142.85
6.	1989	November 10th	$12,142.85
7.	1989	December 10th	$12,142.90

Payments herein above set out are payable to Owners at Quebec City in cash in Canadian currency by way of Bank Transfer and/or certified cheques deposited to the account of:

Navimar Corporation Ltd.

. . .

Should any one of the payments not be deposited as set forth herein, the Owner may forthwith withdraw the vessel from the service/or the Charterer without prejudice to any claim which the Owner may have against the Charterer pursuant to this Charter, nor to any additional rights and/or claims of the Owner pursuant to any collateral guarantee provided by Sail

Deuxième année de la charte-partie (1986)

1.	1986	10 août	12 142,85 $
2.	1986	10 septembre	12 142,85 $
3.	1986	10 octobre	12 142,85 $
4.	1986	10 novembre	12 142,85 $
5.	1986	10 décembre	12 142,85 $
6.	1987	10 janvier	12 142,85 $
7.	1987	10 février	12 142,90 $

Troisième année de la charte-partie (1987)

1.	1987	10 août	12 142,85 $
2.	1987	10 septembre	12 142,85 $
3.	1987	10 octobre	12 142,85 $
4.	1987	10 novembre	12 142,85 $
5.	1987	10 décembre	12 142,85 $
6.	1988	10 janvier	12 142,85 $
7.	1988	10 février	12 142,90 $

Quatrième année de la charte-partie (1988)

1.	1988	10 août	12 142,85 $
2.	1988	10 septembre	12 142,85 $
3.	1988	10 octobre	12 142,85 $
4.	1988	10 novembre	12 142,85 $
5.	1988	10 décembre	12 142,85 $
6.	1989	10 janvier	12 142,85 $
7.	1989	10 février	12 142,90 $

Cinquième année de la charte-partie (1989)

1.	1989	10 juin	12 142,85 $
2.	1989	10 juillet	12 142,85 $
3.	1989	10 août	12 142,85 $
4.	1989	10 septembre	12 142,85 $
5.	1989	10 octobre	12 142,85 $
6.	1989	10 novembre	12 142,85 $
7.	1989	10 décembre	12 142,90 $

Les versements précités sont payables aux propriétaires, à Québec, en espèces et en devises canadiennes sous forme de virement bancaire ou de chèques certifiés déposés dans le compte suivant:

Navimar Corporation Limitée

. . .

Dans le cas où l'un des versements ne serait pas déposé conformément aux modalités susmentionnées, le propriétaire peut sur-le-champ faire cesser l'exploitation du navire ou retirer celui-ci à l'affréteur sans préjudice des réclamations que le propriétaire peut avoir contre l'affréteur en vertu de la présente charte-partie et sans préjudice des autres droits et réclama-

Labrador Ltd. and/or any one of its share holders and/or directors and/or any other guarantors.

. . .

Reports

25. The Charterer, shall keep the Owner informed of the arrival and departure of this vessel at and from all ports of call other than those referred to in Clause 3. At the end of each month the Charterer shall supply deck and engine room logs of the voyages if required by Owner.

. . .

Option to Purchase

30. Subject to full performance of all its obligations in this Charter Party including but not limited to payments being made promptly and in accordance with the schedule of Clause 10 throughout this Agreement, the Charterer shall have an option to purchase the vessel after the five (5) year period of this Charter for the sum of Two Hundred Thousand Dollars ($200,000.00) cash if he notifies the Owner in writing of his intention to purchase by no later than March 31, 1990.

This option shall be enforceable only for a period of fifteen (15) days from the time the Charterer's notice is sent to Owner and is subject to cash payment.

3 Clause 11 of the charter party required the appellant to make a total of 35 monthly payments to the respondent, seven payments during each year of the five-year charter party. The accepted practice between the parties was for the appellant to submit seven post-dated, uncertified cheques to the respondent at the beginning of each operating season. There were no problems with the cheques for the first four years. However, the cheque for the first payment in the fifth year, due on June 10, was returned by reason of insufficient funds. The trial judge found that the bank's refusal to honour the appellant's cheque was due to an error by a bank employee.

tions que le propriétaire peut posséder en vertu de toute garantie accessoire consentie par la Sail Labrador Ltd. ou l'un de ses actionnaires, administrateurs ou cautions.

. . .

Rapports

25. L'affréteur tient le propriétaire au courant des arrivées du navire aux autres ports d'attache que ceux qui sont mentionnés à l'article 3 et de ses départs de ceux-là. À la fin de chaque mois, à la demande du propriétaire, l'affréteur remet les journaux de bord du pont et de la salle des machines.

. . .

Option d'achat

30. À la condition qu'il exécute toutes les obligations que la présente charte-partie met à sa charge, et notamment qu'il fasse les versements prévus promptement et en conformité avec l'échéancier de l'article 10 pendant toute la durée du contrat, l'affréteur a l'option d'acheter le navire à l'expiration de la période de cinq (5) ans de la présente charte-partie moyennant la somme de deux cent mille dollars (200 000 $) en espèces, s'il avise le propriétaire par écrit de son intention de se porter acquéreur du navire au plus tard le 31 mars 1990.

Cette option ne peut être levée que pendant les quinze (15) jours suivant l'envoi par l'affréteur de l'avis précité au propriétaire et doit faire l'objet d'un paiement en espèces.

En vertu de l'article 11 de la charte-partie, l'appelante devait verser en tout 35 mensualités à l'intimée, soit sept versements par année pendant les cinq années que durerait la charte-partie. Les parties ont convenu que l'appelante remettrait à l'intimée sept chèques postdatés non certifiés au début de chaque saison d'exploitation. Les chèques n'ont posé aucun problème pendant les quatre premières années. Cependant, le chèque couvrant le premier versement de la cinquième année, exigible le 10 juin, a été refusé pour provision insuffisante. Le juge de première instance a conclu que le refus de la banque d'honorer le chèque de l'appelante était dû à une erreur de la part d'un employé de la banque.

In a letter dated June 28, 1989, the respondent notified the appellant that its cheque had been refused. The respondent informed the appellant that the option to purchase was void and of no further effect because of the appellant's failure to make the payment as required on June 10, 1989. In this same letter, the respondent gave the appellant instructions on how it could remedy its late payment. The appellant promptly made the payment with interest in accordance with the respondent's instructions. All subsequent payments were made on time.

On October 31, 1989, the appellant wrote to the respondent expressing its view that the option to purchase remained effective. The appellant noted that the default had been due to a bank error and that the error had been promptly remedied in accordance with the respondent's instructions.

Under clause 25 of the charter party, the respondent had the right to be supplied with the vessel's deck and engine room logs upon request. Prior to the June 1989 late payment, the respondent had made no such requests. The respondent's first request under clause 25 was contained in a letter to the appellant dated July 13, 1989. The respondent argued at trial that the appellant had breached clause 25 by failing to provide all copies of the logs as requested.

On January 5, 1990, the appellant gave the respondent notice of its intention to exercise the option. On January 19, the appellant tendered the sum of $200,000. The respondent refused to execute a bill of sale on the basis that the appellant had breached several clauses of the charter party agreement thereby rendering the option void.

The appellant commenced an action against the respondent in the Federal Court, Trial Division, seeking a declaration that it was entitled to exercise the option. The learned trial judge granted the declaration. The Federal Court of Appeal disagreed and allowed an appeal by the respondent.

Dans une lettre datée du 28 juin 1989, l'intimée a avisé l'appelante que son chèque avait été refusé. Elle a informé l'appelante que l'option d'achat était devenue nulle et sans effet en raison de l'omission de cette dernière d'effectuer le versement requis le 10 juin 1989. Dans cette même lettre, l'intimée donnait aussi des directives à l'appelante sur la façon dont celle-ci pourrait remédier à son versement tardif. L'appelante s'est alors empressée de faire le versement et de payer les intérêts courus, conformément aux directives de l'intimée. Tous les versements ultérieurs ont été faits à temps. 4

Le 31 octobre 1989, l'appelante a écrit à l'intimée pour lui dire qu'elle considérait que l'option d'achat demeurait en vigueur. L'appelante a souligné que le défaut avait résulté d'une erreur de la banque, et qu'il avait été rapidement remédié à cette erreur conformément aux directives de l'intimée. 5

En vertu de l'article 25 de la charte-partie, l'intimée pouvait demander que lui soient remis les journaux de bord du pont et de la salle des machines. Avant le versement tardif de juin 1989, l'intimée n'avait jamais présenté une telle demande. La première demande de l'intimée fondée sur l'article 25 figurait dans une lettre en date du 13 juillet 1989 adressée à l'appelante. L'intimée a soutenu en première instance que l'appelante avait contrevenu à l'article 25 en omettant de lui fournir toutes les copies demandées des journaux de bord. 6

Le 5 janvier 1990, l'appelante a avisé l'intimée de son intention de lever l'option. Le 19 janvier, l'appelante a offert la somme de 200 000 $ à l'intimée. L'intimée a alors refusé de signer un contrat de vente pour le motif que l'appelante avait contrevenu à plusieurs articles de la charte-partie, ce qui avait rendu l'option nulle. 7

L'appelante a intenté une action contre l'intimée devant la Section de première instance de la Cour fédérale, en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'elle avait le droit de lever l'option. Le juge de première instance a accordé le jugement déclaratoire. La Cour d'appel fédérale n'était pas du 8

The appellant obtained leave to appeal that decision to this Court with regard to the breaches of clauses 11 and 25 of the charter party.

9 On October 9, 1998, this Court set aside the decision of the Federal Court of Appeal with costs throughout, reasons to follow. These are our reasons.

Judicial History

Federal Court, Trial Division, [1996] 3 F.C. 821

10 In response to the appellant's action, the respondent alleged that the appellant had breached eight separate clauses of the charter party agreement. Nadon J. found that the appellant had breached two clauses of the charter party agreement: clauses 11 and 25.

11 In assessing whether there had been breaches of the charter party, Nadon J. made findings of fact relevant to clauses 11 and 25. For example, in relation to clause 11, he found that the appellant's late payment had been due to a bank error. He also found that the appellant had quickly remedied the late payment with interest in accordance with the respondent's instructions. With reference to clause 25, Nadon J. found that a lack of commercial photocopiers at the appellant's disposal had contributed to its failure to provide copies of its log books as required by this clause. No discussion of the effect of the actions of the appellant preceded Nadon J.'s conclusion that the appellant had effectively breached clauses 11 and 25.

12 After concluding that the appellant had breached two clauses of the charter party, Nadon J. undertook an analysis of the legal principles which would permit him to decide whether the option to purchase was still enforceable. He began by stating that charter party agreements are governed by ordinary principles of contract law. He then cited s. 3 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to

même avis et a accueilli l'appel de l'intimée. L'appelante a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour relativement aux contraventions aux articles 11 et 25 de la charte-partie.

Le 9 octobre 1998, notre Cour annulait l'arrêt de la Cour d'appel fédérale avec dépens dans toutes les cours, en indiquant qu'elle ferait ultérieurement connaître ses motifs, que voici.

Historique des procédures judiciaires

Cour fédérale, Section de première instance, [1996] 3 C.F. 821

En réponse à l'action intentée par l'appelante, l'intimée a fait valoir que celle-ci avait contrevenu à huit articles de la charte-partie. Le juge Nadon a conclu que l'appelante avait contrevenu à deux articles de la charte-partie, soit les articles 11 et 25.

En déterminant s'il avait été contrevenu à la charte-partie, le juge Nadon a tiré des conclusions de fait pertinentes à l'égard des articles 11 et 25. Par exemple, en ce qui concerne l'article 11, il a statué que le versement tardif de l'appelante était dû à une erreur de la banque. Il a également conclu que l'appelante avait rapidement remédié à la situation en effectuant le versement en plus de payer les intérêts courus, conformément aux directives de l'intimée. Quant à l'article 25, le juge Nadon a conclu que le fait que l'appelante ne disposait pas de photocopieurs commerciaux avait contribué à son omission de fournir des copies de ses journaux de bord, comme l'exigeait cet article. La conclusion du juge Nadon que l'appelante avait effectivement contrevenu aux articles 11 et 25 n'était précédée d'aucune analyse de l'effet des actes de l'appelante.

Après avoir conclu que l'appelante avait contrevenu à deux articles de la charte-partie, le juge Nadon a entrepris d'analyser les principes juridiques qui lui permettraient de déterminer si l'option d'achat était toujours exécutoire. Il a commencé par affirmer que les chartes-parties sont régies par les principes ordinaires du droit des contrats. Il a ensuite cité l'art. 3 de la *Loi sur la Cour*

reach the conclusion that the Federal Court has jurisdiction to grant equitable relief.

Nadon J. examined the general characteristics of option contracts. To this end, he cited this Court's decisions in *Canadian Long Island Petroleums Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 715, and *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187.

Nadon J. then addressed the *de minimis non curat lex* principle. He concluded that this principle prevents minor or trivial divergences from the terms of a contract from being considered breaches. He cited *Margaronis Navigation Agency, Ltd. v. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.*, [1964] 2 Lloyd's Rep. 153 (C.A.), for the proposition that negligible divergences from required performance should be disregarded when considering whether a contractual obligation has been broken.

Nadon J. next made reference to the doctrine of "spent breach". He cited British authorities for the proposition that British law requires strict performance of conditions precedent of unilateral contracts, including option contracts. He noted, however, that English courts have recognized the doctrine of spent breach as an exception to the requirement of strict compliance in cases involving option contracts. According to this doctrine, if an option is conditional upon the performance of covenants, the optionee will not be prevented from exercising the option because of past breaches of the covenants if the breaches are "spent", in the sense of not giving rise to a subsisting cause of action at the time the optionee seeks to exercise the option.

Nadon J. held that Canadian law also recognizes a requirement that conditions precedent be strictly complied with prior to the exercise of an option to purchase. He held, however, that Canadian law leaves room for the operation of equitable doc-

fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, pour conclure que la Cour fédérale avait compétence pour accorder une réparation en *equity*.

13 Le juge Nadon a examiné les caractéristiques générales des contrats d'option. À cette fin, il a cité les arrêts de notre Cour *Canadian Long Island Petroleums Ltd. c. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 715, et *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187.

14 Il a alors abordé le principe *de minimis non curat lex*. Il a jugé que ce principe empêche de considérer comme des contraventions les dérogations mineures ou de peu d'importance aux modalités d'un contrat. Il a cité la décision *Margaronis Navigation Agency, Ltd. c. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.*, [1964] 2 Lloyd's Rep. 153 (C.A.), selon laquelle il n'y a pas lieu de tenir compte des entorses négligeables aux clauses du contrat pour déterminer s'il y a eu contravention à une obligation contractuelle.

15 Le juge Nadon a ensuite renvoyé à la théorie de la «contravention périmée». Il a cité une jurisprudence britannique selon laquelle le droit britannique exige que soient rigoureusement remplies toutes les conditions préalables des contrats unilatéraux, y compris les contrats d'option. Il a fait remarquer, cependant, que les tribunaux anglais ont reconnu que la théorie de la contravention périmée constitue une exception à l'exigence d'observation rigoureuse dans les affaires mettant en cause des contrats d'option. Selon cette théorie, si la levée de l'option est conditionnelle à l'exécution de certains engagements, on n'empêchera pas le bénéficiaire de l'option de lever celle-ci en raison de contraventions antérieures si les contraventions sont «périmées», en ce sens qu'elles ne donnent pas ouverture à un droit de recours qui peut encore être exercé au moment où le bénéficiaire cherche à lever l'option.

16 Le juge Nadon a statué que le droit canadien reconnaît lui aussi l'obligation de respecter rigoureusement toutes les conditions préalables avant de pouvoir lever une option d'achat. Il a toutefois conclu que le droit canadien n'exclut pas l'applica-

trines to relieve optionees from this strict performance requirement. To support this conclusion, Nadon J. cited Duff C.J. in *Pierce v. Empey*, [1939] S.C.R. 247, at p. 252:

> It is well settled that a plaintiff invoking the aid of the court for the enforcement of an option for the sale of land must show that the terms of the option as to time and otherwise have been strictly observed. The owner incurs no obligation to sell unless the conditions precedent are fulfilled or, as the result of his conduct, the holder of the option is on some equitable ground relieved from the strict fulfilment of them . . . . [Emphasis added.]

17 Nadon J. then cited numerous authorities for the proposition that the doctrine of spent breach has been recognized in Canadian law. Accordingly, he concluded that a party will not be denied the right to exercise an option if a previous breach has been remedied by the time the option is exercised.

18 Nadon J. then turned to clause 30 of the charter party, the option clause. He held that this clause required only that the appellant substantially perform its obligations under the charter party.

19 Turning to the breaches of clauses 11 and 25, Nadon J. then held that since the appellant had remedied its breach of clause 11 before the exercise of the option, this "spent" breach could not prevent it from exercising the option. Nadon J. made no finding of fact as to when or if the appellant's breach of clause 25 had been remedied. He simply concluded that it would not be equitable to dis-entitle the appellant from exercising the option because of this trivial breach.

20 Nadon J. therefore concluded that the appellant was entitled to exercise the option to purchase set

tion des théories fondées sur l'*equity* qui permettent de dispenser le bénéficiaire d'une option de cette exigence d'observation rigoureuse. Pour étayer cette conclusion, le juge Nadon a cité les propos du juge en chef Duff dans l'arrêt *Pierce c. Empey*, [1939] R.C.S. 247, à la p. 252:

> [TRADUCTION] Il est de jurisprudence constante que le demandeur qui réclame l'aide du tribunal pour obtenir l'exécution forcée d'une option d'achat d'un bien-fonds doit démontrer qu'il a rigoureusement observé les modalités de l'option, et notamment les modalités relatives aux délais à respecter. Le propriétaire n'est nullement tenu de vendre tant que les conditions préalables ne sont pas remplies ou que, en raison de sa conduite, le titulaire de l'option n'est pas dispensé de les remplir rigoureusement pour un motif reconnu en *equity* . . . [Je souligne.]

Le juge Nadon a ensuite cité de nombreux arrêts voulant que la théorie de la contravention périmée soit reconnue en droit canadien. En conséquence, il a décidé qu'on ne refusera pas à une partie le droit de lever une option s'il a été remédié à une contravention antérieure au moment de la levée de l'option.

Il a par la suite analysé l'article 30 de la charte-partie, la clause d'option. Il a statué que cet article obligeait seulement l'appelante à exécuter de façon substantielle les obligations qu'elle avait contractées aux termes de la charte-partie.

En ce qui concerne les contraventions aux articles 11 et 25, le juge Nadon a conclu que, puisque l'appelante avait remédié à sa contravention à l'article 11 avant la levée de l'option, cette contravention «périmée» ne pouvait pas l'empêcher de lever l'option. Le juge Nadon n'a tiré aucune conclusion de fait sur la question de savoir quand il avait été remédié à la contravention à l'article 25 par l'appelante, ou encore s'il y avait été effectivement remédié. Il a simplement conclu qu'il ne serait pas équitable de priver l'appelante de son droit de lever l'option en raison de cette contravention de peu d'importance.

Le juge Nadon a donc conclu que l'appelante avait le droit de lever l'option d'achat prévue à

out in clause 30. He issued a declaration to this end.

Federal Court of Appeal, [1997] 3 F.C. 154

The respondent's main ground of appeal was that Nadon J. had erred in deciding that the appellant could exercise the option to purchase notwithstanding its failure to perform its obligations under clauses 11 and 25 of the charter party agreement.

Décary J.A. delivered the unanimous judgment of the court. He proceeded on the basis of Nadon J.'s findings that the appellant had breached clauses 11 and 25.

Décary J.A. held that Nadon J. had improperly applied the *de minimis* principle. According to Décary J.A., *de minimis* is only a rule of interpretation used to determine whether a breach has been committed. That is, the principle only applies to prevent the finding of a breach on the basis that the parties have implicitly agreed that substantial performance will be tantamount to strict performance. The principle cannot be used to qualify a breach as minimal. Therefore, Décary J.A. held that Nadon J., having found that a breach had been committed, could no longer look to the *de minimis* principle to conclude that the breach was so negligible as to not constitute a breach.

Décary J.A. also suggested that Nadon J. had misinterpreted the words of Duff C.J. in *Pierce*. According to Décary J.A., *Pierce* does not stand for the general proposition that Canadian law leaves room for the operation of equitable doctrines to relieve optionees from strict performance. Rather, *Pierce* will only relieve deficient performance of conditions precedent if the deficiency can be related to the conduct of the owner. Décary J.A. then held that no such relation had been established in this case.

l'article 30, et il a rendu un jugement déclaratoire en ce sens.

Cour d'appel fédérale, [1997] 3 C.F. 154

21 Le principal moyen d'appel soulevé par l'intimée était que le juge Nadon avait commis une erreur en décidant que l'appelante pouvait lever l'option d'achat, même si elle ne s'était pas acquittée des obligations qui lui incombaient en vertu des articles 11 et 25 de la charte-partie.

22 Le juge Décary a rendu le jugement unanime de la cour. Il s'est fondé sur les conclusions du juge Nadon que l'appelante avait contrevenu aux articles 11 et 25.

23 Le juge Décary a conclu que le juge Nadon avait appliqué incorrectement le principe *de minimis*. À son avis, ce principe n'est qu'un principe d'interprétation qui sert à déterminer si une contravention a été commise. En d'autres termes, ce principe ne s'applique que pour empêcher qu'on ne conclue qu'il y a eu contravention eu égard au fait que les parties ont implicitement convenu que l'exécution substantielle des obligations équivaudrait à une exécution rigoureuse. Il ne peut pas être appliqué pour qualifier de minime une contravention. En conséquence, le juge Décary a statué que le juge Nadon, après avoir conclu qu'il y avait eu contravention, ne pouvait plus s'appuyer sur le principe *de minimis* pour conclure qu'elle était négligeable au point de ne pas constituer une contravention.

24 Le juge Décary a également laissé entendre que le juge Nadon avait mal interprété les propos du juge en chef Duff dans l'arrêt *Pierce*. À son avis, il ne ressort pas de cet arrêt que, de façon générale, le droit canadien permet d'appliquer des théories fondées sur l'*equity* pour dispenser le bénéficiaire d'une option de l'exigence d'observation rigoureuse. Au contraire, l'arrêt *Pierce* ne permet de remédier au défaut de remplir les conditions préalables que s'il est possible d'établir un rapport entre le défaut et la conduite du propriétaire. Selon le juge Décary, aucun rapport de cette nature n'a été établi en l'espèce.

25 Décary J.A. held that Nadon J. erred when he related the doctrine of "spent breach" to equity considerations. According to Décary J.A., even though courts have endeavoured to soften the harsh consequences of requiring strict performance by examining whether the wording of the agreement could support an interpretation that all conditions must be fulfilled by the time the option was exercised rather than at the time they initially were to be fulfilled, the basic principle of strict performance remains good law. Whether strict performance is required at any given time prior to the exercise of the option is a matter of construction of each contract and the doctrine of spent breach is not an exception to this principle.

Le juge Décary a conclu que le juge Nadon avait commis une erreur en associant la théorie de la «contravention périmée» à des considérations fondées sur l'*equity*. Selon lui, même si les tribunaux ont tenté d'adoucir les conséquences dures de l'exigence d'observation rigoureuse en vérifiant si le libellé de l'entente pouvait appuyer l'interprétation selon laquelle toutes les conditions doivent avoir été remplies au moment où l'option est levée plutôt qu'au moment où elles devaient initialement l'être, le principe fondamental de l'observation rigoureuse demeure une règle de droit valable. La question de savoir si l'observation rigoureuse est requise à un moment donné avant la levée de l'option ressortit à l'interprétation de chaque contrat, et la théorie de la contravention périmée n'est pas une exception à ce principe.

26 Décary J.A. held that the language used by the parties is key to the interpretation of contracts because courts must give effect to the intention of the parties. He held that if the parties insisted that a condition precedent be fulfilled at a certain time, then it should not be open to the courts to decide that it could be fulfilled at a later time. This would amount to rewriting the contract. To this end, Décary J.A. cited the words of Cairns L.J. in *Tenax Steamship Co. v. The Brimnes (Owners)*, [1975] Q.B. 929 (C.A.), at p. 971: "While it can properly be said that a person who has paid late has remedied his failure to pay, it cannot be said that he has remedied his failure to pay punctually."

Le juge Décary a décidé que les termes employés par les parties revêtent une importance clé en matière d'interprétation des contrats, étant donné que les tribunaux doivent mettre à exécution l'intention de celles-ci. Il a statué que, si les parties ont insisté pour qu'une condition préalable soit remplie à un certain moment, il ne devrait pas être loisible aux tribunaux de décider que cette obligation peut être remplie à une date ultérieure, car cela équivaudrait à un remaniement du contrat. À cette fin, le juge Décary a cité les propos du lord juge Cairns dans *Tenax Steamship Co. c. The Brimnes (Owners)*, [1975] Q.B. 929 (C.A.), à la p. 971: [TRADUCTION] «Bien qu'on puisse valablement affirmer qu'une personne qui a payé après l'échéance a remédié à son défaut de payer, on ne saurait affirmer qu'elle a remédié à son défaut de payer de façon ponctuelle.»

27 Turning to clause 30, the Court of Appeal held that the inclusion of the words "promptly", "in accordance with the schedule" and "throughout this Agreement" in this clause led to the inescapable conclusion that the appellant could only enforce the option if it had made each and every payment the very day it was due under clause 11. I would note that the Court of Appeal's reference to the option clause includes the notation "[*sic*]" after the words "Clause 10". Décary J.A.'s reasoning suggests that he proceeded on the assumption

En ce qui concerne l'article 30, la Cour d'appel a jugé que l'inclusion des mots [TRADUCTION] «promptement», «en conformité avec l'échéancier» et «pendant toute la durée du contrat» amenait inéluctablement à conclure que l'appelante ne pouvait obtenir l'exécution forcée de l'option que si elle avait fait chaque versement le jour même où il devait l'être en vertu de l'article 11. Je fais remarquer que le renvoi, par la Cour d'appel, à la clause d'option, comprend la mention «[*sic*]» après les mots «article 10». Il semble ressortir du raison-

that the reference to clause 10 in the option clause was a typographical error intended to read clause 11, although no such finding was made by the trial judge.

Décary J.A. allowed the appeal on the basis of the appellant's breach of clause 11. As a result, he did not find it necessary to address the breach of clause 25.

Analysis

Nature of the Contract

A great deal of the written and oral arguments in this case were directed at establishing whether the option is an independent contract from the underlying charter party or whether it is simply a term of the charter party. In other words, the question which arose was whether the facts of this case give rise to a single contract or to two separate but related contracts.

The respondent urged this Court to find that the option clause creates a separate contract from the charter party. According to the respondent, the option is a "contract within a contract". In order to understand why the respondent takes this position, it is useful to examine the performance of contracts more generally. For this purpose, I will refer to two well recognized textbooks on contracts: G. H. Treitel's *The Law of Contract* (9th ed. 1995) and S. M. Waddams' *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993).

Both Treitel and Waddams recognize that, as a general rule, parties to a contract must perform their obligations specifically as dictated by the contract. However, if the performance is deficient, for example in quality, quantity or timeliness, it is accepted that the defect in performance must attain a certain minimum degree of seriousness to entitle the non-offending party to rescind the contract. The failure in performance must substantially deprive the other party of what was bargained for. This concept is referred to as substantial non-

nement du juge Décary qu'il a tenu pour acquis que le renvoi à l'article 10 dans la clause d'option était une erreur typographique et qu'il aurait fallu y lire les mots «article 11», bien qu'une telle conclusion n'ait pas été tirée par le juge de première instance.

28 Le juge Décary a accueilli l'appel en fonction de la contravention de l'appelante à l'article 11. Il n'a donc pas jugé nécessaire d'aborder la question de la contravention à l'article 25.

Analyse

La nature du contrat

29 Une grande partie de l'argumentation écrite et orale présentée en l'espèce visait à déterminer si l'option constituait un contrat indépendant de la charte-partie sous-jacente ou si elle n'en était qu'une simple modalité. En d'autres termes, la question soulevée était de savoir si, d'après les faits de la présente affaire, il existait un seul contrat ou encore deux contrats distincts, mais connexes.

30 L'intimée a invité notre Cour à conclure que la clause d'option crée un contrat distinct de la charte-partie. Selon l'intimée, l'option est un «contrat dans le contrat». Pour comprendre la raison pour laquelle l'intimée a adopté ce point de vue, il est utile d'examiner l'exécution des contrats de façon plus générale. Pour ce faire, je me référerai à deux ouvrages bien connus en matière contractuelle, soit *The Law of Contract* (9e éd. 1995) de G. H. Treitel, et *The Law of Contracts* (3e éd. 1993) de S. M. Waddams.

31 Treitel et Waddams reconnaissent tous les deux qu'en règle générale les parties à un contrat doivent remplir les obligations qu'il leur impose expressément. Cependant, si l'exécution est défectueuse, par exemple sur le plan de la qualité, de la quantité ou de l'échéance, on reconnaît que le défaut d'exécution doit avoir un minimum de gravité pour que la partie non fautive puisse résilier le contrat. L'inexécution doit priver d'une façon substantielle l'autre partie de ce qu'elle a négocié. Ce concept est décrit comme l'inexécution substan-

performance or as a requirement that a breach go to the "root" of the contract. In English legal literature, the expression "substantial failure" is used. If this minimum standard is not met, rescission will not be available to the non-offending party. This party will be forced to settle for a remedy in damages. Thus, courts are concerned with the consequences of the deficient performance and the nature of the prejudice caused to the non-offending party when determining whether rescission is available (Treitel, at pp. 685-86; Waddams, at pp. 394-96). The case of *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26 (C.A.), stands for the proposition that courts will apply this type of substantial non-performance test to determine if rescission is available in cases involving charter party contracts like the one in question.

tielle ou l'exigence que la contravention touche à «l'essence même» du contrat. Dans la doctrine anglaise, on trouve l'expression «*substantial failure*» («défaut grave»). S'il n'est pas satisfait à cette norme minimale, la partie non fautive ne peut pas résilier le contrat et ne peut obtenir que des dommages-intérêts. Les tribunaux s'intéressent donc aux conséquences de l'exécution défectueuse et à la nature du préjudice causé à la partie non fautive lorsque vient le temps de décider si la résiliation peut être demandée (Treitel, aux pp. 685 et 686; Waddams, aux pp. 394 à 396). Il ressort de l'arrêt *Hongkong Fir Shipping Co. c. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26 (C.A.), que les tribunaux appliqueront ce type de critère d'inexécution substantielle pour déterminer si la résiliation peut être demandée dans des affaires où il est question de chartes-parties comme celle qui est en cause.

32 The important point for the purposes of this case is the fact that, in the past, courts have distinguished deficient performance in bilateral contracts from deficient performance of options, which have generally been categorized as unilateral contracts. A brief review of basic contract law principles may be in order.

Ce qu'il importe de souligner aux fins de la présente affaire, c'est que, dans le passé, les tribunaux ont établi une distinction entre l'exécution défectueuse en matière de contrats bilatéraux et la levée défectueuse d'options, qui ont généralement été qualifiées de contrats unilatéraux. Il peut être pertinent d'examiner brièvement les principes fondamentaux du droit des contrats.

33 A bilateral contract is a contract in which both parties undertake obligations through an exchange of promises. Acceptance of a bilateral contract, as a general rule, occurs when the offeree communicates its counter-promise to the offeror. In contrast, a unilateral contract is one in which a party makes a promise in return for the performance or forbearance of an act. There is no counter-promise to perform this act or forbearance. In this way, a unilateral contract is a contract in which only one party undertakes a promise. This promise takes the form of an offer which can only be accepted by performance of the required act or forbearance. Such performance provides the other party's consideration, allowing it to enforce the original promise (Treitel, at pp. 35-36; Waddams, at p. 111; *United*

Un contrat bilatéral est un contrat par lequel les deux parties souscrivent à des obligations au moyen d'un échange de promesses. En général, l'acceptation d'un contrat bilatéral a lieu lorsque le destinataire de l'offre communique sa contre-promesse à l'offrant. En revanche, un contrat unilatéral est un contrat par lequel une partie fait une promesse en contrepartie de l'exécution ou de la non-exécution d'un acte. Il n'y a aucune contre-promesse d'exécuter ou de ne pas exécuter cet acte. Ainsi, un contrat unilatéral est un contrat par lequel une seule partie fait une promesse. Cette promesse prend la forme d'une offre qui ne peut être acceptée qu'au moyen de l'exécution ou de la non-exécution de l'acte visé. Une telle exécution donne à l'autre partie une contrepartie lui permettant de faire exécuter la promesse originale (Treitel, aux pp. 35 et 36; Waddams, à la p. 111; *United*

Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd., [1968] 1 All E.R. 104 (C.A.)).

As noted above, courts have generally categorised options as unilateral contracts. In *Mitsui*, *supra*, Major J. set out the three principal features of options, at pp. 200-201: (1) exclusivity and irrevocability of the offer to sell within a specific time period; (2) specification of how the contract of sale may be created by the option holder; and (3) obligation of the parties to enter into a contract of sale if the option is exercised. At page 201, Major J. cites the following words of Lord Diplock in *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444 (H.L.), at pp. 476-77, with approval:

> The option clause cannot be classified as a mere "agreement to make an agreement." There are not any terms left to be agreed between the parties. In modern terminology, it is to be classified as a unilateral or "if" contract. Although it creates from the outset a right on the part of the lessees, which they will be entitled, but not bound, to exercise against the lessors at a future date, it does not give rise to any legal obligations on the part of either party unless and until the lessees give notice in writing to the lessors, within the stipulated period, of their desire to purchase the freehold reversion to the lease. The giving of such notice, however, converts the "if" contract into a synallagmatic or bilateral contract, which creates mutual legal rights and obligations on the part of both lessors and lessees.

In *Canadian Long Island Petroleums Ltd.*, *supra*, at p. 732, Martland J. states:

> In other words, the essence of an option to purchase is that, forthwith upon the granting of the option, the optionee upon the occurrence of certain events solely within his control can compel a conveyance of the property to him.

Thus, it is clear that an option may take the form of a unilateral contract. Upon granting the option, the optionor undertakes the promise to honour its terms if it is exercised by the optionee. The optionee, on the other hand, is under no corresponding obligation to exercise the option. How-

Dominions Trust (Commercial), Ltd. c. Eagle Aircraft Services, Ltd., [1968] 1 All E.R. 104 (C.A.)).

34 Comme nous l'avons vu, les tribunaux ont généralement qualifié les options de contrats unilatéraux. Dans *Mitsui*, précité, le juge Major a énuméré, aux pp. 200 et 201, les trois principales caractéristiques des options: (1) exclusivité et irrévocabilité de l'offre de vente à l'intérieur d'un délai précis, (2) spécification de la façon dont le contrat de vente peut être créé par le titulaire de l'option, et (3) obligation des parties de conclure un contrat de vente si l'option est levée. À la page 201, le juge Major cite, en les approuvant, les propos suivants de lord Diplock dans *Sudbrook Trading Estate Ltd. c. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444 (H.L.), aux pp. 476 et 477:

> [TRADUCTION] La clause d'option ne saurait être qualifiée de simple «engagement à conclure un accord». Il ne reste aucune condition sur laquelle les parties doivent s'entendre. En langage moderne, elle doit être qualifiée de contrat unilatéral ou conditionnel. Bien qu'elle crée, dès le départ, pour les locataires un droit qu'ils pourront, sans y être obligés, opposer aux bailleurs à une date ultérieure, elle ne donne naissance à aucune obligation légale pour ni l'une ni l'autre des parties tant et aussi longtemps que les locataires n'avisent pas par écrit les bailleurs, dans le délai imparti, de leur désir d'acheter la réversion de propriétaire franc relative au bail. Cette notification change toutefois le contrat conditionnel en un contrat synallagmatique ou bilatéral qui crée des droits et des obligations juridiques réciproques entre les bailleurs et les locataires.

35 Dans *Canadian Long Island Petroleums Ltd.*, précité, à la p. 732, le juge Martland affirme:

> En d'autres mots, la nature d'une option d'achat est de donner à l'optant, après que l'option a été accordée, le privilège d'exiger qu'on lui transfère la propriété si certains faits, dont il a seul le contrôle, se produisent.

36 Il est donc clair qu'une option peut prendre la forme d'un contrat unilatéral. En accordant l'option, le donneur d'option promet d'en respecter les modalités si elle est levée par l'optant. Par contre, l'optant n'a aucune obligation correspondante de lever l'option. Cependant, pour lever l'option,

ever, if the optionee chooses to exercise the option, it can do so simply by performing the required conditions precedent.

37 In contrast to the substantial non-performance doctrine which they have applied to bilateral contracts, courts have historically tended to require that conditions precedent to the exercise of options be strictly performed to give rise to liability on the part of the optionor. For example, in *Pierce*, *supra*, a mortgagor in default executed a quit claim deed of the mortgaged land to the mortgagee, who was in possession following foreclosure proceedings. In a letter from the mortgagee's solicitor to the mortgagor's solicitor which accompanied the quit claim deed, the mortgagor was granted a right, for a period of three months, to repurchase the land upon payment of the full amount due under the mortgage. This Court found, at pp. 250-51, that even though the option formed part of the arrangement by which the equity of redemption was released, the parties had clearly expressed their intention that the land rest in the mortgagee free from the equity of redemption. Clearly, the option was a separate, unilateral contract and the conditions precedent to its exercise had to be strictly performed. According to Duff C.J. (at p. 252):

> It is well settled that a plaintiff invoking the aid of the court for the enforcement of an option for the sale of land must show that the terms of the option as to time and otherwise have been strictly observed. The owner incurs no obligation to sell unless the conditions precedent are fulfilled or, as the result of his conduct, the holder of the option is on some equitable ground relieved from the strict fulfilment of them. . . . [Emphasis added.]

38 Likewise, in *West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. v. Saly*, [1966] 1 W.L.R. 1485 (C.A.), Danckwerts L.J., at p. 1489, noted that "an option of this character is a privilege — a right which has always been treated by the law as requiring complete compliance with the terms and conditions upon which the option is to be exercised". Accord-

l'optant n'aura qu'à remplir les conditions préalables requises.

Par opposition à la théorie de l'inexécution substantielle qu'ils ont appliquée aux contrats bilatéraux, les tribunaux ont eu tendance, dans le passé, à exiger que les conditions préalables à la levée d'options soient rigoureusement respectées pour que la responsabilité du donneur d'option soit engagée. Par exemple, dans *Pierce*, précité, un débiteur hypothécaire en défaut avait signé un acte de renonciation au terrain hypothéqué en faveur du créancier hypothécaire, qui en avait la possession à la suite de procédures de forclusion. Par lettre de l'avocat du créancier hypothécaire à celui du débiteur hypothécaire qui était jointe à l'acte de renonciation, le débiteur hypothécaire s'est vu conférer, pour une période de trois mois, le droit de racheter le terrain en payant le montant intégral de la créance hypothécaire. Notre Cour a conclu, aux pp. 250 et 251, que, même si l'option faisait partie de l'entente par laquelle le droit de rachat était abandonné, les parties avaient clairement exprimé la volonté que le créancier hypothécaire demeure en possession du terrain, libre du droit de rachat. Il est évident que l'option constituait un contrat unilatéral distinct et que les conditions préalables à sa levée devaient être rigoureusement respectées. Selon le juge en chef Duff (à la p. 252):

> [TRADUCTION] Il est de jurisprudence constante que le demandeur qui réclame l'aide du tribunal pour obtenir l'exécution forcée d'une option d'achat d'un bien-fonds doit démontrer qu'il a rigoureusement observé les modalités de l'option, et notamment les modalités relatives aux délais à respecter. Le propriétaire n'est nullement tenu de vendre tant que les conditions préalables ne sont pas remplies ou que, en raison de sa conduite, le titulaire de l'option n'est pas dispensé de les remplir rigoureusement pour un motif reconnu en *equity* . . . [Je souligne.]

De même, dans *West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. c. Saly*, [1966] 1 W.L.R. 1485 (C.A.), le lord juge Danckwerts a souligné, à la p. 1489, que [TRADUCTION] «une option de cette nature est un privilège — un droit qui a toujours été considéré sur le plan légal comme exigeant le respect complet des modalités selon lesquelles l'option

ing to the Court, this principle applies even if the condition is the performance of an obligation under another term of the contract in which the option is contained (at pp. 1489-90).

The apparent rationale for the inapplicability of the doctrine of substantial non-performance to the conditions precedent for the exercise of options is the absence of mutual promises in unilateral contracts. That is, since the optionee has made no counter-promise, the optionor has no remedy if the performance is deficient except to refuse to honour its promise. The unavailability of the substantial non-performance doctrine is thus not based on a requirement for certainty (Treitel, at p. 723). The end result is that deficient performance of a condition precedent to the exercise of an option will allow the optionor to refuse to honour the option without showing that there was substantial non-performance. On the other hand, if the performance in question is a promised term of a bilateral contract, like a charter party, the substantial non-performance doctrine would apply to limit the non-offending party's right to rescind. In this way, it appears that the current law prevents the substantial non-performance doctrine from relieving deficient performance of conditions precedent in option contracts because it automatically categorizes them as unilateral in nature.

It thus becomes clear why the respondent urges this Court to find that the option is a separate contract from the underlying, bilateral charter party. It seeks to have the option categorised as an independent, unilateral contract to prevent the appellant from relying on the argument that it has substantially performed the contract. However, while an option may be a unilateral contract, not all options are unilateral contracts. *Pierce*, *supra*, has been interpreted as establishing that all options are unilateral contracts. I disagree and would add that any previous case law which restricts the interpretation of options in this way must not be followed. That an option may be an element of a bilateral contract in which it is contained rather than an independent, unilateral contract is supported by this Court's decision in *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*,

doit être levée». Selon la cour, ce principe s'applique même si la condition est l'exécution d'une obligation prévue par une autre modalité du contrat dont l'option fait partie (aux pp. 1489 et 1490).

39 La raison apparente de l'inapplicabilité de la théorie de l'inexécution substantielle aux conditions préalables à la levée d'options est l'absence de promesses réciproques dans les contrats unilatéraux. Autrement dit, étant donné que l'optant n'a fait aucune contre-promesse, le donneur d'option n'a aucun recours en cas d'exécution défectueuse, si ce n'est le refus de remplir sa promesse. L'impossibilité d'invoquer la théorie de l'inexécution substantielle ne repose donc pas sur une exigence de certitude (Treitel, à la p. 723). La conséquence ultime est que l'exécution défectueuse d'une condition préalable à la levée d'une option permettra au donneur d'option de refuser d'accepter la levée de l'option sans démontrer l'existence d'une inexécution substantielle. Par contre, si l'exécution en cause était une modalité expresse d'un contrat bilatéral, telle une charte-partie, la théorie de l'inexécution substantielle s'appliquerait pour limiter le droit de résiliation de la partie non fautive. Ainsi, le droit actuel paraît empêcher la théorie de l'inexécution substantielle de remédier à l'exécution défectueuse de conditions préalables de contrats d'option, car il les qualifie automatiquement d'unilatéraux par nature.

40 On comprend donc pourquoi l'intimée invite notre Cour à conclure que l'option est un contrat distinct de la charte-partie bilatérale sous-jacente. Elle cherche à faire qualifier l'option de contrat unilatéral indépendant pour empêcher l'appelante d'invoquer l'argument qu'elle a exécuté le contrat de façon substantielle. Toutefois, bien qu'une option puisse être un contrat unilatéral, ce n'est pas toujours le cas. L'arrêt *Pierce*, précité, a été interprété comme établissant que toutes les options sont des contrats unilatéraux. Je ne suis pas de cet avis et j'ajouterais qu'il ne faut pas suivre la jurisprudence antérieure qui restreint ainsi l'interprétation des options. Le fait qu'une option puisse constituer un élément du contrat bilatéral dont elle fait partie plutôt qu'un contrat unilatéral indépendant est étayé par l'arrêt de notre Cour *Monk Corp. c.*

[1991] 1 S.C.R. 779, where it was recognized that a single contract can contain terms which relate to different subject matters.

41 Whether a contract which contains an option clause establishes a single, bilateral contract or two separate contracts, one bilateral and the other unilateral, is a matter of construction. Courts must examine the text of the contract and the context surrounding it in order to determine the intention of the parties, keeping in mind that this Court has previously approved of the tendency by courts to treat offers as calling for bilateral rather than unilateral performance whenever a contract can fairly be so construed: *Dawson v. Helicopter Exploration Co.*, [1955] S.C.R. 868, at p. 874, *per* Rand J.

42 In the case at bar, the option and the charter party in which it is contained are intimately connected to one another. For example, an examination of the issue of consideration reveals such a connection. Without consideration, an option is treated like a simple offer. In such a case, the offeror can withdraw the option at any time prior to acceptance, a power clearly running contrary to the very nature of the option. See for example Annotation, "The Law of Options", [1930] 1 D.L.R. 1, at p. 2; M. J. Cozzillio, "The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable" (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491; P. M. Perell, "Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 3; V. Di Castri, *The Law of Vendor and Purchaser* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 6-16.1 to 6-18. In his article, *supra*, Cozzillio notes that in the case of options contained in lease agreements, American courts have been willing to presume that the rental payments under the lease serve as consideration for the option (at p. 509). In his book, *supra*, Di Castri notes that Canadian courts, like those in the United States, are also willing to presume that options contained in lease agreements gain consideration through the payment of rent under the lease (at p. 6-17). In his article, *supra*, Perell confirms that this is the practice in Canada (at p. 4). For Canadian cases which found

Island Fertilizers Ltd., [1991] 1 R.C.S. 779, dans lequel il a été reconnu qu'un seul contrat peut contenir des modalités relatives à différents objets.

La question de savoir si un contrat comportant une clause d'option constitue un seul contrat bilatéral ou deux contrats distincts, l'un bilatéral et l'autre unilatéral, est une question d'interprétation. Les tribunaux doivent examiner le libellé du contrat et le contexte dans lequel il s'inscrit pour déterminer l'intention des parties, tout en ayant à l'esprit que notre Cour a déjà approuvé la tendance des tribunaux à considérer que les offres commandent une exécution bilatérale plutôt qu'unilatérale dans tous les cas où il est vraiment possible de donner une telle interprétation au contrat: *Dawson c. Helicopter Exploration Co.*, [1955] R.C.S. 868, à la p. 874, le juge Rand.

En l'espèce, l'option et la charte-partie qui la contient sont intimement liées. Par exemple, un examen de la question de la contrepartie révèle l'existence d'un tel lien. Une option qui n'a pas de contrepartie est considérée comme une simple offre. Dans un tel cas, l'offrant peut retirer l'option à tout moment avant l'acceptation, ce qui constitue un pouvoir qui va nettement à l'encontre de la nature même de l'option. Voir, par exemple, Annotation, «The Law of Options», [1930] 1 D.L.R. 1, à la p. 2; M. J. Cozzillio, «The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable» (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491; P. M. Perell, «Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land» (1991), 70 *R. du B. can.* 1, à la p. 3; V. Di Castri, *The Law of Vendor and Purchaser* (feuilles mobiles), vol. 1, aux pp. 6-16.1 à 6-18. Dans son article, *loc. cit.*, Cozzillio note que, dans le cas d'options faisant partie de contrats de location, les tribunaux américains étaient disposés à présumer que les loyers versés aux termes de tels contrats servent de contrepartie aux options qui y sont prévues (à la p. 509). Dans son ouvrage, *op. cit.*, Di Castri fait remarquer que, à l'instar des tribunaux américains, les tribunaux canadiens sont eux aussi disposés à présumer que les loyers versés aux termes d'un contrat de location servent de contrepartie aux options qu'il contient (à la p. 6-17). Dans son article plus récent, *loc. cit.*, Perell con-

that options contained in lease agreements gain consideration through the payment of rent under the lease, see for example *Daku v. Daku* (1964), 49 W.W.R. 552 (Sask. C.A.); *Friesen v. Bomok* (1979), 95 D.L.R. (3d) 446 (Sask. Q.B.); *Nieckar v. Sliwa* (1976), 67 D.L.R. (3d) 378 (Sask. Q.B.); *Nilsson v. Romaniuk* (1984), 59 A.R. 39 (Q.B.).

The option in the present case requires consideration to be binding on both parties, but it can be assumed that it is based on the same consideration as the underlying lease, namely the lease payments. In this way, the charter party and the option in this case are specially connected.

Another connection between the option and the charter party is the fact that the option is specifically made dependent on the performance of the terms of the charter party. An option is not always made dependent on the performance of the underlying contract. In *Re Kennedy & Beaucage Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625 (C.A.), an agreement gave the defendant a 99-year lease of land which included an option to purchase that same land at any time during the currency of the lease. This agreement did not expressly make the option dependent upon fulfilment of the covenants of the underlying lease. Nevertheless, the optionor brought an action seeking a declaration that the optionee was not entitled to exercise the option because it had breached the covenants of the lease. The Ontario Court of Appeal found that the lease and the option were separate and independent contracts, although contained in the same document. One of the reasons the court came to this conclusion was the fact that the option was not made dependent on the covenants in the underlying lease.

The present case involves another significant connection: the option and the charter party involve the same property, namely the vessel the *Challenge One*. In *Daku*, the plaintiff brought an action for specific performance of an option con-

firme que cette pratique a cours au Canada (à la p. 4). En ce qui concerne la jurisprudence canadienne où il a été conclu que le versement des loyers prévus au contrat servent de contrepartie aux options prévues dans les contrats de location, voir notamment *Daku c. Daku* (1964), 49 W.W.R. 552 (C.A. Sask.); *Friesen c. Bomok* (1979), 95 D.L.R. (3d) 446 (B.R. Sask.); *Nieckar c. Sliwa* (1976), 67 D.L.R. (3d) 378 (B.R. Sask.); *Nilsson c. Romaniuk* (1984), 59 A.R. 39 (B.R.).

43 L'option en l'espèce requiert une contrepartie pour lier les deux parties, mais il est possible de présumer qu'elle est fondée sur la même contrepartie que le contrat de location sous-jacent, soit les loyers à verser. De cette façon, il y a un lien spécial entre la charte-partie et l'option dont il est question en l'espèce.

44 L'option et la charte-partie sont également liées du fait qu'il est précisé que la levée de l'option dépend du respect des modalités de la charte-partie. Il n'est pas toujours prévu que la levée d'une option dépend de l'exécution du contrat sous-jacent. Dans *Re Kennedy & Beaucage Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625 (C.A.), une entente accordait à la partie défenderesse un bail d'un bien-fonds d'une durée de 99 ans qui comprenait une option d'achat du bien-fonds à tout moment pendant la durée du bail. Cette entente ne prévoyait pas expressément que la levée de l'option dépendrait du respect des stipulations du contrat sous-jacent. Le donneur d'option a néanmoins intenté une action en vue d'obtenir un jugement déclarant que l'optant n'avait pas le droit de lever l'option, vu qu'il avait contrevenu aux stipulations du bail. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le bail et l'option étaient deux contrats distincts et indépendants, même s'ils faisaient partie du même document. L'une des raisons pour lesquelles la cour est parvenue à cette conclusion était qu'il n'était pas prévu que la levée de l'option dépendrait du respect des stipulations du bail sous-jacent.

45 La présente affaire comporte un autre lien important: l'option et la charte-partie portent sur le même bien, soit le navire *Challenge One*. Dans *Daku*, le demandeur avait intenté une action en vue d'obtenir l'exécution en nature d'une option conte-

tained within a lease. Under the agreement, the plaintiff received a three year lease of real property and an option to purchase that same property. The Court of Appeal unanimously allowed the application. In a concurring decision, Brownridge J.A. stated, at p. 557: "It is true, of course, that a lease and an option may be two separate agreements although contained in one document".

46 However, Brownridge J.A. went on to find that the option and the lease could not be separated on the facts of that case. He concluded that the document as a whole would have to stand or fall in its entirety (at p. 557). Thus, since the lease stood, so too did the option.

47 In contrast, in *Davis v. Shaw* (1910), 21 O.L.R. 474 (Div. Ct.), a document contained a purchase and sale agreement for one parcel of land, and an option to purchase another parcel of land. In that case, the plaintiff sought specific performance of the option and argued that the sale of the first parcel of land constituted the consideration for the option to purchase the second parcel. The court rejected this submission. According to the court, the option to purchase the second parcel of land was not sufficiently connected to the sale of the first parcel of land to allow for a finding that the sale price also constituted consideration for the option. The court thus found that the two agreements, the sale and the option, though contained in the same document, were two independent agreements.

48 The apparent inconsistency between the cases of *Davis* and *Daku* can be reconciled by the fact that in one case the underlying contract and the option applied to two separate parcels of land, while in the other the underlying contract and the option applied to the same property. Thus, in *Davis*, where the underlying contract and the option applied to two separate parcels of land, the court found two separate contracts, though contained in the same document. In *Daku*, where the underlying contract and the option applied to the same property, the court found a single contract.

nue dans un bail. L'entente accordait au demandeur un bail d'un bien-fonds d'une durée de trois ans et une option d'achat de ce bien-fonds. La Cour d'appel a accueilli l'appel à l'unanimité. Dans ses motifs concordants, le juge Brownridge a dit, à la p. 557: [TRADUCTION] «Il est vrai, bien entendu, qu'un bail et une option peuvent constituer deux ententes distinctes même s'ils font partie d'un seul document».

Cependant, le juge Brownridge a ensuite conclu que l'option et le bail n'étaient pas séparables selon les faits de l'affaire. Il a conclu que le document dans son ensemble devait être maintenu ou rejeté intégralement (à la p. 557). Ainsi, comme le bail était maintenu, l'option l'était elle aussi.

Par contre, dans l'affaire *Davis c. Shaw* (1910), 21 O.L.R. 474 (C. div.), un document contenait une convention d'achat-vente d'une parcelle de terrain, de même qu'une option d'achat d'une autre parcelle de terrain. Dans cette affaire, le demandeur sollicitait l'exécution en nature de l'option en faisant valoir que la vente de la première parcelle de terrain constituait la contrepartie de l'option d'achat de la deuxième parcelle. La cour a rejeté cet argument. Selon elle, l'option d'achat de la deuxième parcelle de terrain n'était pas suffisamment liée à la vente de la première parcelle pour qu'elle puisse conclure que le prix de vente constituait également une contrepartie de l'option. La cour a donc conclu que les deux ententes (la vente et l'option) constituaient deux ententes indépendantes même si elles faisaient partie du même document.

L'incompatibilité apparente des arrêts *Davis* et *Daku* peut être aplanie par le fait que, dans un cas, le contrat sous-jacent et l'option s'appliquaient à deux parcelles de terrain distinctes, alors que, dans l'autre cas, le contrat sous-jacent et l'option s'appliquaient au même bien. Ainsi, dans l'arrêt *Davis*, où le contrat sous-jacent et l'option s'appliquaient à deux parcelles de terrain distinctes, la cour a conclu à l'existence de deux contrats distincts quoique faisant partie du même document. Dans l'arrêt *Daku*, où le contrat sous-jacent et l'option s'appliquaient au même bien, la cour a conclu à l'existence d'un seul contrat.

Based on the examination of the facts in the present case, it is my opinion that the lease and the option form a single, bilateral contract. This single contract contains many terms, some relating to the lease, others to the option. The option itself forms part of the consideration flowing from the respondent to the appellant under this bilateral contract.

Interpretation of the Contract

Having found that the option in the present case is a clause of the bilateral charter party, it must next be determined whether the parties have expressly provided for literal and strict enforcement of any or all of the terms of this contract. Courts will generally give effect to the parties' intentions by upholding any clear contractual provisions which provide that the breach of a certain term, no matter how slight, will justify rescission of the entire contract by the non-offending party (Waddams, *supra*, pp. 400-401; Treitel, *supra*, pp. 694-95; *Lombard North Central Plc. v. Butterworth*, [1987] Q.B. 527 (C.A.)). If the parties have made no such provisions, the bilateral nature of the contract in the present case will require that this Court apply the substantial non-performance doctrine.

One element of performance which parties to a contract may wish to have strictly interpreted is the timing of performance. In *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904, the House of Lords traced the legal and equitable treatment of the timing of performance. Generally, at common law at the time of the Judicature Acts, time was presumed to be of the essence in all contracts. However, as Lords Diplock and Simon of Glaisdale point out in *United Scientific*, at pp. 927-28 and pp. 940-41 respectively, even at that time exceptions to this strict common law approach were being recognized and developed. At the same time, in equity, time was generally presumed not to be of the essence. In *Parkin v. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698, Lord Romilly M.R. noted that "time is held to be of the essence of the contract in equity, only in cases of direct stipulation, or of necessary implication" (p. 65). Similarly, in *Stickney v. Keeble*, [1915]

Compte tenu des faits de la présente affaire, je suis d'avis que le contrat de location et l'option constituent un seul contrat bilatéral. Ce seul et unique contrat contient de nombreuses modalités dont certaines ont trait au contrat de location, et d'autres, à l'option. L'option elle-même constitue un élément de la contrepartie consentie par l'intimée à l'appelante en vertu de ce contrat bilatéral. 49

L'interprétation du contrat

Après avoir conclu que l'option en cause dans la présente affaire est une clause de la charte-partie bilatérale, il faut ensuite décider si les parties ont expressément prévu l'exécution rigoureuse et à la lettre de l'ensemble ou d'une partie des modalités de ce contrat. Les tribunaux mettent généralement à exécution l'intention des parties en confirmant toute disposition contractuelle claire qui prévoit que le moindre défaut de respecter une modalité donnée justifiera la résiliation de tout le contrat par la partie non fautive (Waddams, *op. cit.*, aux pp. 400 et 401; Treitel, *op. cit.*, aux pp. 694 et 695; *Lombard North Central Plc. c. Butterworth*, [1987] Q.B. 527 (C.A.)). Si les parties n'ont rien prévu en ce sens, notre Cour devra appliquer la théorie de l'inexécution substantielle en raison de la nature bilatérale du contrat en l'espèce. 50

L'un des éléments d'exécution que les parties peuvent souhaiter voir interpréter strictement est le délai d'exécution. Dans *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904, la Chambre des lords a établi la façon de traiter le délai d'exécution en common law et en *equity*. En common law, à l'époque des *Judicature Acts*, le respect des délais était généralement présumé constituer une condition essentielle de tous les contrats. Toutefois, comme les lords Diplock et Simon of Glaisdale le font remarquer dans *United Scientific*, aux pp. 927 et 928 et aux pp. 940 et 941 respectivement, même à cette époque, des exceptions à cette approche restrictive de common law étaient reconnues et établies. À la même époque, en *equity*, le respect des délais n'était pas généralement présumé constituer une condition essentielle. Dans *Parkin c. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698, le maître des rôles lord Romilly a souligné que [TRADUCTION] «le respect des délais n'est 51

A.C. 386 (H.L.), Lord Parker of Waddington said, at pp. 415-16:

Where it [equity] could do so without injustice to the contracting parties it decreed specific performance notwithstanding failure to observe the time fixed by the contract for completion, and as an incident of specific performance relieved the party in default by restraining proceedings at law based on such failure.

This is really all that is meant by and involved in the maxim that in equity the time fixed for completion is not of the essence of the contract, but this maxim never had any application to cases in which the stipulation as to time could not be disregarded without injustice to the parties, when, for example, the parties, for reasons best known to themselves, had stipulated that the time fixed should be essential, or where there was something in the nature of the property or the surrounding circumstances which would render it inequitable to treat it as a non-essential term of the contract.

52 In *United Scientific*, *supra*, Lord Diplock reiterated the historic approach of equity to the issue of the timeliness of performance as follows, at p. 927:

. . . the rules of equity, to the extent that the Court of Chancery had developed them up to 1873 as a system distinct from rules of common law, did not regard stipulations in contracts as to the time by which various steps should be taken by the parties as being of the essence of the contract unless the express words of the contract, the nature of its subject matter or the surrounding circumstances made it inequitable not to treat the failure of one party to comply exactly with the stipulation as relieving the other party from the duty to perform his obligations under the contract. [Emphasis added.]

53 Thus, at the time of the Judicature Acts, equity presumed that time was not of the essence unless the parties had expressly made it of the essence or the nature of the property or circumstances allowed for such a presumption. Since the Judicature Acts, the rule of equity has prevailed in

considéré comme une condition essentielle du contrat en *equity* que dans les cas de stipulation expresse ou de déduction nécessaire» (p. 65). De même, dans *Stickney c. Keeble*, [1915] A.C. 386 (H.L.), lord Parker of Waddington a dit, aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] Lorsqu'en [*equity*] il était possible de le faire sans commettre d'injustice à l'égard des parties contractantes, l'exécution en nature était ordonnée malgré le défaut de respecter le délai fixé par le contrat pour la fin des travaux et, à titre d'accessoire de l'exécution en nature, la partie en défaut était exonérée par une restriction des recours fondés sur son défaut.

Il s'agit vraiment de la seule signification et de la seule conséquence de la maxime qui veut qu'en *equity* le délai fixé pour la fin des travaux n'est pas une condition essentielle du contrat; mais cette maxime n'a jamais été appliquée dans les cas où on ne pouvait passer outre au délai fixé sans créer d'injustice envers les parties, soit lorsque, par exemple, les parties avaient stipulé, pour des raisons qui leur étaient propres, que le délai fixé devait être essentiel ou lorsqu'un élément dans la nature des biens ou dans les faits en cause faisait en sorte qu'il ne serait pas équitable de considérer cette stipulation comme n'étant pas une modalité essentielle du contrat.

Dans *United Scientific*, précité, lord Diplock a réitéré ainsi, à la p. 927, la façon dont l'*equity* a abordé, par le passé, la question du respect du délai d'exécution:

[TRADUCTION] . . . en vertu des règles de l'equity, dans la mesure où la Cour de la chancellerie les avait établies, jusqu'en 1873, en tant que système distinct des règles de la common law, les stipulations des contrats relatives au délai dans lequel les parties devaient prendre certaines mesures n'étaient pas considérées comme des conditions essentielles du contrat, à moins que le libellé du contrat, la nature de son objet ou les circonstances l'entourant fassent en sorte qu'il serait inéquitable de ne pas considérer que le défaut d'une partie de se conformer à la lettre à la stipulation en cause dégageait l'autre partie de son devoir d'exécuter ses obligations en vertu du contrat. [Je souligne.]

En conséquence, à l'époque des *Judicature Acts*, il était présumé, en *equity*, que le respect des délais n'était pas une condition essentielle, sauf si les parties l'avaient expressément stipulé ou si la nature du bien ou des circonstances en cause permettait une telle présomption. Depuis l'adoption

Canada and there is therefore no general presumption that time is of the essence. See for example in Alberta, *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 22; in British Columbia, *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 31; in Manitoba, *Mercantile Law Amendment Act*, C.C.S.M, c. M120, s. 5; in New Brunswick, *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 32; in Newfoundland, *Judicature Act*, R.S.N. 1990, c. J-4, s. 91; in Nova Scotia, *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, c. 240, s. 43(8); in Ontario, *Mercantile Law Amendment Act*, R.S.O. 1990, c. M.10, s. 15; in Prince Edward Island, *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, s. 29(2); in Saskatchewan, *Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, c. Q-1, s. 45(6). Similarly, in *United Scientific*, Lord Simon noted, at p. 940, that "in modern English law time is prima facie not of the essence of a contract". See *Law of Property Act, 1925* (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 20, s. 41.

des *Judicature Acts*, la règle d'*equity* prévaut au Canada, de sorte qu'il n'existe aucune présomption générale que le respect des délais est une condition essentielle. Voir, par exemple, en Alberta, *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 22; en Colombie-Britannique, *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 31; au Manitoba, *Loi modifiant le droit commercial*, C.P.L.M., ch. M120, art. 5; au Nouveau-Brunswick, *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 32; à Terre-Neuve, *Judicature Act*, R.S.N. 1990, ch. J-4, art. 91; en Nouvelle-Écosse, *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 240, par. 43(8); en Ontario, *Loi modifiant le droit commercial*, L.R.O. 1990, ch. M.10, art. 15; à l'Île-du-Prince-Édouard, *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, par. 29(2); en Saskatchewan, *Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, ch. Q-1, par. 45(6). De même, dans *United Scientific*, lord Simon a souligné, à la p. 940, [TRADUCTION] «qu'en droit anglais contemporain, le respect des délais n'est pas à première vue une condition essentielle du contrat». Voir *Law of Property Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5. ch. 20, art. 41.

This Court must therefore begin from the presumption that time is not of the essence in the contract in the present case. However, keeping in mind that parties to commercial contracts are free to make time of the essence in relation to the performance of any contractual obligations (*United Scientific*, at p. 923; *Scandinavian Trading Tanker Co AB v. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade*, [1983] 2 All E.R. 763 (H.L.), at p. 768), I must assess whether these parties have expressly made time the essence of this contract through the incorporation of a "time of the essence" clause. If they have not, this Court may still conclude that time is of the essence if the nature of the property involved or the circumstance of this case call for such an interpretation. 54

Notre Cour doit donc partir de la présomption que le respect des délais n'est pas une condition essentielle du contrat en l'espèce. Cependant, en ayant à l'esprit que les parties à un contrat commercial sont libres de faire du respect des délais une condition essentielle de l'exécution de toute obligation contractuelle (*United Scientific*, à la p. 923; *Scandinavian Trading Tanker Co AB c. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade*, [1983] 2 All E.R. 763 (H.L.), à la p. 768), je dois vérifier si les parties en ont fait expressément une condition essentielle du présent contrat par l'insertion d'une clause de rigueur des délais. Même si elles ne l'ont pas fait, notre Cour peut toujours conclure que le respect des délais est une condition essentielle si la nature du bien en cause ou les circonstances de la présente affaire requièrent une telle interprétation.

Is Clause 30 a "Time of the Essence" Clause?

L'article 30 est-il une clause de rigueur des délais?

This Court must look to the actual language used by these parties in clause 30, the option 55

Notre Cour doit se référer aux termes mêmes utilisés par les parties à l'article 30, soit la clause

clause, to determine whether it was their intention to expressly make time of the essence. The respondent submits that since this is a commercial contract entered into by equal parties, the wording of clause 30 must be strictly construed. The respondent further submits that the words "promptly and in accordance with the schedule" make time of the essence in relation to the lease payments. Accordingly, the argument goes, the appellant's single late payment, even though it was caused by a bank error and quickly remedied with interest, allows the respondent to put an end to the option.

56 Before discussing the strict interpretation urged by the respondent, I would point out that commercial parties should be familiar enough with the applicable law to know that they must use very precise words if their intention is to make time the essence of a contract. This is self-evident given that the reason for the inclusion of a clause of this nature in the first place is to provide certainty about the consequences of breach which the substantial non-performance doctrine cannot provide. Furthermore, because of the real possibility of an unjust enrichment, courts must be certain that it was the parties' intention to allow any breach of the timing of performance, no matter how minor or non-prejudicial, to justify rescission of the entire contract.

57 In my opinion, the words used in clause 30 are simply not precise enough to satisfy this Court that these parties intended to make timely lease payments the essence of this contract. The word "promptly" adds nothing to the words "in accordance with the schedule". Read together, these words call for regular payment. Nothing exceptional about the obligations of the parties can be inferred. This conclusion is bolstered by the respondent's admission in oral argument that contracts used in this industry often include the actual

d'option, pour déterminer si elles ont voulu faire expressément du respect des délais une condition essentielle. L'intimée soutient que, vu qu'il s'agit d'un contrat commercial conclu par deux parties égales, le libellé de l'article 30 doit recevoir une interprétation stricte. Elle fait également valoir que l'expression [TRADUCTION] «promptement et en conformité avec l'échéancier» fait du versement à temps des loyers une condition essentielle. En conséquence, suivant cet argument, le seul versement tardif de l'appelante, bien qu'il résulte d'une erreur de la banque et qu'il y ait rapidement été remédié par le paiement de la somme due et des intérêts courus, permet à l'intimée de mettre fin à l'option.

Avant de discuter de l'interprétation stricte préconisée par l'intimée, je tiens à souligner que des parties qui font du commerce devraient avoir une connaissance suffisante du droit applicable pour savoir qu'elles doivent utiliser des mots très précis pour exprimer leur intention de faire du respect des délais une condition essentielle d'un contrat. Cela va de soi, étant donné que l'inclusion d'une telle clause vise avant tout à établir, au sujet des conséquences d'un défaut d'exécution, une certitude que ne peut établir la théorie de l'inexécution substantielle. De plus, en raison de la possibilité réelle d'enrichissement sans cause, les tribunaux doivent être certains que les parties ont voulu permettre que tout manquement aux délais d'exécution, peu importe qu'il soit mineur ou non préjudiciable, soit suffisant pour justifier la résiliation de tout le contrat.

À mon avis, les mots utilisés à l'article 30 ne sont simplement pas assez précis pour convaincre notre Cour que les parties avaient l'intention de faire du versement à temps des loyers une condition essentielle du contrat. Le mot «promptement» n'ajoute rien aux mots «en conformité avec l'échéancier». Interprétés conjointement, ces mots exigent que les versements soient effectués à intervalles réguliers. On ne peut rien en déduire d'exceptionnel à l'égard des obligations des parties. Cette conclusion est étayée par l'admission de l'intimée, lors des plaidoiries, que les contrats utilisés dans ce secteur comprennent souvent l'expression [TRADUCTION] «le respect des délais est une condi-

words "time is of the essence" when the parties intend to, in fact, make time of the essence.

Binnie J., in his separate reasons, attaches great importance to the use of the words "full performance" in clause 30. An examination of the use of this expression in case law reveals that these words, which do not appear to be terms of art, refer to the obligation to do all things required under the contract, not to the manner of performance of the obligation; see *LeMesurier v. Andrus* (1984), 31 R.P.R. 143 (Ont. H.C.), at p. 168, reversed on other grounds (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.). This view is also advocated in the United States; see for example *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 129 N.E. 889 (N.Y. 1921), at p. 890 (Cardozo J.). *Halsbury's Laws of England*, which Binnie J. quotes, refers to "exact" performance when addressing the issue under review here, but states that even exact performance is mitigated by the doctrine of substantial non-performance in appropriate cases; see *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1998), vol. 9(1), at para. 921. I would therefore conclude that the use of the words "full performance" by these parties was not sufficient to change their obligations, particularly since timely performance, which is at issue here, is generally considered to be a separate issue.

Even if it could be said that the words of clause 30 are adequate to make time of the essence in relation to the lease payments, the actual wording of clause 30 could only support a finding that time is of the essence in relation to Clause 10, since it reads: "payments being made promptly and in accordance with the schedule of clause 10 throughout this Agreement". The respondent urges this Court to find that the reference to clause 10 in the option clause is a typographical error and was meant to read "clause 11". It appears that the Federal Court of Appeal proceeded on this assumption since its reference to the option clause includes the notation "[*sic*]" after the words "clause 10". As noted, no such finding was made by the trial judge.

tion essentielle» lorsque les parties ont, en fait, l'intention de subordonner l'exécution du contrat à une clause de rigueur des délais.

58 Le juge Binnie, dans des motifs distincts, attache une grande importance aux mots [TRADUCTION] «exécute toutes les obligations» de l'article 30. Il ressort d'un examen de l'utilisation de ces mots, non techniques semble-t-il, dans la jurisprudence qu'ils ont trait à l'obligation de faire tout ce que le contrat demande de faire, et non pas à la façon d'exécuter cette obligation; voir *LeMesurier c. Andrus* (1984), 31 R.P.R. 143 (H.C. Ont.), à la p. 168, infirmé pour d'autres motifs (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.). Ce point de vue est également préconisé aux États-Unis; voir, par exemple, *Jacob & Youngs, Inc. c. Kent*, 129 N.E. 889 (N.Y. 1921), à la p. 890 (le juge Cardozo). Dans *Halsbury's Laws of England*, que cite le juge Binnie, on parle d'exécution «à la lettre» (*«exact» performance*) au moment d'aborder la question examinée en l'espèce, mais on y affirme que même l'exécution à la lettre est atténuée par la théorie de l'inexécution substantielle dans des cas appropriés; voir *Halsbury's Laws of England* (4e éd. 1998), vol. 9(1), au par. 921. Je suis donc d'avis de conclure que l'utilisation par les présentes parties des mots «exécute toutes les obligations» n'était pas suffisante pour changer leurs obligations, étant donné particulièrement que l'exécution à temps, qui est en cause en l'espèce, est généralement considérée comme une question distincte.

59 Même si on pouvait affirmer que les mots utilisés à l'article 30 sont suffisants pour faire du respect des délais une condition essentielle en matière de versements de loyer, le libellé de cet article pourrait seulement étayer une conclusion que le respect des délais est une condition essentielle en ce qui concerne l'article 10, étant donné qu'il parle de faire «les versements prévus promptement et en conformité avec l'échéancier de l'article 10 pendant toute la durée du contrat». L'intimée invite notre Cour à statuer que le renvoi à l'article 10 dans la clause d'option est une erreur typographique et qu'il aurait plutôt fallu y lire «l'article 11». La Cour d'appel fédérale paraît avoir examiné l'affaire en fonction de cette supposition, car en

Both clauses 10 and 11 contain schedules. Furthermore, a reference to clause 10 in the option clause is more consistent with what the parties would reasonably have intended had they addressed their minds to this issue upon entering the charter party. Indeed, it makes more commercial sense that the respondent would be more insistent on receiving a total of $85,000 per year than each monthly payment on the exact day it falls due. In addition, it is unlikely that the parties could have intended that a single late payment among 35 payments made over a five year term, caused by no fault of the appellant and quickly remedied with interest, would void the option, given its importance to the contract as a whole.

renvoyant à la clause d'option, elle a inséré la mention «[*sic*]» après les mots «article 10». Comme nous l'avons vu, aucune conclusion de cette nature n'a été tirée par le juge de première instance. Tant l'article 10 que l'article 11 établissent un échéancier. De plus, un renvoi à l'article 10 dans la clause d'option est plus compatible avec ce que les parties auraient raisonnablement voulu si elles s'étaient penchées sur cette question en signant la charte-partie. En fait, il est plus logique, du point de vue commercial, que l'intimée insiste davantage pour qu'une somme totale de 85 000 $ lui soit versée chaque année, plutôt que pour que chaque versement mensuel soit fait la journée même où il est dû. En outre, il est peu probable que les parties aient pu vouloir que, des 35 versements à faire sur une période de cinq ans, un seul versement tardif ne résultant pas d'une faute de l'appelante et ayant été rapidement fait par la suite, avec les intérêts courus, annule l'option, vu l'importance qu'elle revêt à l'égard du contrat dans son ensemble.

60 Since the option clause expressly refers to clause 10 and not clause 11, it is logical to conclude that the parties could only have intended that time be of the essence in relation to clause 10, should the words used in fact be sufficient to imply a time of the essence clause. The trial judge properly found no breach of clause 10 because the appellant's single late payment did not breach the clause 10 requirement to pay $85,000 for the year in which the late payment occurred. As the trial judge found, the late payment was, at most, a breach of clause 11, which sets out the exact day upon which each monthly payment was due.

Vu que la clause d'option renvoie expressément à l'article 10 et non pas à l'article 11, il est logique de conclure que les parties ont forcément voulu assujettir l'article 10 à une clause de rigueur des délais, à supposer que les mots utilisés dans cet article soient effectivement suffisants pour déduire l'existence d'une telle clause. Le juge de première instance a décidé à bon droit qu'il n'a pas été contrevenu à l'article 10 vu que l'appelante, en faisant un seul versement tardif, n'a pas manqué à l'exigence de cet article qu'elle paie la somme de 85 000 $ pour l'année pendant laquelle elle a fait un tel versement. Comme l'a conclu le juge de première instance, le versement tardif constituait tout au plus une contravention à l'article 11, qui établit la journée à laquelle chaque versement mensuel devait être effectué.

61 Having found that the actual wording of clause 30 reveals no intention on behalf of these parties to expressly make timely lease payments of the essence in relation to the exercise of the option by the appellant, this Court must next assess whether the nature of the property involved or the circum-

Ayant conclu que le libellé de l'article 30 ne révèle aucune intention expresse de la part de ces parties de faire du versement à temps des loyers une condition essentielle de la levée de l'option par l'appelante, notre Cour doit maintenant déterminer si la nature du bien en cause ou les circonstances

stances in the present case call for such an interpretation.

Can "Time is of the Essence" be Implied from the Property Involved or the Circumstances in the Present Case?

Time will be presumed to be of the essence if the subject matter of a contract is the acquisition of a perishable commodity or something which is likely to rapidly change in value. See for example *Lang v. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario* (1908), 17 O.L.R. 262 (Ch. D.); *Sprague v. Booth* (1908), 21 O.L.R. 637 (C.A.), aff'd [1909] A.C. 576 (P.C.); *Hare v. Nicoll*, [1966] 2 Q.B. 130 (C.A.); *United Scientific*, *supra*, at p. 950. In such cases, if the seller fails to deliver within the specified time, the buyer may be seriously prejudiced. No such potential prejudice arises in the present case. The property at issue is a vessel. It is not perishable. Furthermore, it cannot be said that its value will fluctuate greatly, as for example, the value of corporate shares. In any event, the appellant's lack of timeliness is in no way related to the delivery of the vessel. Rather, the appellant made a single late lease payment and failed to deliver the log books in the manner requested. As a result, I cannot conclude that the nature of the property in the present case would make it inequitable to presume time was not of the essence in relation to the exercise of the option.

Finally, I must assess whether the circumstances surrounding this contract would make it inequitable for this Court to presume that time was not of the essence in relation to the exercise of the option.

The respondent places a great deal of emphasis on the commercial nature of this contract. However, there is no general rule making time the essence of all commercial contracts (*United Scientific*, *supra*, at pp. 924 and 950). Indeed, in *United Scientific*, Lord Diplock refused to hold that a timetable specified in a rent review clause was of the essence where no specific "time of the

de la présente affaire commandent une telle interprétation.

La rigueur des délais peut-elle s'inférer du bien en cause ou des circonstances de la présente affaire?

Le respect des délais sera présumé constituer une condition essentielle si l'objet du contrat est l'acquisition de biens périssables ou de quelque chose dont la valeur est susceptible de fluctuer rapidement. Voir, par exemple, *Lang c. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario* (1908), 17 O.L.R. 262 (Ch. D.); *Sprague c. Booth* (1908), 21 O.L.R. 637 (C.A.), conf. par [1909] A.C. 576 (C.P.); *Hare c. Nicoll*, [1966] 2 Q.B. 130 (C.A.); *United Scientific*, précité, à la p. 950. Dans de tels cas, si le vendeur omet de livrer la marchandise dans le délai prévu, l'acheteur peut subir un préjudice grave. Aucun préjudice potentiel de cette nature n'existe en l'espèce. Le bien en cause est un navire. Il n'est pas périssable. De plus, on ne saurait prétendre que sa valeur fluctuera beaucoup, comme par exemple celle d'actions d'entreprise. De toute façon, le défaut de l'appelante de respecter les délais n'est d'aucune façon liée à la livraison du navire. En effet, l'appelante n'a effectué qu'un seul versement en retard et a omis de livrer les journaux de bord de la façon requise. En conséquence, je ne puis conclure que la nature du bien en cause en l'espèce ferait en sorte qu'il serait inéquitable de présumer que le respect des délais n'était pas une condition essentielle à la levée de l'option. 62

Enfin, je dois vérifier si les circonstances entourant ce contrat feraient en sorte qu'il serait inéquitable de la part de notre Cour de présumer que le respect des délais n'était pas une condition essentielle à la levée de l'option. 63

L'intimée insiste beaucoup sur la nature commerciale du présent contrat. Toutefois, il n'existe aucune règle générale voulant que le respect des délais constitue une condition essentielle des contrats commerciaux (*United Scientific*, précité, aux pp. 924 et 950). En fait, dans *United Scientific*, lord Diplock a refusé de conclure que l'échéancier établi dans une clause de révision de loyer était 64

essence" clause was incorporated into the contract. As in other cases, the Court was concerned with whether the deficiency in performance was of vital importance given the contractual context (Treitel, *supra*, at p. 715).

65 Although he was dealing with a charter party which did not contain an option, the words of Lord Diplock in *Scandinavian Trading Tanker Co AB*, *supra*, at p. 768, are applicable here:

> Prima facie parties to a commercial contract bargaining on equal terms can make 'time to be of the essence' of the performance of any primary obligation under the contract that they please .... When time is made of the essence of a primary obligation, failure to perform it punctually is a breach of a condition of the contract which entitles the party not in breach to elect to treat the breach as putting an end to all primary obligations under the contract that have not already been performed.

66 The fact that commercial parties are free to make time of the essence rather than to make time not of the essence confirms that there is no general rule that time is of the essence in all commercial contracts. Indeed, under such a rule, the essential question surrounding the availability of rescission would revolve around whether or not a given contract could be classified as "commercial" or not. The actual intentions of the parties and requirements of the contractual context would be rendered irrelevant. The problems of drawing a distinction on this artificial ground are apparent; see Treitel, at p. 742.

67 The respondent also urged this Court to presume that time is of the essence in the present case because it involves the exercise of an option to purchase. According to this argument, time is always of the essence in relation to the exercise of options. See for example *Krause v. Bain Bros. Alta. Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 500 (Alta. S.C.T.D.); *United Scientific*, *supra*; P. M. Perell,

une condition essentielle, dans une affaire où le contrat ne comportait aucune clause précise de rigueur des délais. Comme dans d'autres cas, la cour s'est demandé si le défaut d'exécution revêtait une importance capitale compte tenu du contexte contractuel (Treitel, *op. cit.*, à la p. 715).

Même si, dans *Scandinavian Trading Tanker Co AB*, précité, à la p. 768, il était saisi d'une charte-partie qui ne comportait aucune option, lord Diplock y a tenu des propos qui s'appliquent en l'espèce:

> [TRADUCTION] Les parties légitimes à première vue à un contrat commercial qui négocient d'égal à égal peuvent subordonner l'exécution de toutes les obligations principales prévues au contrat qu'elles veulent [. . .] à une clause de rigueur des délais. Lorsque le respect d'un délai est une condition essentielle d'une obligation principale, le défaut d'une partie d'exécuter l'obligation ponctuellement équivaut au non-accomplissement d'une condition du contrat qui autorise l'autre partie à choisir de traiter le non-accomplissement comme une extinction de toutes les obligations principales prévues au contrat qui n'ont pas déjà été exécutées.

Vu que les parties qui font du commerce sont libres de faire ou de ne pas faire du respect des délais une condition essentielle, cela confirme qu'il n'y a pas de règle générale voulant que le respect des délais soit une condition essentielle de tous les contrats commerciaux. En réalité, suivant une telle règle, la question fondamentale qui se poserait au sujet de la possibilité de résiliation serait de savoir si un contrat donné peut ou non être qualifié de «commercial». L'intention véritable des parties et les exigences du contexte contractuel perdraient toute pertinence. Les problèmes que causerait l'établissement d'une distinction fondée sur ce motif artificiel sont évidents; voir Treitel, à la p. 742.

L'intimée a également invité notre Cour à présumer que le respect des délais est une condition essentielle en l'espèce car il concerne la levée d'une option d'achat. Selon cet argument, le respect des délais est toujours une condition essentielle en matière de levée d'options. Voir, par exemple, *Krause c. Bain Bros. Alta. Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 500 (C.S. 1re inst. Alb.); *United*

"Putting Together the Puzzle of Time of the Essence" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 417, at p. 425; Di Castri, *supra*, at p. 6-12.

I must disagree with the statement that time is always of the essence in option contracts. Option case law reveals that courts have not applied any such strict approach to the timing of performance. One example of the flexibility courts have applied to performance in option contexts is the doctrine of spent breach. This doctrine mitigates against the severity of the application of the strict performance rule to options by preventing deficiently performed conditions precedent which have been remedied by the time the option is to be exercised from rendering the option void. For example, in *Bass Holdings Ltd. v. Morton Music Ltd.*, [1987] 2 W.L.R. 397 (Ch. D.), a lease contract included an option to renew provided the tenant was not in breach of any of the tenant's covenants contained in the lease. The tenant was at one time in breach of this condition because his rent was overdue. However, he had remedied that breach by the time he sought to exercise the option. In its interpretation of the contract, the court found that such "spent" breaches do not prevent the exercise of the option. The language here may be somewhat confusing. In reality, this doctrine simply provides that the option clause is interpreted to mean that conditions precedent are met providing that the positive covenants of the underlying contract have been performed at the time of the exercise of the option. There is, therefore, no breach, even though some payments were made late. Late payment can be remedied because this possibility is implied in the interpretation of the option clause.

The doctrine of spent breach has also been recognized by Canadian appeal courts. In *Birchmont Furniture Ltd. v. Loewen* (1978), 84 D.L.R. (3d) 599 (Man. C.A.), a lease contained an option to purchase "provided there be no default by the Ten-

Scientific, précité; P. M. Perell, «Putting Together the Puzzle of Time of the Essence» (1990), 69 *R. du B. can.* 417, à la p. 425; Di Castri, *op. cit.*, à la p. 6-12.

68 Je suis en désaccord avec l'affirmation que le respect des délais est toujours une condition essentielle des contrats d'option. La jurisprudence en matière d'option montre que les tribunaux n'ont pas adopté une approche aussi restrictive à l'égard du délai d'exécution. La théorie de la contravention périmée est un exemple de la souplesse des tribunaux relativement à l'exécution dans le cadre d'options. Cette théorie atténue la rigueur de la règle d'exécution stricte dans le cas des options en empêchant que l'exécution défectueuse des conditions préalables, à laquelle il a été remédié au moment où l'on se propose de lever l'option, annule cette dernière. Par exemple, dans *Bass Holdings Ltd. c. Morton Music Ltd.*, [1987] 2 W.L.R. 397 (Ch. D.), un bail comportait une option de renouvellement sujette à la condition que le locataire ne contrevienne à aucun des engagements qu'il avait pris dans le contrat. À un moment donné, le locataire a contrevenu à cette condition en ne payant pas son loyer à temps. Cependant, il avait déjà remédié à cette contravention au moment où il cherchait à lever l'option. Dans son interprétation du contrat, la cour a conclu que de telles contraventions «périmées» n'empêchent pas la levée de l'option. Une certaine confusion peut résulter des termes utilisés en l'espèce. En réalité, cette théorie prévoit simplement que la clause d'option est interprétée comme signifiant que les conditions préalables sont remplies pourvu que les stipulations comportant obligation de faire du contrat sous-jacent aient été respectées au moment de la levée de l'option. Il n'y a donc aucune contravention même si des paiements ont été faits en retard. Il est possible de remédier à un paiement tardif du fait que cette possibilité ressort implicitement de l'interprétation de la clause d'option.

69 La théorie de la contravention périmée a également été reconnue par des cours d'appel canadiennes. Dans *Birchmont Furniture Ltd. c. Loewen* (1978), 84 D.L.R. (3d) 599 (C.A. Man.), un bail conférait une option d'achat [TRADUCTION]

ant in any of the terms and conditions expressed or implied in the within Lease" (p. 599). The tenant had defaulted under the lease, but there were no outstanding defaults when the time came to exercise the option. The Manitoba Court of Appeal, *per* Hall J.A., confirmed the trial judge's interpretation of the option clause and allowed the tenant to exercise the option because the deficient performance of the lease had been remedied prior to the exercise of the option. See also *Petrillo v. Nelson* (1980), 114 D.L.R. (3d) 273 (Ont. C.A.).

«à la condition que la locataire respecte chacune des clauses expresses ou implicites du bail» (p. 599). La locataire avait manqué à certains engagements prévus au bail, mais avait déjà remédié à la situation au moment de lever l'option. La Cour d'appel du Manitoba, sous la plume du juge Hall, a confirmé l'interprétation de la clause d'option donnée par le juge de première instance et a permis à la locataire de lever l'option parce qu'elle avait déjà remédié à l'exécution défectueuse du bail avant de la lever. Voir également *Petrillo c. Nelson* (1980), 114 D.L.R. (3d) 273 (C.A. Ont.).

70 My review of the doctrine of spent breach reveals that courts have not assumed that time is always of the essence in option cases. The respondent's argument that time is necessarily of the essence in the present case simply because it involves an option must therefore fail.

Il ressort de mon examen de la théorie de la contravention périmée que les tribunaux n'ont pas présumé que le respect des délais est toujours une condition essentielle en matière d'options. L'argument de l'intimée voulant que le respect des délais soit nécessairement une condition essentielle en l'espèce du seul fait qu'une option est en cause doit donc échouer.

71 No other circumstances in the present case support a presumption that these parties would have intended to make the timing of each of the 35 lease payments of the essence had they addressed their minds to this issue upon entering the charter party. It is, to my mind, incredible that the parties could have intended that a single late payment among 35 payments made over a five-year term, caused by no fault of the appellant and quickly remedied with interest, would deprive the appellant of the option, given its importance to the contract as a whole. This conclusion is reinforced when one considers that the respondent did not insist on strict compliance with the method of payment set out in clause 11, a matter which will be discussed more fully below.

Aucune autre circonstance de la présente affaire n'étaye une présomption que les parties auraient voulu faire du moment où serait effectué chacun des 35 versements une condition essentielle, si elles s'étaient penchées sur cette question en signant la charte-partie. Il m'apparaîtrait incroyable que les parties aient pu vouloir qu'un seul versement tardif sur les 35 versements effectués au cours d'une période de cinq ans, alors que l'appelante n'était pas responsable du retard et qu'elle y a rapidement remédié tout en payant les intérêts, lui fasse perdre l'option en cause, compte tenu de son importance relativement au contrat dans son ensemble. Cette conclusion est renforcée par le fait que l'intimée n'a pas insisté pour que le mode de paiement prévu à l'article 11 soit respecté à la lettre, une question qui fera l'objet d'une analyse plus complète plus loin.

72 Since the presumption that time is not of the essence has not been displaced, the bilateral nature of the contract in the present case requires that this Court apply the substantial non-performance doctrine.

Vu que la présomption que le respect des délais n'est pas une condition essentielle n'a pas été réfutée en l'espèce, la nature bilatérale du contrat oblige notre Cour à appliquer la théorie de l'inexécution substantielle.

Application of the Substantial Non-Performance Doctrine

1. Breach of Clause 25

In the present case, the trial judge found that clause 25 of the charter party, namely the duty to provide log books, had been minimally breached. I agree, noting however that this is not meant to be taken as an application of the *de minimis non curat lex* principle. Nevertheless, since there was some disagreement in the courts below about the application of this principle, I will take this opportunity to address it briefly.

The trial judge below was of the opinion that a court can apply *de minimis* after finding a minor divergence in performance from the express terms of a contract to prevent that divergence from being considered a breach. He made no distinction between the application of the principle to unilateral as opposed to bilateral contracts. In contrast, the Federal Court of Appeal was of the opinion that *de minimis* is only a rule of contractual interpretation used to determine whether or not a breach has been committed. According to Décary J.A., the principle can only be applied to prevent the finding of a breach on the basis that the parties had implicitly agreed that substantial performance would be tantamount to strict performance. He found that the principle could not be used to qualify a breach as minimal. Therefore, Décary J.A. held that the trial judge, having found that a breach had been committed, could no longer look to the *de minimis* principle to conclude that the breach was so trivial that it did not constitute a breach. However, like the trial judge, Décary J.A. did not comment on whether the application of the *de minimis* principle would differ depending on whether a case involved a unilateral or a bilateral contract.

While there is little jurisprudence which expressly addresses how the *de minimis* principle

Application de la théorie de l'inexécution substantielle

1. Contravention à l'article 25

En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu manquement minime à l'article 25 de la charte-partie, notamment à l'obligation de fournir les journaux de bord. Je partage cette opinion, mais je souligne que cela ne doit pas être interprété comme une application du principe *de minimis non curat lex*. Néanmoins, vu que l'application de ce principe a fait l'objet d'un certain désaccord au sein des tribunaux d'instance inférieure, je profite de l'occasion pour l'aborder brièvement. 73

Le juge de première instance était d'avis que, après avoir constaté une divergence mineure d'exécution par rapport à ce qui était prévu expressément au contrat, un tribunal peut appliquer le principe *de minimis* afin d'empêcher que cette divergence soit considérée comme une contravention. Pour les fins de l'application de ce principe, il n'a fait aucune distinction entre les contrats unilatéraux et les contrats bilatéraux. Par contre, la Cour d'appel fédérale a estimé que le principe *de minimis* n'est qu'une règle d'interprétation des contrats utilisée pour déterminer si une contravention a eu lieu. Selon le juge Décary, ce principe ne peut s'appliquer que pour empêcher de conclure à l'existence d'une contravention du fait que les parties se sont entendues implicitement pour qu'une exécution substantielle soit considérée comme une exécution rigoureuse. Il a jugé que ce principe ne pouvait pas servir à qualifier de minime une contravention. En conséquence, le juge Décary a décidé qu'après avoir constaté l'existence d'une contravention le juge de première instance ne pouvait plus s'appuyer sur le principe *de minimis* pour conclure que la contravention était si négligeable qu'elle n'en constituait pas une. Toutefois, à l'instar du juge de première instance, le juge Décary ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si l'application du principe *de minimis* varierait selon que l'affaire porte sur un contrat unilatéral ou bilatéral. 74

Bien que peu de précédents portent expressément sur la façon d'appliquer le principe *de mini-* 75

is to be applied, the case law which does exist suggests that the approach of the trial judge is correct, providing it is specified that a finding of *de minimis* means that no fundamental breach permitting rescission has been committed, not that there has been no breach giving rise to an action in damages. For example, in *Runnymede Iron & Steel Ltd. v. Rossen Engineering and Construction Co.*, [1962] S.C.R. 26, this Court dealt with the deficient performance of a contract of sale. In the contract, the respondent agreed to sell and deliver steel rails to the appellant. Approximately 20 to 25 percent of the delivered rails were defective. The appellant sought to rescind the entire contract. The important element of the case for present purposes is the order in which this Court dealt with the breach. The Court first found that the respondent had breached the contract by providing defective goods. Only then did the Court state that *de minimis* could not be applied since at least 20 percent of the goods were defective. This case thus supports the approach of the trial judge, namely that a court should first find a divergence from the performance dictated in the contract and then assess whether that divergence is *de minimis*.

mis, il ressort de la jurisprudence existante que l'approche adoptée par le juge de première instance est correcte, pourvu qu'il soit précisé qu'une conclusion de manquement mineur signifie qu'il n'y a eu aucune contravention fondamentale justifiant la résiliation, et non pas qu'il n'y a eu aucune contravention donnant lieu à une action en dommages-intérêts. Par exemple, dans l'arrêt *Runnymede Iron & Steel Ltd. c. Rossen Engineering and Construction Co.*, [1962] R.C.S. 26, notre Cour s'est penchée sur l'exécution défectueuse d'un contrat de vente. Dans le contrat, l'intimée avait convenu de vendre et de livrer des rails en acier à l'appelante. Environ 20 à 25 pour 100 des rails livrés étaient défectueux. L'appelante a demandé la résiliation de tout le contrat. Aux fins du présent pourvoi, l'élément important de cette affaire est l'ordonnance dans laquelle notre Cour s'est prononcée sur la rupture du contrat. La Cour a d'abord conclu que l'intimée avait rompu le contrat en fournissant des biens entachés d'un vice. Ce n'est qu'à ce moment que notre Cour a affirmé que le principe *de minimis* ne pouvait pas s'appliquer étant donné qu'au moins 20 pour 100 des biens étaient entachés d'un vice. Cet arrêt appuie donc l'approche adoptée par le juge de première instance, à savoir qu'un tribunal doit d'abord constater une divergence par rapport à l'exécution prescrite au contrat pour ensuite déterminer si cette divergence est minime.

76 In *Gillespie v. Wells* (1912), 2 D.L.R. 519 (Man. K.B.), the plaintiff and defendant entered a contract for the sale of land. The defendant agreed to sell its property in exchange for a promise from the plaintiff to make specified payments over a specified term. The defendant refused to transfer the property claiming that the plaintiff had not fully performed a condition precedent, namely tendering the full amount owing under the payment schedule. The plaintiff brought this action for specific performance. The Court found that the plaintiff had indeed diverged from the contractually required performance because her final payment was deficient by $2.20. Nevertheless, the Court granted specific performance by applying *de minimis* to the plaintiff's slight deficiency in performance. In this way, the Court first found a divergence in per-

Dans *Gillespie c. Wells* (1912), 2 D.L.R. 519 (B.R. Man.), la demanderesse et le défendeur ont conclu un contrat de vente de terrain. Le défendeur a accepté de vendre son terrain à la demanderesse en contrepartie d'une promesse de cette dernière d'effectuer certains paiements pendant une période précise. Le défendeur a refusé de céder le terrain pour le motif que la demanderesse n'avait pas rempli complètement une condition préalable, soit le paiement intégral du montant dû selon l'échéancier prévu. La demanderesse a intenté une action visant à obtenir l'exécution en nature du contrat. La cour a décidé que l'exécution à laquelle avait procédé la demanderesse divergeait effectivement de celle requise par le contrat parce qu'il manquait 2,20 $ à son paiement final. La cour a néanmoins ordonné l'exécution en nature du contrat en appliquant le

formance and only then applied *de minimis*. At no point in the judgment did the Court suggest that *de minimis* actually prevented the finding of a breach in the first place. The rule was simply used to qualify the breach as minimal.

While I agree with the trial judge on the method in which the *de minimis* principle should be applied, I disagree that it should be applied in the present case. I leave the scope of the *de minimis* principle, and more particularly whether it applies to unilateral contracts, to be determined in the appropriate case.

Instead of referring to the *de minimis* principle in his interpretation of clause 25, the trial judge should have interpreted this clause in light of s. 261(1) of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, which states:

261. (1) An official log shall be kept in every foreign-going ship and every home-trade ship of or over fifty tons register tonnage registered in Canada in the appropriate form for that ship approved by the Minister.

According to the terms of the charter party, the *Challenge One* is a home-trade ship which falls within the scope of s. 261(1). It is described as a vessel of about 56.5 tons which is to be operated between Harbour Deep and Jackson's Arm White Bay, Newfoundland. Accordingly, s. 261 dictates that the logs of the *Challenge One* must remain on board the vessel. Furthermore, clause 25 makes no reference to the removal of the logs from the vessel or the making of copies of the logs. It refers to the actual logs only. The clause 25 requirement that the appellant supply the logs to the respondent upon request should therefore have been interpreted as requiring the logs to be made available to the respondent on board the vessel. I note, however, that it is likely that Nadon J. assumed clause 25 only required the appellant to supply the

principe *de minimis* au léger défaut d'exécution de la demanderesse. Ainsi, c'est seulement après avoir constaté une divergence d'exécution que la cour a appliqué le principe *de minimis*. Nulle part dans le jugement la cour n'a laissé entendre que le principe *de minimis* l'empêchait de conclure à une contravention au départ. Le principe a simplement été utilisé pour qualifier de minime la contravention.

77 Quoique je partage l'opinion du juge de première instance sur la façon d'appliquer le principe *de minimis*, je ne suis pas d'accord pour dire qu'il y a lieu de l'appliquer en l'espèce. Je laisse le soin de déterminer la question de la portée du principe *de minimis* et plus particulièrement celle de savoir s'il s'applique aux contrats unilatéraux, dans un cas où il conviendra de le faire.

78 Au lieu de renvoyer au principe *de minimis* en interprétant l'article 25, le juge de première instance aurait dû interpréter cet article en fonction du par. 261(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, dont voici le libellé:

261. (1) Un journal de bord réglementaire doit être tenu, dans la forme appropriée pour ce navire et approuvée par le ministre, sur tout navire au long cours et tout navire de cabotage dont la jauge au registre est de cinquante tonneaux ou plus et qui est immatriculé au Canada.

79 Selon la charte-partie, le *Challenge One* est un navire de cabotage au sens du par. 261(1). Il est décrit comme un navire d'environ 56,5 tonnes qui doit relier Harbour Deep à Jackson's Arm White Bay, à Terre-Neuve. En conséquence, l'art. 261 exige que les journaux de bord du *Challenge One* demeurent à son bord. En outre, l'article 25 ne mentionne ni le retrait des journaux de bord du navire, ni la préparation de copies de ces journaux. Il ne renvoie qu'aux journaux de bord eux-mêmes. L'exigence de l'article 25 que l'appelante remette les journaux de bord à l'intimée à la demande de celle-ci aurait donc dû être interprétée comme une exigence que les journaux de bord soient mis à la disposition de l'intimée à bord du navire. Je souligne cependant que le juge Nadon a probablement présumé que l'article 25 obligeait simplement l'ap-

respondent with copies of the logs because he was aware of the statutory requirement that the actual log books remain on board the vessel.

80 In the circumstances of the case, I would not disturb the finding of the trial judge that there was substantial compliance with clause 25. As mentioned, the Court of Appeal did not deal with clause 25.

2. Breach of Clause 11

81 Clause 11 of the charter party specifically states that the appellant is to make monthly payments "in cash in Canadian currency by way of Bank Transfer and/or certified cheques". Yet, the accepted practice between these parties was for the appellant to submit seven post-dated, uncertified cheques to the respondent at the beginning of each operating season. The adoption of this alternative method of payment indicates that the respondent was not insistent on strict compliance with the method of payment set out in clause 11. It follows that the respondent cannot now insist on a strict application of clause 11. In *A/S Tankexpress v. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A* (1948), 82 Lloyd's L.R. 43 (H.L.), a charter party gave the owner a right to withdraw the ship if the charterer did not pay "[i]n cash, monthly, in advance, in London". However, the parties had mutually adopted and accepted a practice whereby the charterer would pay by sending a cheque to the owner in the mail. Thus, like the respondent in the present case, the owner did not insist on strict compliance with the method of payment set out in the agreement. In *Tankexpress*, the charterer made all payments in accordance with the adopted practice, but on one occasion the cheque arrived late because it was delayed in transit due to war. The House of Lords unanimously concluded that the owner did not have the right to withdraw the ship because the charterer had made payment in accordance with the adopted practice. Lord Uthwatt stated, at p. 57:

pelante à remettre des copies des journaux de bord à l'intimée, car il connaissait l'exigence de la loi que les journaux de bord demeurent à bord du navire.

Vu les circonstances de la présente affaire, je suis d'avis de ne pas modifier la conclusion du juge de première instance que l'article 25 a été substantiellement respecté. Comme nous l'avons vu, la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur cet article.

2. Contravention à l'article 11

L'article 11 de la charte-partie prévoit expressément que l'appelante doit faire les versements mensuels «en espèces et en devises canadiennes sous forme de virement bancaire ou de chèques certifiés». Pourtant, les parties avaient convenu que l'appelante remettrait sept chèques postdatés non certifiés à l'intimée au début de chaque saison d'exploitation. L'adoption de cet autre mode de paiement montre que l'intimée n'insistait pas pour que le mode de paiement établi à l'article 11 soit rigoureusement respecté. Il s'ensuit que l'intimée ne saurait désormais insister pour que l'article 11 soit rigoureusement appliqué. Dans *A/S Tankexpress c. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A* (1948), 82 Lloyd's L.R. 43 (H.L.), une charte-partie donnait au propriétaire le droit de reprendre le navire si l'affréteur ne le payait pas [TRADUCTION] «[e]n espèces, chaque mois, à l'avance, à Londres». Cependant, les parties avaient adopté et accepté de concert une façon de procéder selon laquelle l'affréteur paierait le propriétaire au moyen de chèques expédiés par courrier. Ainsi, à l'instar de l'intimée en l'espèce, le propriétaire n'avait pas insisté pour que la méthode de paiement prévue dans l'entente soit rigoureusement respectée. Dans *Tankexpress*, l'affréteur avait effectué tous les versements conformément à la méthode adoptée par les parties mais, à une seule occasion, le chèque était arrivé en retard en raison de la guerre qui sévissait. La Chambre des lords a conclu à l'unanimité que le propriétaire n'avait pas le droit de reprendre le navire étant donné que l'affréteur avait fait le versement conformément à la méthode adoptée par les parties. Lord Uthwatt a dit, à la p. 57:

I fail to see that it is implicit in this particular arrangement that the charterers are to take the risk that the agreed machinery, to which they must adhere, fails in a particular instance to perform the functions that both have assigned to it.

. . . the charterers having complied with the working arrangement as to payment involved in the accepted method had not breached the contract.

Lord Du Parcq (with Lord Morton concurring) stated, at pp. 58-59:

I conclude, therefore, that if the charterers, when the time came to make the payment due in September, 1939, in fact acted in accordance with the "accepted method," the owners were not entitled, on the ground that, through no fault of the charterers, receipt of the payment was delayed, to exercise a remedy which was open to them only "in default of" the payment stipulated by the contract.

. . .

Whatever form of transmission is adopted, there is a possibility of delay, though it may be a slight possibility. If one party elects to rely on the postal service, or on any messenger of his own choice, he has to bear the responsibility for his agent's delay; but when, as in this case, both parties are agreed that a cheque is to be sent, and it is in fact sent by suitable, and normally expeditious, means, the creditor must run the risk of delay equally with the debtor. It seems to me to be hopeless to contend that the owners' acceptance of the method of payment was subject to a condition, unexpressed but implied, that if the cheque did not arrive in London on Sept. 27, the charterers, though they were not to blame for the delay, should be treated as having made default, and so would incur the risk of losing a contract of great value. If such a condition had been expressly stated, the charterers might well have thought that they were being asked, not to conform to a sensible business arrangement, but to walk into a trap.

In *Zim Israel Navigation Co. v. Effy Shipping Corp. — The "Effy"*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 18 (Q.B. Com. Ct.), the Court applied the reasoning in *Tankexpress*. In *The "Effy"*, a charter party gave the owner a right to withdraw the ship if the charterer did not make monthly cash payments in

[TRADUCTION] Je ne vois pas comment cette entente particulière prévoit implicitement que les affréteurs courent le risque que le mécanisme convenu, qu'ils sont tenus d'observer, fasse défaut à une occasion en particulier.

. . . les affréteurs, ayant respecté l'entente conclue relativement à la méthode acceptée de paiement, n'ont pas violé le contrat.

Lord Du Parcq (lord Morton souscrivant à ses motifs) a dit, aux pp. 58 et 59: 82

[TRADUCTION] Je conclus donc que si les affréteurs, au moment où le versement est devenu exigible en septembre 1939, ont effectivement agi conformément à la «méthode acceptée», les propriétaires n'avaient pas le droit, pour le motif que le paiement leur était parvenu en retard même si les affréteurs n'avaient commis aucune faute, de se prévaloir de la réparation prévue seulement en cas «de défaut» du paiement stipulé au contrat.

. . .

Quelle que soit la forme de transmission adoptée, il existe une possibilité, même légère, de retard. Si une partie choisit de s'en remettre au service postal ou au messager de son choix, elle est responsable du retard de son mandataire; cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les deux parties ont convenu qu'un chèque sera envoyé par des moyens convenables et habituellement expéditifs et que le chèque est effectivement acheminé ainsi, le créancier doit courir, au même titre que le débiteur, le risque que le chèque arrive en retard. Il me semble inutile de prétendre que l'acceptation, par les propriétaires, de la méthode de paiement était assujettie à la condition, inexprimée mais implicite, que si le chèque n'arrivait pas à Londres le 27 septembre, les affréteurs, même s'ils n'étaient pas responsables du retard, seraient réputés avoir fait défaut et courraient donc le risque de perdre un contrat de grande valeur. Si une telle condition avait été expressément mentionnée, les affréteurs auraient fort bien pu croire qu'on leur demandait non pas de se conformer à une entente commerciale raisonnable, mais plutôt de se laisser prendre au piège.

Dans l'affaire *Zim Israel Navigation Co. c. Effy Shipping Corp. — The «Effy»*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 18 (Q.B. Com. Ct.), la cour a appliqué le raisonnement de *Tankexpress*. Dans l'affaire *The «Effy»*, une charte-partie accordait au propriétaire le droit de reprendre le navire si l'affréteur omet- 83

advance. The parties had mutually adopted and accepted the practice that the charterer would pay by notifying its Israeli bank to transfer funds to the owner's London bank via an American bank. Thus, as in *Tankexpress*, *supra*, the owner had not insisted on strict compliance with the method of payment set out in the contract. On one occasion, the charterer notified its bank to transfer the funds for a timely credit to be made to the owner's account. However, due to a bank error, the transfer was late. The Court found the case to be indistinguishable from *Tankexpress*.

tait d'effectuer à l'avance des versements mensuels en espèces. Les parties avaient adopté et accepté de concert la façon de procéder suivant laquelle l'affréteur paierait en demandant à sa banque israélienne de transférer des fonds à la banque du propriétaire, à Londres, par l'entremise d'une banque américaine. Ainsi, comme dans l'affaire *Tankexpress*, précitée, le propriétaire n'avait pas insisté pour que le mode de paiement énoncé au contrat soit rigoureusement respecté. À une occasion, l'affréteur a demandé à sa banque de transférer les fonds pour qu'un crédit soit porté en temps utile au compte du propriétaire. Cependant, en raison d'une erreur de la banque, le transfert a été effectué en retard. La cour a conclu que l'affaire ne pouvait pas être distinguée de l'affaire *Tankexpress*.

84 Likewise, I am of the opinion that the facts surrounding the application of clause 11 in the case at bar are indistinguishable from *Tankexpress*. I again refer to the decision of Lord Du Parcq in that case, at p. 59:

> There is always a risk that a cheque may be lost in transit, especially when it has to cross the sea, and since all men, and even banks, are capable of error, it may, through some blunder, not be met, although there are funds to meet it. In either of these events the charterers would no doubt remain liable to pay the hire due, but in neither case would the delay in payment justify cancellation of the contract. . . . The risk of delay in the post was hardly more serious than the risk of delay in clearing the cheque. That these risks should be accepted by the owners is not surprising. [Emphasis added.]

De même, je suis d'avis que les faits entourant l'application de l'article 11 en l'espèce ne peuvent pas être distingués de ceux de *Tankexpress*. Là encore, je renvoie aux motifs exposés par lord Du Parcq dans cette affaire, à la p. 59:

> [TRADUCTION] Un chèque risque toujours de se perdre pendant qu'il est en cours de compensation, surtout lorsqu'il doit franchir l'océan et, étant donné que tous les êtres humains, même les banques, sont susceptibles de commettre des erreurs, il se peut qu'à la suite d'une bévue quelconque le chèque ne soit pas honoré, même si des fonds sont disponibles pour le faire. Quoi qu'il advienne, il ne fait aucun doute que les affréteurs seraient toujours tenus de payer les frais d'affrètement applicables, mais dans l'un et l'autre cas, le retard du paiement ne justifierait pas l'annulation du contrat. [. . .] Le risque de courrier en retard n'était guère plus élevé que le risque de compensation tardive du chèque. Il n'est pas étonnant que les propriétaires doivent accepter ces risques. [Je souligne.]

85 The fact that the respondent accepted the practice of making payment by post-dated, uncertified cheques is inconsistent with its present insistence on strict compliance with the clause 11 requirement that the appellant pay only with cash or certified cheques on a given day. Lease payments were made under a modified arrangement, rather than under the strict terms set out in clause 11. The modified method of payment accepted by the parties involved a risk of delay in clearing the cheques. Such a delay in fact occurred because of an

L'acceptation par l'intimée du mode de paiement par chèques postdatés non certifiés est incompatible avec le fait qu'elle insiste maintenant pour que soit rigoureusement respectée l'exigence de l'article 11 que l'appelante la paye seulement en espèces ou par chèques certifiés, à une date déterminée. Les versements de loyer ont été faits conformément à une entente modifiée plutôt que selon les modalités strictes de l'article 11. Le mode de paiement modifié accepté par les parties comportait un risque de compensation tardive des chèques.

error by a bank employee. The respondent must bear the consequences of this risk equally with the appellant because it materialized as a result of their mutually accepted alteration of the strict terms of the agreement. The respondent cannot now insist that the option clause, which makes the availability of the option dependent on the performance of the written terms of the charter party, be strictly applied to the appellant's late payment under the modified arrangement.

En fait, un tel retard s'est produit en raison d'une erreur commise par un employé de banque. L'intimée doit assumer les conséquences de ce risque au même titre que l'appelante, car ce dernier s'est matérialisé à la suite d'une modification, acceptée par les deux parties, des modalités strictes de l'entente. L'intimée ne saurait désormais insister pour que la clause d'option, qui a assujetti la levée de l'option à l'exécution des modalités écrites de la charte-partie, soit rigoureusement appliquée au versement tardif que l'appelante a fait en vertu de l'entente modifiée.

In *Tankexpress*, great emphasis was put on two facts: there were sufficient funds available in the account to cover the cheque on the due date; and the charterer had no reason to expect that those funds would be delayed in reaching the owner. Similarly, in the present case, the appellant had sufficient funds in its account to cover its cheque and had no reason to suspect a bank error might delay payment of those funds to the respondent. The appellant always had the intention to pay on time and took all the steps that it could reasonably have been expected to take given the modified payment arrangement into which the parties had entered. What is more, upon being notified by the respondent that its cheque had been refused, the appellant promptly paid the amount due plus interest in accordance with the respondent's instructions. The appellant also made all of the remaining payments under the charter party on time. Under these circumstances, I would conclude that the appellant substantially performed its modified clause 11 obligations.

86 Dans *Tankexpress*, on a beaucoup insisté sur deux faits: il y avait suffisamment de fonds dans le compte pour couvrir le chèque à la date d'échéance, et l'affréteur n'avait aucune raison de s'attendre à ce que ces fonds tardent à parvenir au propriétaire. De même, en l'espèce, l'appelante avait suffisamment de fonds dans son compte pour couvrir son chèque, et elle n'avait aucune raison de s'attendre à ce qu'une erreur bancaire puisse retarder le versement de ces fonds à l'intimée. L'appelante a toujours eu l'intention de payer à temps et elle a pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle prenne, compte tenu de l'entente de paiement modifiée intervenue entre les parties. Qui plus est, après avoir été avisée par l'intimée que son chèque avait été refusé, l'appelante s'est empressée de verser à l'intimée la somme qu'elle lui devait, en plus des intérêts courus, conformément aux directives de celle-ci. L'appelante a également fait à temps tous les versements qu'il lui restait à faire en vertu de la charte-partie. Dans ces circonstances, je suis d'avis de conclure que l'appelante a exécuté substantiellement les obligations modifiées qui lui incombaient en vertu de l'article 11.

Conclusion

Conclusion

I have come to the conclusion that the appellant has substantially performed its obligations under the charter party. The trial judge was not asked to consider the possible application of relief against forfeiture, forbearance or promissory estoppel. I will therefore not discuss these remedies. As just mentioned, the respondent has no right to cancel the appellant's option to purchase the vessel in the

87 J'en suis venu à la conclusion que l'appelante a substantiellement exécuté les obligations qui lui incombaient en vertu de la charte-partie. Il n'a pas été demandé au juge de première instance d'examiner l'application possible de recours contre la déchéance d'un droit, l'abstention de l'exercer et la préclusion promissoire. Je n'aborderai donc pas ces recours. Comme nous venons de le voir, l'inti-

present case. This result is consistent with the true intentions of these parties as revealed by all of the circumstances and with the applicable policy reasons. The respondent has received a significant benefit from the appellant's defective performance which it cannot restore. Furthermore, there is no proportionality between the impact of the appellant's defective performance on the respondent and the benefit the appellant will lose if the respondent is permitted to void the option. The deficient performance did not give rise to uncertainty because there was no reason for the respondent to believe that the single late payment, which was caused by a bank error rather than any fault of the appellant, would put future lease payments in doubt. The concern of the Court in this instance must be with fairness. On the facts of this case, the respondent was simply not deprived of what it bargained for.

mée n'a, en l'espèce, aucun droit d'annuler l'option d'achat du navire par l'appelante. Cela est conforme à l'intention véritable de ces parties, qui ressort de l'ensemble des circonstances, ainsi qu'aux principes applicables. L'intimée a retiré un avantage important de l'exécution défectueuse de l'appelante, avantage qu'elle n'est pas en mesure de restituer. De plus, il n'y a aucune mesure entre l'effet de l'exécution défectueuse de l'appelante sur l'intimée et l'avantage que l'appelante perdra s'il est permis à l'intimée d'annuler l'option. L'exécution défectueuse n'a créé aucune incertitude car l'intimée n'avait aucune raison de croire qu'un seul paiement tardif, dû à l'erreur d'une banque plutôt qu'à la faute de l'appelante, aurait pour effet de remettre en cause les futurs versements de loyer. En l'espèce, notre Cour doit avoir un souci d'équité. Il ressort des faits de la présente affaire que l'intimée n'a tout simplement pas été privée de ce qu'elle avait négocié.

Disposition

88 The appeal was allowed, with costs throughout, in a decision rendered from the bench on October 9, 1998.

The following are the reasons delivered by

89 BINNIE J. — I agree with my colleagues that this appeal must be allowed. I would not, however, with respect, invoke the doctrine of substantial performance. As Justice Bastarache makes clear in his reasons (at paras. 25 and 50), the question whether a contractual term is satisfied by substantial performance, or whether strict (or "complete" or "exact") performance is required, is a matter of interpretation. Everything turns on the intention of the parties as expressed (in this case) in the charter party. A concise statement of the rule is found in *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1998), vol. 9(1), at para. 924: "It has been said to be a question of construction in each case whether the parties intended that this doctrine [of substantial performance] should apply or that there should be complete and exact performance". Here, the con-

Dispositif

Le pourvoi a été accueilli avec dépens dans toutes les cours dans une décision rendue à l'audience du 9 octobre 1998.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — À l'instar de mes collègues, j'estime que le présent pourvoi doit être accueilli. En toute déférence, cependant, je n'invoque pas la théorie de l'exécution substantielle. Comme le juge Bastarache l'explique clairement dans ses motifs (aux par. 25 et 50), la question de savoir si une clause contractuelle est respectée par l'exécution substantielle, ou si l'exécution stricte (ou encore «complète» ou «à la lettre») est requise, est une question d'interprétation. Tout dépend de l'intention des parties qui est exprimée (en l'espèce) dans la charte-partie. La règle est énoncée de façon concise dans *Halsbury's Laws of England* (4e éd. 1998), vol. 9(1), au par. 924: [TRADUCTION] «On a dit que, dans chaque cas, il s'agit de savoir si les parties ont voulu que cette théorie [de l'exécution substantielle] s'applique ou qu'il y ait exécution complète et à la lettre». En l'espèce, les parties contractantes ont stipulé que l'exécution de «toutes

tracting parties stipulated "full performance" as a condition precedent to the exercise of the option:

Option to Purchase

30. Subject to full performance of all its obligations in this Charter Party including but not limited to payments being made promptly and in accordance with the schedule of Clause 10 throughout this Agreement, the Charterer shall have an option to purchase the vessel. . . . [Emphasis added.]

The stipulation that the appellant's option to purchase the *Challenge One* was "[s]ubject to full performance of all its obligations in this Charter Party" (emphasis added) should be respected by the courts. The words "all its obligations" refer to all of the things required under the contract, and the words "full performance" must therefore refer to the sufficiency of performance of each of them. If the contracting parties had deliberately set out to exclude the doctrine of substantial performance from their contractual arrangement, I do not know what words they could have found to make their intention any clearer. Substantial performance is less than full performance, according to the ordinary meaning of the words.

There is good reason why the parties specified full performance. So long as the option was outstanding, the vessel owners were disabled from selling their ship to anyone but the charterer, yet the charterer was under no reciprocal obligation to buy unless and until the option was exercised. As Lord Diplock put it in *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904 (H.L.), at p. 929, "the grantor [of the option] needs to know with certainty the moment when [the disability from selling the ship] has come to an end". This, I believe, is the commercial rationale for the strict interpretation of options endorsed by Duff C.J. in *Pierce v. Empey*, [1939] S.C.R. 247, at p. 252. My colleague suggests that *Pierce* can be explained on the basis that the option in that case could be characterized as a unilateral contract. However, an option is a unilateral obligation, irre-

les obligations» serait une condition préalable à la levée de l'option:

[TRADUCTION]

Option d'achat

30. À la condition qu'il exécute toutes les obligations que la présente charte-partie met à sa charge, et notamment qu'il fasse les versements prévus promptement et en conformité avec l'échéancier de l'article 10 pendant toute la durée du contrat, l'affréteur a l'option d'acheter le navire . . . [Je souligne.]

90 Les tribunaux devraient respecter la stipulation que l'option d'achat du *Challenge One* par l'appelante était assujettie «[à] la condition qu'[elle] exécute toutes les obligations que la présente charte-partie met à sa charge» (je souligne). Les mots «toutes les obligations» visent tout ce que prescrit le contrat, et les mots «exécute toutes les obligations» doivent donc viser le caractère suffisant de l'exécution de chacune d'elles. Si les parties contractantes avaient délibérément cherché à exclure la théorie de l'exécution substantielle de leur entente contractuelle, j'ignore quels mots elles auraient pu utiliser pour rendre leur intention plus claire. L'exécution substantielle est moindre que l'exécution de toutes les obligations, selon le sens ordinaire de ces mots.

91 Les parties ont précisé que toutes les obligations devraient être exécutées pour une bonne raison. Tant que l'option serait en vigueur, les propriétaires du navire ne pourraient le vendre à personne d'autre que l'affréteur, encore est-il que ce dernier n'avait aucune obligation réciproque de l'acheter, sauf si l'option était levée. Comme lord Diplock l'a précisé dans *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904 (H.L.), à la p. 929, [TRADUCTION] «le donneur [de l'option] doit connaître avec certitude le moment où [l'incapacité de vendre le navire] prend fin». Je crois que c'est la raison d'être commerciale de l'interprétation stricte des options, approuvée par le juge en chef Duff dans *Pierce c. Empey*, [1939] R.C.S. 247, à la p. 252. Mon collègue laisse entendre que l'arrêt *Pierce* peut s'expliquer par le fait que l'option, dans cette affaire, pouvait être quali-

spective of whether it is contained in a unilateral or a bilateral contract: *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104 (C.A.), *per* Diplock L.J., at p. 110:

> While, for simplicity in analysing the relevant differences in legal character, I have spoken of synallagmatic [i.e., bilateral or multilateral] and unilateral or "if" *contracts*, it would be more accurate to speak of synallagmatic and unilateral obligations, for obligations of these two different kinds are often contained in a single agreement, as where a lease contains an option for renewal. [Italics in original; underlining added.]

It is the unilateral nature of the obligation rather than the nature of the contract that is the key to the strict interpretation of options. It is not without significance that in this case the parties stipulated for "full performance" *in relation to the exercise of the option* (i.e., by including the stipulation in the option clause itself) rather than in relation to their contract generally. The parties thereby made it clear that whatever consequences may flow from deficient performance of the clauses in question in terms of the ongoing charter of the vessel, such clauses would have to be fully performed if the vessel owners were to continue to be disabled from selling the vessel to third parties by the option.

92 There are good policy reasons to support the approach taken by Duff C.J. in *Pierce* and to respect the decision of the parties in this case to call for "full" performance in relation to the exercise of the option. Owners have a business need to know exactly where they stand in that regard, as pointed out by Lord Diplock. Determining "full" performance is not without difficulty, but attempting to predict what a court would consider to be "substantial" performance of a condition precedent on the facts of a particular case adds unnecessarily to commercial uncertainty. I agree with my colleagues that in some contracts the parties may be interpreted to have agreed to the preconditions to the option being governed by the more flexible

fiée de contrat unilatéral. Toutefois, une option est une obligation unilatérale, peu importe qu'elle figure dans un contrat unilatéral ou dans un contrat bilatéral: *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. c. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104 (C.A.), le lord juge Diplock, à la p. 110:

> [TRADUCTION] Bien que, pour simplifier l'analyse des différences pertinentes sur le plan de la nature juridique, j'aie parlé de *contrats* synallagmatiques [c.-à.-d., bilatéraux ou multilatéraux] et unilatéraux ou «conditionnels», il serait plus exact de parler d'obligations synallagmatiques et unilatérales, car ces deux catégories différentes d'obligations figurent souvent dans une seule entente, comme dans le cas d'un bail assorti d'une option de renouvellement. [En italique dans l'original; je souligne.]

C'est la nature unilatérale de l'obligation plutôt que la nature du contrat qui est la clé de l'interprétation stricte des options. Il n'est pas sans importance, en l'espèce, que les parties aient stipulé l'exécution de «toutes les obligations» *relativement à la levée de l'option* (c'est-à-dire en incluant cette stipulation dans la clause d'option même) plutôt que relativement à leur contrat en général. Les parties ont, de ce fait, précisé que peu importe les conséquences que l'exécution défectueuse des clauses en question pourrait avoir sur l'affrètement en cours du navire, ces clauses devraient être exécutées intégralement pour que l'option continue d'empêcher les propriétaires du navire de le vendre à des tiers.

Il y a de bonnes raisons de principe d'appuyer le point de vue adopté par le juge en chef Duff dans *Pierce*, et de respecter la décision des parties en l'espèce d'exiger l'exécution «de toutes les obligations» relativement à la levée de l'option. Les propriétaires ont besoin, sur le plan commercial, de connaître la situation dans laquelle ils se trouvent à cet égard, comme l'a souligné lord Diplock. Déterminer ce qui constitue l'exécution de «toutes les obligations» ne se fait pas sans difficulté, mais tenter de prédire ce qu'un tribunal considérera comme l'exécution «substantielle» d'une condition préalable, selon les faits d'une affaire particulière, augmente inutilement l'incertitude sur le plan commercial. Je conviens avec mes collègues que, dans

standard of "substantial" performance. They did not do so here.

Despite the different view I take of the proper interpretation of the contract, I agree that the appeal must be allowed. When the terms of the charter party, properly construed, are applied to the facts found by the trial judge, I believe that the requirements of Duff C.J. in *Pierce* are met, namely that the conditions precedent to the exercise of the option were satisfied or that the "holder of the option is on some equitable ground relieved from the strict fulfilment of them" (p. 252).

While, as stated, I accept the trial judge's findings of fact, his interpretation of the legal obligations created by the charter party raises questions of law or mixed questions of fact and law properly reviewable in this Court (see: *Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association v. Bradt* (1895), 25 S.C.R. 154, at p. 161; *Regina Industries Ltd. v. City of Regina*, [1947] S.C.R. 345, at p. 354). I agree with my colleague, for the reasons he gives in para. 59, that the courts below were not entitled to rewrite the option to refer to clause 11 instead of clause 10. Clause 10 was performed in full. In any event, the owners were estopped from relying on non-compliance with clause 11 because they accepted an alternate payment arrangement which clearly carried with it the risk of the very type of bank error that in fact materialized. The possibility of such an estoppel was expressly contemplated in *Pierce*, *supra*. Finally, as to clause 25, the courts below were wrong to read an obligation to furnish copies of log books into a clause which provided for no such thing. The log books were kept aboard the vessel in accordance with s. 261 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, and

certains contrats, il est possible de considérer que les parties ont accepté que les conditions préalables de l'option soient régies par le critère plus souple de l'exécution «substantielle». Elles ne l'ont pas fait en l'espèce.

Malgré ma divergence d'opinion quant à la bonne façon d'interpréter le contrat, je conviens que le pourvoi doit être accueilli. Quand les modalités de la charte-partie, correctement interprétées, sont appliquées aux faits constatés par le juge de première instance, j'estime que les exigences formulées par le juge en chef Duff dans l'arrêt *Pierce* sont respectées, savoir que les conditions préalables à la levée de l'option ont été remplies ou que le [TRADUCTION] «titulaire de l'option [est] dispensé de les remplir rigoureusement pour un motif reconnu en *equity*» (p. 252). 93

Bien que, comme nous l'avons vu, j'accepte les conclusions de fait du juge de première instance, son interprétation des obligations légales créées par la charte-partie soulève des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qui peuvent être examinées, à juste titre, par notre Cour (voir: *Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association c. Bradt* (1895), 25 R.C.S. 154, à la p. 161; *Regina Industries Ltd. c. City of Regina*, [1947] R.C.S. 345, à la p. 354). Je partage l'avis de mon collègue, pour les motifs qu'il expose au par. 59, que les tribunaux d'instance inférieure n'avaient pas le droit de récrire l'option de manière à ce qu'elle renvoie à l'article 11 plutôt qu'à l'article 10. Toutes les obligations prévues à l'article 10 ont été exécutées. Quoi qu'il en soit, les propriétaires n'étaient pas admis à invoquer l'inobservation de l'article 11, parce qu'ils avaient souscrit à une autre entente de paiement qui comportait nettement le genre même de risque d'erreur bancaire qui s'est effectivement matérialisé. La possibilité d'une telle préclusion a été expressément envisagée dans l'arrêt *Pierce*, précité. Enfin, en ce qui concerne l'article 25, les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de considérer qu'un article qui ne contenait aucune disposition en ce sens imposait l'obligation de fournir des copies des journaux de bord. Les journaux de bord étaient tenus à bord du navire conformément à l'art. 261 de la *Loi sur la* 94

would have been "supplied" to the owners at that place if and when the owners had turned up.

95 On a proper interpretation of the charter party the conditions precedent to the exercise of the option were therefore satisfied in "full" (or, in the instance of the banking arrangements, the owners were estopped from saying otherwise), and I thus agree with the conclusion of my colleagues that the charterers were entitled to exercise the option. Therefore, the appeal must be allowed.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Elizabeth M. Heneghan, St. John's.

Solicitor for the respondents: Alain R. Pilotte Law Office, Montréal.

marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, et ils auraient été «remis» aux propriétaires à cet endroit si ces derniers s'y étaient présentés.

Suivant une interprétation correcte de la charte-partie, les conditions préalables à la levée de l'option étaient donc «toutes» remplies (ou, dans le cas des ententes bancaires, les propriétaires n'étaient pas admis à affirmer le contraire), et je souscris ainsi à la conclusion de mes collègues que les affréteurs avaient le droit de lever l'option. Par conséquent, le pourvoi doit être accueilli.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Elizabeth M. Heneghan, St. John's.

Procureur des intimés: Étude légale Alain R. Pilotte, Montréal.

Vincent Godoy *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* GODOY

File No.: 26078.

Hearing and judgment: December 2, 1998.

Reasons delivered: February 4, 1999.

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

Criminal law — Police — Scope of police powers — Emergency calls — Police officers forcibly entering dwelling in response to emergency 911 call — Whether police acting in execution of their duty to protect life and prevent injury — Whether police had reasonable and probable grounds to arrest accused.

Two police officers received a call from radio dispatch concerning a 911 emergency call originating from the accused's apartment in which the line had been disconnected before the caller spoke. Along with two backup officers they arrived at the accused's apartment and knocked on the door. The accused partially opened the door and when asked if things were all right inside responded that there was no problem. One of the officers asked if they could enter the apartment to investigate but the accused tried to close the door. The officer prevented him from shutting the door and the four officers entered the dwelling. The officer testified that as soon as they got inside, he heard a woman crying. He found the accused's common law wife in their bedroom, curled in a fetal position and sobbing. The officer observed considerable swelling above her left eye. He testified that she stated the accused had hit her. Based on these observations, the accused was placed under

Vincent Godoy *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* GODOY

N° du greffe: 26078.

Audition et jugement: 2 décembre 1998.

Motifs déposés: 4 février 1999.

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 criminel — Police — Étendue des pouvoirs des agents de police — Appels d'urgence — Agents de police entrés par la force dans une maison pour répondre à un appel d'urgence au 911 — Les agents de police accomplissaient-ils le devoir qui leur incombe de protéger la vie et de prévenir les blessures? — Les agents de police avaient-ils des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'accusé?

Deux agents de police ont reçu un appel du répartiteur radio au sujet d'un appel d'urgence au 911 provenant de l'appartement de l'accusé et dont la communication a été coupée avant que l'auteur ait pu parler. Avec le renfort de deux autres agents de police, ils sont arrivés à l'appartement de l'accusé et ont frappé à la porte. L'accusé a entrouvert la porte et, quand on lui a demandé si tout allait bien à l'intérieur, il a répondu qu'il n'y avait pas de problème. L'un des agents a demandé s'ils pouvaient entrer pour enquêter, mais l'accusé a essayé de fermer la porte. L'agent l'en a empêché et les quatre agents de police sont entrés dans la maison. L'agent a témoigné que dès qu'ils sont entrés, il a entendu une femme pleurer. Il a trouvé la conjointe de fait de l'accusé dans la chambre à coucher, recroquevillée en position fœtale et sanglotant. L'agent de police a remarqué une tuméfaction importante au-dessus de son œil gauche. Il a témoigné qu'elle a déclaré que l'accusé

arrest for assaulting his wife. He resisted the arrest and in the ensuing struggle, an officer's finger was broken. The accused was charged with assaulting a police officer with the intent of resisting arrest. The trial judge dismissed the charge, holding that the officers' entry into the accused's apartment was unauthorized and that therefore all subsequent actions of the police, including the arrest of the accused, were illegal. The Ontario Court (General Division) allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Public policy clearly requires that the police *ab initio* have the authority to investigate 911 calls, but whether they may enter dwelling houses in the course of such an investigation depends on the circumstances of each case. If police conduct constitutes a *prima facie* interference with a person's liberty or property, as it does here, the court must consider two questions: first, does the conduct fall within the general scope of any duty imposed by statute or recognised at common law; and second, does the conduct, albeit within the general scope of such a duty, involve an unjustifiable use of powers associated with the duty. The common law duties of the police (statutorily incorporated in s. 42(3) of the Ontario *Police Services Act*) include the protection of life. The police duty to protect life is engaged whenever it can be inferred that the 911 caller is or may be in some distress, including cases where the call is disconnected before the nature of the emergency can be determined. The importance of the police duty to protect life warrants and justifies a forced entry into a dwelling in order to ascertain the health and safety of a 911 caller. While residents have a recognized privacy interest within the sanctity of their home, the public interest in maintaining an effective emergency response system is obvious and significant enough to merit some intrusion on a resident's privacy interest. However, the intrusion must be limited to the protection of life and safety; the police do not have further permission to search premises or otherwise intrude on a resident's privacy or property.

l'avait frappée. Sur la base de ces observations, l'accusé a été placé en état d'arrestation pour voies de fait contre sa conjointe. Il a résisté à l'arrestation et, dans la lutte qui a suivi, un agent de police s'est fait fracturer un doigt. L'accusé a été inculpé de voies de fait contre un agent de police dans l'intention de résister à une arrestation. Le juge de première instance a rejeté l'accusation, parce que les agents de police étaient entrés dans l'appartement de l'accusé sans autorisation et que, par conséquent, tous les actes subséquents qu'ils avaient accomplis, y compris l'arrestation de l'accusé, étaient illégaux. La Cour de l'Ontario (Division générale) a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'ordre public exige manifestement que les agents de police soient investis *ab initio* du pouvoir d'enquêter sur les appels au 911, mais la question de savoir s'ils peuvent entrer dans les maisons d'habitation dans le cadre d'une telle enquête doit être tranchée selon les circonstances de chaque affaire. Si la conduite policière constitue de prime abord une atteinte à la liberté personnelle ou à la propriété, comme en l'espèce, le tribunal doit trancher deux questions: Premièrement, la conduite entre-t-elle dans le cadre général d'un devoir imposé par une loi ou reconnu par la common law? Deuxièmement, la conduite, bien que dans le cadre général d'un tel devoir, comporte-t-elle un exercice injustifiable des pouvoirs découlant de ce devoir? Les devoirs incombant aux agents de police en common law (prévus au par. 42(3) de la *Loi sur les services policiers* de l'Ontario) comprennent la protection de la vie des personnes. Le devoir qu'ont les agents de police de protéger la vie joue chaque fois que l'on peut déduire que la personne qui a composé le 911 est en difficulté ou peut l'être, y compris les cas où la communication est coupée avant que la nature de l'urgence puisse être déterminée. L'importance du devoir qu'ont les agents de police de protéger la vie justifie qu'ils entrent par la force dans une maison afin de s'assurer de la santé et de la sécurité de la personne qui a composé le 911. Bien que chacun ait droit au respect de la vie privée dans l'intimité de son foyer tenu pour inviolable, l'intérêt que présente pour le public le maintien d'un système d'intervention d'urgence efficace est évident et suffisamment important pour que puisse être commise une atteinte au droit à la vie privée de l'occupant. Cependant, l'atteinte doit se limiter à la protection de la vie et de la sécurité; les agents de police ne sont pas autorisés en plus à fouiller les lieux ni à s'immiscer autrement dans la vie privée ou la propriété de l'occupant.

The forced entry into the accused's home was justifiable considering all the circumstances of this case. The police had a duty to ascertain the reason for the 911 call and had the power, derived as a matter of common law from this duty, to enter the apartment to verify that there was in fact no emergency. The fact that the accused tried to shut the door on the police further contributes to the appropriateness of their response in forcing entry. Having found that the police were authorized to enter the accused's dwelling, the Court of Appeal did not err in finding there were reasonable and probable grounds to arrest the accused.

L'entrée par la force chez l'accusé était justifiée compte tenu de l'ensemble des circonstances. Les agents de police avaient le devoir de vérifier les raisons de l'appel au 911 et ils étaient autorisés, en raison des pouvoirs qui leur sont conférés en common law pour s'acquitter de ce devoir, à entrer dans l'appartement pour s'assurer qu'il ne s'agissait pas d'un cas d'urgence. Le fait que l'accusé ait tenté de fermer la porte au nez des agents de police renforce également la légitimité de leur réaction, qui a été d'entrer par la force. Ayant conclu que les agents de police avaient le droit d'entrer chez l'accusé, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en statuant que les agents de police avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'accusé.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; **referred to:** *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; **arrêts mentionnés:** *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 42.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 42.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 33 O.R. (3d) 445, 100 O.A.C. 104, 115 C.C.C. (3d) 272, 7 C.R. (5th) 216, [1997] O.J. No. 1408 (QL), affirming a decision of the Ontario Court (General Division) allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal of assaulting a police officer with intent to resist lawful arrest and ordering a new trial. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 33 O.R. (3d) 445, 100 O.A.C. 104, 115 C.C.C. (3d) 272, 7 C.R. (5th) 216, [1997] O.J. nº 1408 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) accueillant l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de voies de fait commises contre un agent de police dans l'intention de résister à une arrestation légale et ordonnant un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Christopher D. Hicks and *Carol Cahill*, for the appellant.

Christopher D. Hicks et *Carol Cahill*, pour l'appelant.

Scott C. Hutchison and *Erika Chozik*, for the respondent.

Scott C. Hutchison et *Erika Chozik*, pour l'intimée.

Bernard Laprade and *Carole Sheppard*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — This case raises for the first time the scope of police powers in responding to emergency 911 calls. The Court of Appeal held that the police had a common law duty to investigate a 911 call and, accordingly, had authority to forcibly enter a dwelling in search of the caller. This Court affirmed that decision from the bench and indicated that reasons for judgment would follow. The Court of Appeal decision is well reasoned. I wish only to add a few remarks concerning the police duty to protect the safety of the public and the importance of an effective emergency response system.

I. Background

2 In the early morning hours of June 1, 1992, Officers Clafton and Baldesarra received a call from radio dispatch concerning an "unknown trouble call" originating from the appellant's apartment. An "unknown trouble call" is a 911 call in which the line is disconnected before the caller speaks. The 911 system is equipped to trace all incoming calls and automatically provides dispatchers with the address of the caller. Unknown trouble calls are deemed by police policy to be the second highest priority distress call, superseded only by calls concerning police officers in distress. While all 911 calls are treated as requests for assistance, unknown trouble calls carry the added element of the unknown. Accordingly, police procedure is to respond with back-up. In this case, Officers Mercer and Connor assisted at the appellant's residence.

3 At approximately 1:30 a.m., the four officers arrived at the appellant's apartment and knocked on the door. The appellant partially opened the door and when asked if things were all right inside,

Bernard Laprade et *Carole Sheppard*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — La présente affaire soulève pour la première fois la question de l'étendue des pouvoirs conférés aux agents de police pour répondre aux appels d'urgence au 911. La Cour d'appel a statué que ceux-ci avaient le devoir en common law d'enquêter sur les appels au 911 et avaient, par conséquent, le pouvoir d'entrer par la force dans une maison à la recherche de l'auteur de l'appel. Notre Cour a confirmé cette décision à l'audience et précisé que les motifs du jugement suivraient. La décision de la Cour d'appel est bien motivée. Je souhaite seulement ajouter quelques remarques sur le devoir des agents de police de protéger la sécurité du public et l'importance d'un système d'intervention d'urgence efficace.

I. Contexte

Très tôt le matin du 1er juin 1992, les agents de police Clafton et Baldesarra ont reçu un appel du répartiteur radio au sujet d'une [TRADUCTION] «demande d'aide indéterminée» provenant de l'appartement de l'appelant, soit un appel au 911 dont la communication est coupée avant que l'auteur ait pu parler. Le système 911 est conçu pour retracer tous les appels et donne automatiquement au répartiteur l'adresse de l'auteur. Selon la politique suivie par la police, la demande d'aide indéterminée est tenue pour le deuxième appel de détresse pour ce qui est de la priorité, les appels des agents de police en difficulté ayant seul préséance. Quoique tous les appels au 911 soient traités comme des demandes d'aide, la demande d'aide indéterminée comporte en plus un élément d'inconnu. Par conséquent, la procédure policière prévoit qu'il faut intervenir avec du renfort. Dans la présente affaire, les agents de police Mercer et Connor se sont également rendus à la résidence de l'appelant.

Vers 1 h 30, les quatre agents de police sont arrivés à l'appartement de l'appelant et ont frappé à la porte. L'appelant a entrouvert la porte et quand on lui a demandé si tout allait bien à l'inté-

responded: "Sure, there is no problem". Officer Clafton asked if they could enter the apartment to investigate if there was a problem but the appellant tried to close the door. Officer Clafton prevented him from shutting the door by putting his foot in the way. The four officers then entered the dwelling. Officer Clafton testified that as soon as they got inside, he heard a woman crying. He found the appellant's common law wife in their bedroom, curled in a fetal position and sobbing. The officer observed considerable swelling above her left eye. He testified that she stated the appellant had hit her.

rieur, il a répondu: [TRADUCTION] «Oui, il n'y a pas de problème». L'agent de police Clafton a demandé s'ils pouvaient entrer pour vérifier si tout allait bien, mais l'appelant a essayé de fermer la porte. L'agent de police Clafton l'en a empêché en bloquant la porte avec son pied. Les quatre agents de police sont alors entrés dans l'appartement. L'agent de police Clafton a témoigné que dès qu'ils sont entrés, il a entendu une femme pleurer. Il a trouvé la conjointe de fait de l'appelant dans la chambre à coucher, recroquevillée en position fœtale et sanglotant. L'agent de police a remarqué une tuméfaction importante au-dessus de son œil gauche. Il a témoigné qu'elle a déclaré que l'appelant l'avait frappée.

Based on these observations, Officer Mercer placed the appellant under arrest for assaulting his wife. The appellant resisted the arrest and in the ensuing struggle, Officer Baldesarra's finger was broken. The appellant was charged with assaulting a police officer with the intent of resisting arrest. 4

En se basant sur ces observations, l'agent de police Mercer a mis l'appelant en état d'arrestation pour voies de fait contre sa conjointe. L'appelant a résisté à l'arrestation et dans la lutte qui a suivi, l'agent de police Baldesarra s'est fait fracturer un doigt. L'appelant a été accusé de voies de fait contre un agent de police dans l'intention de résister à une arrestation.

II. Judgments Below

A. *Ontario Court (Provincial Division)*

At the trial, Bentley Prov. Div. J. dismissed the initial charge of assault on the appellant's wife after she testified that he did not hit her. With respect to the second charge of assaulting Officer Baldesarra, the trial judge held that the officers' entry in the appellant's apartment was unauthorized and therefore all subsequent actions of the police, including the arrest of the appellant, were illegal. In reaching his decision that the officers' entry into the apartment was unlawful, Bentley Prov. Div. J. concluded that the 911 call and then a denial of entry at the door did not constitute reasonable and probable grounds to violate the sanctity of a person's dwelling house. The charge of assaulting a police officer was dismissed. 5

II. Juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division provinciale)*

Au procès, le juge Bentley a rejeté la première accusation de voies de fait contre la conjointe de l'appelant après que celle-ci eut témoigné qu'il ne l'avait pas frappée. Quant à la seconde accusation de voies de fait contre l'agent de police Baldesarra, le juge du procès a statué que les agents de police étaient entrés dans l'appartement de l'appelant sans autorisation et que, par conséquent, tous les actes subséquents qu'ils avaient accomplis, y compris l'arrestation de l'appelant, étaient illégaux. Pour décider que les agents de police étaient entrés illégalement dans l'appartement, le juge Bentley a conclu que l'appel au 911 et ensuite le refus de laisser entrer les agents ne constituaient pas des motifs raisonnables et probables de porter atteinte à l'inviolabilité de la maison d'habitation. L'accusation de voies de fait contre un agent de police a été rejetée.

B. *Ontario Court (General Division)*

6 Hoilett J. allowed the appeal from the Provincial Division decision on the basis that the characterization of the 911 call and subsequent denial of entry at the door as being insufficient to constitute reasonable and probable grounds to enter the home ignores modern social realities in which spousal abuse is not an "uncommon phenomenon". Hoilett J. noted that had the police taken "no" for an answer at the door and a homicide occurred, he could only speculate as to public response. A new trial was ordered.

C. *Ontario Court of Appeal* (1997), 33 O.R. (3d) 445

7 Finlayson J.A. for the court dismissed the appeal. He reviewed the common law powers accorded to police officers as set out in *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, and found that the 911 call gave the police reasonable and probable grounds to believe that there was an emergency in the apartment and that the caller was in distress. The high priority given to disconnected 911 calls is instructive and reflects the collective experience of the police force in responding to this kind of distress call. Finlayson J.A. referred to the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482, in which Doherty J.A. applied *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). *Waterfield* sets out the test for determining the common law powers of the police. Doherty J.A. noted that police conduct which interfered with an individual's liberty or freedom would be authorized by the common law if two criteria were satisfied:

1. the police were acting in the course of their duty when they effected that interference; and

B. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Le juge Hoilett a accueilli l'appel de la décision de la Division provinciale, estimant que conclure que le type particulier d'appel au 911 en cause et le refus subséquent de laisser entrer les agents de police n'étaient pas suffisants pour constituer des motifs raisonnables et probables d'entrer dans l'appartement, c'était méconnaître les réalités de la société moderne où la violence conjugale n'est pas un [TRADUCTION] «phénomène rare». Le juge Hoilett a fait remarquer que si les agents de police avaient respecté le refus exprimé à la porte par l'appelant et qu'un homicide avait été commis, il ne pouvait que spéculer sur la réaction du public. Un nouveau procès a été ordonné.

C. *Cour d'appel de l'Ontario* (1997), 33 O.R. (3d) 445

Le juge Finlayson, s'exprimant au nom de la cour, a rejeté l'appel. Il a examiné les pouvoirs conférés en common law aux agents de police, tels qu'ils sont énoncés dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, et il a conclu que l'appel au 911 donnait aux agents de police des motifs raisonnables et probables de croire qu'il y avait une situation d'urgence dans l'appartement et que l'auteur de l'appel était en difficulté. La priorité élevée accordée aux appels au 911 qui sont coupés est révélatrice et témoigne de l'expérience collective acquise par le corps policier à l'égard de ce type d'appel de détresse. Le juge Finlayson a renvoyé à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482, dans lequel le juge Doherty a appliqué l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). L'arrêt *Waterfield* expose le critère permettant de déterminer les pouvoirs conférés en common law aux agents de police. Le juge Doherty a signalé que les atteintes portées par la conduite des agents de police à la liberté individuelle sont autorisées par la common law si les deux conditions suivantes sont remplies:

1. Les agents de police accomplissaient leur devoir lorsqu'ils ont commis l'atteinte;

2. the conduct of the police did not involve an unjustifiable use of powers in the circumstances.

In considering the first element of the test, Finlayson J.A. found that the police have a power at common law to enter a private dwelling in response to a disconnected 911 call in the circumstances of this case. The police were acting in the course of their duty to "protect life" which includes preventing death or serious injury. They entered the apartment with the knowledge that a 911 call was made from that residence. Entry was necessary to determine the cause of the distress and to give aid if necessary. Giving aid to persons in distress is the very essence of the police duty to "protect life".

With respect to the second element of the test, Finlayson J.A. concluded that the interference with the appellant's liberty in this case was minimal. The police were only in the apartment for a short time and the forced entry was only to determine that there was no emergency and that the 911 caller was not in distress. Having received an unsatisfactory answer from the appellant at the door, the police were obligated to enter the dwelling and investigate. Further questions to the appellant would have been impossible had he succeeded in shutting the door. In any event, entry into a private dwelling to investigate a disconnected 911 call is justified even if someone answers the knock at the door, where that person is evasive and uncooperative in response to proper police questioning. Finlayson J.A. asked (at p. 459): "How demoralized would a victim of burglary, sexual assault or spousal abuse be if the culprit was able to get rid of his or her rescuers simply by telling them that 'there is no problem'?" Under all the circumstances of the case, it was a justifiable use of police powers to enter the apartment in response to the disconnected 911 call. Finlayson J.A. did note that any greater interference with the sanctity of a home, other than the level exercised here, could

2. Les agents de police n'ont pas exercé leurs pouvoirs de façon injustifiable dans les circonstances.

8 En analysant le premier élément du critère, le juge Finlayson a conclu que dans les circonstances de la présente affaire, les agents de police avaient le pouvoir en common law d'entrer dans une maison privée pour répondre à un appel au 911 qui a été coupé. Les agents de police accomplissaient le devoir qui leur incombe de [TRADUCTION] «protéger la vie» et notamment d'empêcher que quelqu'un ne soit tué ou blessé gravement. Ils sont entrés dans l'appartement en sachant qu'un appel au 911 avait été fait de cette résidence. Il fallait qu'ils entrent pour déterminer la cause du problème et pour prêter secours, le cas échéant. Secourir les personnes en difficulté est le fondement même du devoir qu'ont les agents de police de «protéger la vie».

9 Quant au second élément du critère, le juge Finlayson a conclu que l'atteinte à la liberté de l'appelant dans la présente affaire était minimale. Les agents de police ne sont demeurés dans l'appartement que peu de temps et ils y sont entrés par la force seulement pour s'assurer qu'il n'y avait pas d'urgence et que la personne qui avait appelé le 911 n'était pas en difficulté. Ayant obtenu une réponse insatisfaisante de la part de l'appelant à la porte, les agents de police étaient obligés d'entrer pour vérifier. Ils n'auraient pas pu poser d'autres questions à l'appelant si celui-ci avait réussi à fermer la porte. De toute façon, l'entrée dans une maison privée est justifiée pour enquêter sur un appel au 911 qui a été coupé, même quand une personne ouvre la porte, si celle-ci se montre évasive et peu coopérative devant les questions légitimes des agents de police. Le juge Finlayson a fait observer, à la p. 459, qu'il serait: [TRADUCTION] «fort démoralisant pour la victime d'un cambriolage, d'une agression sexuelle ou de violence conjugale que le coupable puisse se débarrasser de ses sauveteurs en leur disant simplement qu'"il n'y a pas de problème"». Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, les agents de police ont exercé leurs pouvoirs de façon justifiée pour entrer

only be justified with further information, such as the grounds for arrest for an indictable offence.

III. Issues

10 1. Did the Court of Appeal for Ontario err in finding the police were acting in the execution of their duty to protect life and prevent injury when they forcibly entered the appellant's apartment in response to a disconnected 911 call?

2. If not, did the Court of Appeal err in finding that the officers had reasonable and probable grounds to effect the arrest of the appellant?

IV. Analysis

A. *Did the Court of Appeal for Ontario err in finding the police were acting in the execution of their duty to protect life and prevent injury when they forcibly entered the appellant's apartment in response to a disconnected 911 call?*

11 In my view, public policy clearly requires that the police *ab initio* have the authority to investigate 911 calls, but whether they may enter dwelling houses in the course of such an investigation depends on the circumstances of each case.

12 The accepted test for evaluating the common law powers and duties of the police was set out in *Waterfield*, *supra* (followed by this Court in *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631, *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443, and *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2). If police conduct constitutes a *prima facie* interference with a person's liberty or property, the court must consider two questions: first, does the conduct fall within the

dans l'appartement en réponse à l'appel au 911 qui a été coupé. Le juge Finlayson a bien signalé que toute atteinte plus importante à l'inviolabilité du foyer, toute atteinte plus grave que celle commise en l'espèce, ne pourrait se justifier que si les agents avaient en mains d'autres renseignements, par exemple s'ils avaient des motifs justifiant une arrestation pour un acte criminel.

III. Questions en litige

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que les agents de police accomplissaient le devoir qui leur incombe de protéger la vie et de prévenir les blessures, quand ils sont entrés par la force dans l'appartement de l'appelant pour répondre à un appel au 911 qui avait été coupé?

2. Dans la négative, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les agents de police avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'appelant?

IV. Analyse

A. *La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que les agents de police accomplissaient le devoir qui leur incombe de protéger la vie et de prévenir les blessures, quand ils sont entrés par la force dans l'appartement de l'appelant pour répondre à un appel au 911 qui avait été coupé?*

À mon avis, l'ordre public exige manifestement que les agents de police soient investis *ab initio* du pouvoir d'enquêter sur les appels au 911, mais la question de savoir s'ils peuvent entrer dans les maisons d'habitation dans le cadre d'une telle enquête doit être tranchée selon les circonstances de chaque affaire.

Le critère reconnu pour évaluer les pouvoirs et les devoirs des agents de police en common law a été exposé dans l'arrêt *Waterfield*, précité, que notre Cour a suivi dans *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631, *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443, et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Si la conduite policière constitue de prime abord une atteinte à la liberté ou à la propriété d'une personne, le tribunal doit trancher deux questions:

general scope of any duty imposed by statute or recognized at common law; and second, does the conduct, albeit within the general scope of such a duty, involve an unjustifiable use of powers associated with the duty.

There is no doubt that the forcible entry by police into a private dwelling home constitutes a *prima facie* interference with a person's liberty and property. It is therefore incumbent upon the Court to consider the two questions posed in *Waterfield*, *supra*.

(1) The general statutory and common law duties of the police

Section 42 of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P 15 (the "Act") read as follows at the relevant time:

42. — (1) The duties of a police officer include,

(a) preserving the peace;

(b) preventing crimes and other offences and providing assistance and encouragement to other persons in their prevention;

(c) assisting victims of crime;

(d) apprehending criminals and other offenders and others who may lawfully be taken into custody;

(e) laying charges, prosecuting and participating in prosecutions;

(f) executing warrants that are to be executed by police officers and performing related duties;

(g) performing the lawful duties that the chief of police assigns;

(h) in the case of a municipal police force and in the case of an agreement under section 10 (agreement for provision of police services by O.P.P.), enforcing municipal by-laws;

(i) completing the prescribed training.

(2) A police officer has authority to act as such throughout Ontario.

Premièrement, la conduite entre-t-elle dans le cadre général d'un devoir imposé par une loi ou reconnu par la common law? Deuxièmement, la conduite, bien que dans le cadre général d'un tel devoir, comporte-t-elle un exercice injustifiable des pouvoirs découlant de ce devoir?

13 Il ne fait aucun doute que l'entrée par la force des agents de police dans une maison privée constitue de prime abord une atteinte à la liberté et à la propriété d'une personne. Par conséquent, il incombe à notre Cour d'examiner les deux questions posées dans l'arrêt *Waterfield*, précité.

(1) Les devoirs généraux des agents de police imposés par la loi et reconnus par la common law

14 L'article 42 de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15 (la «Loi») était ainsi rédigé à l'époque pertinente :

42. — (1) L'agent de police a notamment pour fonctions:

a) de veiller à l'ordre public;

b) de prévenir les actes criminels et autres infractions et d'apporter aide et encouragement aux autres personnes qui participent à leur prévention;

c) d'aider les victimes d'actes criminels;

d) d'appréhender les criminels et autres contrevenants ainsi que les autres personnes qui peuvent légalement être placées sous garde;

e) de déposer des accusations, de poursuivre en justice et de participer aux poursuites;

f) d'exécuter les mandats qui doivent être exécutés par des agents de police et d'exercer des fonctions connexes;

g) d'exercer les fonctions légitimes que le chef de police lui confie;

h) dans le cas d'un corps de police municipal ou d'une entente conclue en vertu de l'article 10 (entente visant la prestation de services policiers par la Police provinciale), d'exécuter les règlements municipaux;

i) de terminer la formation prescrite.

(2) Les agents de police ont compétence pour agir à ce titre partout en Ontario.

(3) A police officer has the powers and duties ascribed to a constable at common law. [Emphasis added.]

(3) Les agents de police possèdent les pouvoirs et fonctions qui sont attribués aux constables en common law. [Je souligne.]

15 In *Dedman*, *supra*, at pp. 11-12, this Court held that the common law duties of the police (statutorily incorporated in s. 42(3)) include the "preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property" (emphasis added). As Finlayson J.A. noted in the Court of Appeal, the common law duties of the police have yet to be judicially circumscribed. Furthermore, the duty to protect life is a "general duty" as described by Finlayson J.A., and is thus not limited to protecting the lives of victims of crime.

Dans l'arrêt *Dedman*, précité, aux pp. 11 et 12, notre Cour a statué que les devoirs incombant aux agents de police en common law (prévus par la loi au par. 42(3)) comprennent la «préservation de la paix, la prévention du crime et [. . .] la protection de la vie des personnes et des biens» (je souligne). Comme le juge Finlayson l'a souligné en Cour d'appel, les devoirs incombant aux agents de police en common law n'ont pas encore été délimités par les tribunaux. En outre, la protection de la vie est un [TRADUCTION] «devoir général», comme l'a dit le juge Finlayson, qui ne se limite donc pas à la protection de la vie des victimes de crime.

16 A 911 call is a distress call — a cry for help. It may indeed be precipitated by criminal events, but criminal activity is not a prerequisite for assistance. The duties specifically enumerated in s. 42(1) of the Act may or may not be engaged. The point of the 911 emergency response system is to provide whatever assistance is required under the circumstances of the call. In the context of a disconnected 911 call, the nature of the distress is unknown. However, in my view, it is reasonable, indeed imperative, that the police assume that the caller is in some distress and requires immediate assistance. To act otherwise would seriously impair the effectiveness of the system and undermine its very purpose. The police duty to protect life is therefore engaged whenever it can be inferred that the 911 caller is or may be in some distress, including cases where the call is disconnected before the nature of the emergency can be determined.

Un appel au 911 est un appel de détresse — un appel au secours. Il se peut fort bien qu'il soit motivé par des actes criminels, mais l'activité criminelle n'est pas une condition préalable à l'obtention d'aide. Les devoirs énumérés expressément au par. 42(1) de la Loi peuvent entrer en jeu ou non. Le but du système d'intervention d'urgence 911 est d'apporter l'aide voulue compte tenu des circonstances de l'appel. Dans le cas d'un appel au 911 qui a été coupé, la nature du problème est inconnue. Toutefois, à mon avis, il est raisonnable, voire impératif, que les agents de police présument que l'auteur de l'appel est en difficulté et a besoin d'une aide immédiate. Agir autrement compromettrait gravement l'efficacité du système et en minerait les objectifs mêmes. Le devoir de protéger la vie qu'ont les agents de police entre en jeu par conséquent chaque fois que l'on peut déduire que la personne qui a composé le 911 est en difficulté ou peut l'être, y compris les cas où la communication est coupée avant que la nature de l'urgence puisse être déterminée.

17 Before this Court, the parties did not seriously debate whether the police have a common law duty to respond to distress calls. Rather, the real ques-

Devant notre Cour, les parties n'ont pas sérieusement débattu la question de savoir si les agents de police ont le devoir en common law de répon-

tion is whether the discharge of this common law duty entitles the police to forcibly enter a dwelling. In other words, the central issue concerns the second branch of the *Waterfield* test.

(2) Does the conduct in question involve an unjustifiable use of police powers in the circumstances?

In *Simpson*, *supra*, Doherty J.A. applied both *Waterfield*, *supra*, and *Dedman*, *supra*, and described what is meant by a "justifiable" use of police power as follows (at p. 499):

> ... the justifiability of an officer's conduct depends on a number of factors including the duty being performed, the extent to which some interference with individual liberty is necessitated in order to perform that duty, the importance of the performance of that duty to the public good, the liberty interfered with, and the nature and extent of the interference.

I agree that these considerations should form the basis of analysis. In the case at bar, it was necessary for the police to enter the appellant's apartment in order to determine the nature of the distress call. There was no other reasonable alternative to ensure that the disconnected caller received the necessary assistance in a timely manner. While the appellant suggested that the police could knock on the neighbours' doors and question them, or wait in the apartment corridor for further signs of distress, in my view these suggestions are not only impractical but dangerous. If a 911 caller is in serious danger and is unable either to communicate with the 911 dispatcher or answer the door upon police arrival, the caller's only hope is that the police physically locate him or her within the apartment and come to his or her aid.

There is unquestionably a recognized privacy interest that residents have within the sanctity of the home. In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, this

dre aux appels de détresse. La vraie question est plutôt de savoir si l'exécution de ce devoir reconnu par la common law donne aux agents de police le droit d'entrer par la force dans une maison. Autrement dit, la question fondamentale porte sur la deuxième partie du critère de l'arrêt *Waterfield*.

(2) La conduite en question comporte-t-elle un exercice injustifiable des pouvoirs conférés aux agents de police dans les circonstances?

Dans l'arrêt *Simpson*, précité, le juge Doherty a appliqué à la fois *Waterfield*, précité, et *Dedman*, précité, et, à la p. 499, il a défini de la façon suivante ce qu'on entendait par l'exercice [TRADUCTION] «justifié» des pouvoirs conférés aux agents de police: 18

> [TRADUCTION] ... un lot de facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si la conduite d'un agent de police est justifiée, notamment le devoir dont il s'acquitte, la mesure dans laquelle il est nécessaire de porter atteinte à la liberté individuelle afin d'accomplir ce devoir, l'importance que présente l'exécution de ce devoir pour l'intérêt public, la liberté à laquelle on porte atteinte ainsi que la nature et l'étendue de l'atteinte.

Je conviens que ces considérations doivent constituer le fondement de l'analyse. En l'espèce, il était nécessaire que les agents de police entrent dans l'appartement de l'appelant afin de déterminer la nature de l'appel de détresse. Il n'y avait pas d'autres moyens raisonnables de s'assurer que la personne dont l'appel avait été coupé avait obtenu l'aide nécessaire en temps utile. Bien que l'appelant ait soutenu que la police pouvait frapper aux portes des voisins et les questionner, ou attendre dans le couloir de l'appartement d'autres signes de détresse, j'estime que ces propositions sont non seulement peu pratiques, mais dangereuses. Si la personne qui compose le 911 court un grave danger et est incapable soit de communiquer avec le répartiteur du 911 ou d'aller ouvrir la porte à l'arrivée des agents de police, son seul espoir est que ceux-ci la trouvent dans l'appartement et viennent à son secours.

Indiscutablement, chacun a droit au respect de la vie privée dans l'intimité de son foyer qui est tenu pour inviolable. Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 19

Court recognized that the values underlying the privacy interest protected by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are (*per* Sopinka J. at p. 292) "dignity, integrity and autonomy". In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 50, Cory J. elaborated that one aspect of this privacy interest is "[t]he right to be free from intrusion or interference". However, dignity, integrity and autonomy are the very values engaged in a most immediate and pressing nature by a disconnected 911 call. In such a case, the concern that a person's life or safety might be in danger is enhanced. Therefore, the interest of the person who seeks assistance by dialing 911 is closer to the core of the values of dignity, integrity and autonomy than the interest of the person who seeks to deny entry to police who arrive in response to the call for help.

R.C.S. 281, notre Cour a reconnu que les valeurs sur lesquelles repose le droit à la vie privée protégé par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont (les motifs du juge Sopinka, à la p. 292) la «dignité, [. . .] l'intégrité et [. . .] l'autonomie» de la personne. Dans l'arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, le juge Cory, au par. 50, a expliqué que l'un des éléments du droit à la vie privée est «[l]e droit d'être à l'abri de toute intrusion ou ingérence». Toutefois, la dignité, l'intégrité et l'autonomie sont précisément les valeurs qui sont en jeu de la façon la plus immédiate et la plus pressante lorsqu'un appel au 911 est coupé. Dans un tel cas, la vie et la sécurité de la personne inspirent encore plus l'inquiétude. Par conséquent, l'intérêt de la personne qui demande de l'aide en signalant le 911 ressortit davantage à la dignité, à l'intégrité et à l'autonomie que celui de la personne qui cherche à refuser l'entrée aux agents de police dépêchés sur les lieux pour répondre à un appel à l'aide.

20 One can imagine, for example, a person having a heart attack who dials 911 but cannot speak. Perhaps there is no one home to answer the door. Would a reasonable person expect that the police would take steps to ensure that the 911 caller was all right? I believe so. A further example might be a situation where a home is burglarized and a resident is being held at gunpoint. Assuming a resident can actually make the 911 call, he or she might answer the door to the police under a threat of bodily injury should the police be allowed to enter. On the other hand, the person who answers the door might well be the intruder. I see no other use for an emergency response system if those persons who are dispatched to the scene cannot actually respond to the individual caller. I certainly cannot accept that the police should simply take the word of the person who answers the door that there is "no problem" inside.

On peut penser, par exemple, à la victime d'un infarctus qui compose le 911 mais ne peut pas parler. Il n'y a peut-être personne à la maison pour aller ouvrir la porte. Est-ce qu'une personne raisonnable s'attendrait à ce que les agents de police prennent des mesures pour s'assurer que la personne qui a signalé le 911 va bien? Je crois que oui. On pourrait également envisager le cas où une maison est cambriolée et où l'un des occupants est détenu sous la menace d'une arme. À supposer qu'il ait pu signaler le 911, il se pourrait qu'il n'ouvre la porte que pour éloigner les agents de police, l'intrus menaçant de le blesser. En revanche, la personne qui ouvre la porte pourrait très bien être l'intrus. Je ne vois pas à quoi servirait un système d'intervention d'urgence si les personnes qui sont envoyées sur les lieux ne peuvent pas en fait répondre à l'auteur de l'appel. Je ne peux certainement pas accepter que les agents de police croient sur parole la personne qui ouvre et affirme qu'il n'y a «pas de problème» à l'intérieur.

21 Further, the courts, legislators, police and social service workers have all engaged in a serious and important campaign to educate themselves and the public on the nature and prevalence of domestic

De plus, les tribunaux, les législateurs, la police et les travailleurs sociaux se sont engagés dans une campagne sérieuse et importante pour s'informer eux-mêmes et éduquer le public au sujet de la

violence. One of the hallmarks of this crime is its private nature. Familial abuse occurs within the supposed sanctity of the home. While there is no question that one's privacy at home is a value to be preserved and promoted, privacy cannot trump the safety of all members of the household. If our society is to provide an effective means of dealing with domestic violence, it must have a form of crisis response. The 911 system provides such a response. Given the wealth of experience the police have in such matters, it is unthinkable that they would take the word of the person who answers the door without further investigation. Without making any comment on the specific facts of this case, it takes only a modicum of common sense to realize that if a person is unable to speak to a 911 dispatcher when making a call, he or she may likewise be unable to answer the door when help arrives. Should the police then take the word of the person who does answer the door, who might well be an abuser and who, if so, would no doubt pronounce that all is well inside? I think not.

Thus in my view, the importance of the police duty to protect life warrants and justifies a forced entry into a dwelling in order to ascertain the health and safety of a 911 caller. The public interest in maintaining an effective emergency response system is obvious and significant enough to merit some intrusion on a resident's privacy interest. However, I emphasize that the intrusion must be limited to the protection of life and safety. The police have authority to investigate the 911 call and, in particular, to locate the caller and determine his or her reasons for making the call and provide such assistance as may be required. The police authority for being on private property in response to a 911 call ends there. They do not have further permission to search premises or otherwise intrude on a resident's privacy or property. In *Dedman*, *supra*, at p. 35, Le Dain J. stated that the interference with liberty must be necessary for carrying out the police duty and it must be reasonable. A reasonable interference in circumstances

nature et de la fréquence de la violence conjugale. L'un des traits spécifiques de ce crime est son caractère privé. La violence familiale survient au sein du foyer qui est censé être inviolable. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'intimité du foyer soit une valeur qu'il faut préserver et favoriser, le respect de la vie privée ne saurait l'emporter sur la sécurité de tous les membres du foyer. Si notre société veut se doter de moyens efficaces pour lutter contre la violence conjugale, elle doit pouvoir intervenir en cas de crise. Le système 911 permet une telle intervention. Compte tenu de l'expérience que les agents de police possèdent dans ce domaine, il est inconcevable qu'ils croient sur parole la personne qui ouvre la porte sans poursuivre leur enquête. Sans faire référence aux faits particuliers de la présente affaire, il ne faut qu'un minimum de bon sens pour se rendre compte que si une personne est incapable de parler au répartiteur du 911 quand elle fait l'appel, il se peut aussi qu'elle ne puisse pas aller ouvrir quand l'aide arrivera. Les agents de police devraient-ils alors croire sur parole la personne qui ouvre sachant qu'elle peut très bien être l'agresseur et que dans ce cas, elle affirmera sans doute que tout va bien à l'intérieur? Je crois que non.

Par conséquent, j'estime que l'importance du devoir qu'ont les agents de police de protéger la vie justifie qu'ils entrent par la force dans une maison afin de s'assurer de la santé et de la sécurité de la personne qui a composé le 911. L'intérêt que présente pour le public le maintien d'un système d'intervention d'urgence efficace est évident et est suffisamment important pour que puisse être commise une atteinte au droit à la vie privée de l'occupant. Cependant, j'insiste sur le fait que l'atteinte doit se limiter à la protection de la vie et de la sécurité. Les agents de police ont le pouvoir d'enquêter sur les appels au 911 et notamment d'en trouver l'auteur pour déterminer les raisons de l'appel et apporter l'aide nécessaire. L'autorisation donnée aux agents de police de se trouver dans une propriété privée pour répondre à un appel au 911 s'arrête là. Ils ne sont pas autorisés en plus à fouiller les lieux ni à s'immiscer autrement dans la vie privée ou la propriété de l'occupant. Dans l'arrêt *Dedman*, précité, à la p. 35, le juge Le Dain a 22

such as an unknown trouble call would be to locate the 911 caller in the home. If this can be done without entering the home with force, obviously such a course of action is mandated. Each case will be considered in its own context, keeping in mind all of the surrounding circumstances. (I specifically refrain from pronouncing on whether an entry in response to a 911 call affects the applicability of the "plain view" doctrine as it is not at issue on the facts of the case at bar.)

déclaré que l'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir de la police et elle doit être raisonnable. Dans le cas d'une demande d'aide indéterminée, l'atteinte raisonnable consisterait à trouver la personne qui a signalé le 911 dans la maison. Si cela peut se faire sans entrer dans la maison par la force, c'est évidemment de cette façon qu'il faut procéder. Chaque affaire est un cas d'espèce et doit être évaluée en fonction de toutes les circonstances qui entourent l'événement. (Je m'abstiens en particulier de statuer sur la question de savoir si l'entrée effectuée en vue de répondre à un appel au 911 a une incidence sur l'applicabilité de la théorie des «objets bien en vue» car la question ne se pose pas compte tenu des faits de la présente affaire.)

23 In the case at bar, the forced entry into the appellant's home was justifiable considering the totality of the circumstances. The police were responding to an unknown trouble call. They had no indication as to the nature of the 911 distress. They did not know whether the call was in response to a criminal action or not. They had the common law duty (statutorily codified in s. 42(3) of the Act) to act to protect life and safety. Therefore, the police had the duty to respond to the 911 call. Having arrived at the appellant's apartment, their duty extended to ascertaining the reason for the call. Acceptance of the appellant's bald assertion that there was "no problem" would have been insufficient to satisfy that duty. The police had the power, derived as a matter of common law from this duty, to enter the apartment to verify that there was in fact no emergency. The fact that the appellant tried to shut the door on the police further contributes to the appropriateness of their response in forcing entry. As I have already discussed, the privacy interest of the person at the door must yield to the interests of any person inside the apartment. A threat to life and limb more directly engages the values of dignity, integrity and autonomy underlying the right to privacy than does the interest in being free from the minimal state intrusion of police entering an apartment to investigate a potential emergency. Once inside the apartment, the police heard the appellant's wife crying. They had a duty to search the apartment and find her. In my

En l'espèce, l'entrée par la force chez l'appelant était justifiée compte tenu de l'ensemble des circonstances. Les agents de police intervenaient à la suite d'une demande d'aide indéterminée. Ils n'avaient aucun indice sur la nature du problème signalé au 911. Ils ne savaient pas si l'appel avait été motivé par la commission d'un acte criminel ou non. Ils avaient le devoir en common law (codifié par le par. 42(3) de la Loi) d'agir en vue de protéger la vie et la sécurité. Par conséquent, leur devoir leur imposait de répondre à l'appel au 911. Une fois rendus à l'appartement de l'appelant, les agents de police avaient le devoir de vérifier les raisons de l'appel. S'ils avaient accepté la simple affirmation de l'appelant qu'il n'y avait «pas de problème», ils auraient manqué à leur devoir. Les agents de police étaient autorisés, en raison des pouvoirs qui leur sont conférés en common law pour s'acquitter de ce devoir, à entrer dans l'appartement pour s'assurer qu'il ne s'agissait pas d'un cas d'urgence. Le fait que l'appelant ait tenté de fermer la porte au nez des agents de police renforce également la légitimité de leur réaction, qui a été d'entrer par la force. Comme je l'ai déjà dit, le droit au respect de la vie privée de la personne qui ouvre doit s'incliner devant l'intérêt de quiconque se trouve à l'intérieur. La menace pesant sur la vie ou l'intégrité physique intéresse plus directement la dignité, l'intégrité et l'autonomie qui sont les valeurs sous-tendant le droit à la vie privée que le droit d'être à l'abri de l'intrusion minimale de

view, Finlayson J.A. for the Court of Appeal correctly concluded that the police conduct was a justifiable use of their powers.

l'État que constitue l'entrée des agents de police dans l'appartement pour enquêter sur un cas d'urgence potentiel. Une fois à l'intérieur de l'appartement, les agents de police ont entendu la conjointe de l'appelant pleurer. Ils avaient le devoir de fouiller l'appartement pour la trouver. À mon avis, le juge Finlayson de la Cour d'appel a eu raison de conclure que les agents de police avaient exercé leurs pouvoirs de façon justifiée.

(3) The impact of the decision in *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13

(3) L'incidence de l'arrêt *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13

In its decision, the Court of Appeal discussed this Court's decision in *Landry*, *supra*. In *Landry*, the issue was whether the police had the power to enter an apartment without a warrant to make an arrest. Dickson C.J. held that a compelling public interest warranted giving the police the power to enter private premises to make an arrest under certain conditions. However, *Landry*, a pre-*Charter* case, was reconsidered by this Court in *Feeney*, and Sopinka J., for the majority of the Court, concluded that the *Landry* test for warrantless arrests no longer applies in the *Charter* era.

24 Dans son jugement, la Cour d'appel a examiné l'arrêt *Landry*, précité, de notre Cour. Dans l'arrêt *Landry*, la question en litige était de savoir si les agents de police avaient le pouvoir d'entrer dans un appartement sans mandat pour procéder à une arrestation. Le juge en chef Dickson a conclu qu'un intérêt public supérieur justifiait que soit conféré à la police le pouvoir d'entrer dans des lieux privés pour procéder à une arrestation à certaines conditions. Toutefois, l'arrêt *Landry*, rendu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, a été réexaminé par notre Cour dans l'arrêt *Feeney*, et le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité de notre Cour, a conclu que le critère établi dans l'arrêt *Landry* relativement à des arrestations sans mandat ne s'appliquait plus à l'époque de la *Charte*.

I note that the Court of Appeal did not rely upon the decision in *Landry* in reaching its conclusion in the case at bar. Finlayson J.A. noted that the question in this case is whether the police had the power to enter a private dwelling where "they reasonably believe that the occupant is in distress and entry is necessary, not to make an arrest, but to protect life, prevent death and prevent serious injury" (pp. 453-54). In fact, Finlayson J.A. noted that there were no cases directly on point. Therefore, the fact that *Landry* has been superceded by *Feeney* does not invalidate the Court of Appeal's decision.

25 Je souligne que la Cour d'appel ne s'est pas fondée sur l'arrêt *Landry*, pour parvenir à sa conclusion dans la présente affaire. Le juge Finlayson a mentionné que la question à trancher en l'espèce était de savoir si les agents de police avaient le pouvoir d'entrer dans une maison privée lorsqu': [TRADUCTION] «ils ont des motifs raisonnables de croire que l'occupant est en difficulté et qu'il est nécessaire qu'ils entrent, non pour procéder à une arrestation, mais pour protéger la vie et empêcher que quelqu'un ne soit tué ou blessé gravement» (pp. 453 et 454). En fait, le juge Finlayson a noté qu'aucune décision ne s'appliquait directement en l'espèce. Par conséquent, le fait que l'arrêt *Landry* ait été remplacé par l'arrêt *Feeney* n'invalide pas la décision de la Cour d'appel.

26 In any event, I emphasize that *Feeney* was concerned solely with when the police can enter a dwelling without a warrant to make an arrest. Thus, in my view, the reasoning in *Feeney* does not apply to the case at bar, which is unconcerned with powers of arrest.

B. *If not, did the Court of Appeal err in finding that the officers had reasonable and probable grounds to effect the arrest of the appellant?*

27 Having found that the police were authorized to enter into the appellant's dwelling, the Court of Appeal did not err in finding there were reasonable and probable grounds to effect the arrest of the appellant. The condition of the appellant's wife, combined with her statement to Officer Clafton, constituted sufficient grounds for an arrest.

V. Conclusion

28 In summary, emergency response systems are established by municipalities to provide effective and immediate assistance to citizens in need. The 911 system is promoted as a system available to handle all manner of crises, including situations which have no criminal involvement whatsoever. When the police are dispatched to aid a 911 caller, they are carrying out their duty to protect life and prevent serious injury. This is especially true where the call is disconnected and the nature of the emergency unknown. When a caller uses a 911 system, he or she has requested direct and immediate intervention and has the right to expect emergency services will arrive and locate the caller. The public interest in maintaining this system may result in a limited intrusion in one's privacy interests while at home. This interference is authorized at common law as it falls within the scope of the police duty to protect life and safety and does not

Quoi qu'il en soit, j'insiste sur le fait que l'arrêt *Feeney*, portait uniquement sur les circonstances dans lesquelles des agents de police peuvent entrer dans une maison sans mandat pour procéder à une arrestation. Par conséquent, à mon avis, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Feeney* ne s'applique pas en l'espèce puisqu'il n'est pas question ici des pouvoirs d'arrestation.

B. *Dans la négative, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que les agents de police avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'appelant?*

Ayant conclu que les agents de police avaient le droit d'entrer chez l'appelant, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en statuant que les agents de police avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'appelant. L'état de la conjointe de l'appelant, conjugué à sa déclaration à l'agent de police Clafton, constituaient des motifs suffisants pour justifier l'arrestation.

V. Conclusion

En résumé, les municipalités mettent en place des systèmes d'intervention d'urgence pour porter secours de façon efficace et immédiate aux citoyens en difficulté. Le système 911 est présenté comme un système permettant de faire face à toutes sortes de crises, y compris à des situations qui ne sont en aucune façon liées à une activité criminelle quelconque. Quand des agents de police répondent à un appel au 911, ils s'acquittent du devoir qui leur incombe de protéger la vie et d'empêcher que quelqu'un ne soit gravement blessé. C'est particulièrement vrai quand l'appel est coupé et que la nature de l'urgence est inconnue. Quand une personne a recours au système 911, elle demande une intervention directe et immédiate et elle est en droit de s'attendre à ce que les services d'urgence arrivent et la trouvent. L'intérêt que présente pour le public le maintien de ce système peut donner lieu à une atteinte limitée au respect du droit à la vie privée dans l'intimité du foyer. La common law autorise cette atteinte parce qu'elle ressortit au devoir qu'ont les agents de police de

involve an unjustifiable use of the powers associated with this duty.

The appeal is dismissed and the matter returned to the Ontario Court (Provincial Division) for a new trial on the charge of assaulting a police officer with the intent to resist arrest.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Hicks Block Adams Derstine, Toronto.

Solicitor for the respondent: Scott C. Hutchison, Toronto.

Solicitor for the intervener: S. Ronald Fainstein, Ottawa.

protéger la vie et la sécurité et ne comporte pas un exercice injustifiable des pouvoirs liés à ce devoir.

Le pourvoi est rejeté et l'affaire est renvoyée à la Cour de l'Ontario (Division provinciale) pour instruction d'un nouveau procès sur l'accusation de voies de fait contre un agent de police dans l'intention de résister à une arrestation. 29

Pourvoi rejeté.

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

Procureur de l'intimée: Scott C. Hutchison, Toronto.

Procureur de l'intervenant: S. Ronald Fainstein, Ottawa.

N.H. and D.H. *Appellants*

v.

H.M., M.H. and Director of Child, Family and Community Services *Respondents*

INDEXED AS: H. (D.) *v.* M. (H.)

File No.: 26555.

1999: February 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

Family law — Custody — Adoption — Trial judge's order awarding custody of child to adoptive grandparents restored.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 156 D.L.R. (4th) 548, 103 B.C.A.C. 180, 169 W.A.C. 180, [1998] 3 C.N.L.R. 59, [1998] B.C.J. No. 221 (QL), reversing a judgment of the British Columbia Supreme Court, [1997] B.C.J. No. 2144 (QL), awarding custody to the appellants. Appeal allowed.

Julius H. Grey, for the appellants.

James G. Martin, for the respondent H.M.

Derrick A. Daniels, for the respondent M.H.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — There being no error committed by the trial judge, the Court is of the view to allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the order of Mr. Justice Bauman of the Supreme Court of British Columbia. There shall be no order as to costs.

* Motion for a re-hearing dismissed May 3, 1999.

N.H. et D.H. *Appelants*

c.

H.M., M.H. et Director of Child, Family and Community Services *Intimés*

RÉPERTORIÉ: H. (D.) *c.* M. (H.)

N° du greffe: 26555.

1999: 17 février*.

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 de la famille — Garde — Adoption — Rétablissement de l'ordonnance du juge de première instance accordant la garde de l'enfant aux grands-parents adoptifs.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 156 D.L.R. (4th) 548, 103 B.C.A.C. 180, 169 W.A.C. 180, [1998] 3 C.N.L.R. 59, [1998] B.C.J. No. 221 (QL), ayant infirmé le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1997] B.C.J. No. 2144 (QL), accordant la garde aux appelants. Pourvoi accueilli.

Julius H. Grey, pour les appelants.

James G. Martin, pour l'intimé H.M.

Derrick A. Daniels, pour l'intimée M.H.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Comme le juge de première instance n'a commis aucune erreur, la Cour est d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge Bauman de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Aucune ordonnance ne sera rendue en ce qui concerne les dépens.

* Requête en nouvelle audition rejetée le 3 mai 1999.

The Court notes that counsel for appellants made an undertaking to the effect that the transfer of the child shall be done in an orderly fashion in the best interest of the child. If the parties cannot agree in that regard, the trial judge retains jurisdiction in this matter.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Grey, Casgrain, Montréal.

Solicitor for the respondent H.M.: James G. Martin, North Vancouver.

Solicitor for the respondent M.H.: Derrick A. Daniels, North Vancouver.

La Cour signale que l'avocat des appelants s'est engagé à ce que la remise de l'enfant s'effectue de manière ordonnée, dans l'intérêt de ce dernier. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre à cet égard, le juge de première instance conserve compétence sur la question. 2

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Grey, Casgrain, Montréal.

Procureur de l'intimé H.M.: James G. Martin, North Vancouver.

Procureur de l'intimée M.H.: Derrick A. Daniels, North Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Steve Brian Ewanchuk *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, Women's Legal Education and Action Fund ("LEAF"), Disabled Women's Network Canada ("DAWN Canada") and Sexual Assault Centre of Edmonton *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* EWANCHUK

File No.: 26493.

1998: October 14; 1999: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Consent — Nature of consent — Accused persistently engaging complainant in a series of progressively more intimate sexual advances — Complainant clearly saying no to each advance — Complainant fearful and accused aware of her fear — Whether a sexual assault occurred — Whether defence of "implied consent" exists in Canadian law — Whether trial judge erred in applying that defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1), (2), (3), 273.1, 273.2, 686(4).

The complainant, a 17-year-old woman, was interviewed by the accused for a job in his van. She left the van door open as she was hesitant about discussing the job offer in his vehicle. The interview was conducted in a polite, business-like fashion. After the interview, the accused invited the complainant to see some of his work which was in the trailer behind the van. The complainant purposely left the trailer door open but the accused closed it in a way which made the complainant think that he had locked it. There was no evidence whether the door was actually locked. The complainant stated that she became frightened at this point. The accused

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Steve Brian Ewanchuk *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes («FAEJ»), le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada («DAWN Canada») et le Sexual Assault Centre of Edmonton *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* EWANCHUK

N° du greffe: 26493.

1998: 14 octobre; 1999: 25 février.

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

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Nature du consentement — Persistance de l'accusé à faire des avances sexuelles progressivement plus intimes — Refus clairement exprimé par la plaignante à chacune des avances — Crainte éprouvée par la plaignante et connaissance de cette crainte par l'accusé — Y a-t-il eu agression sexuelle? — La défense de «consentement tacite» existe-t-elle en droit canadien? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant cette défense? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (3), 273.1, 273.2, 686(4).

La plaignante, une jeune femme de 17 ans, a eu une entrevue d'emploi avec l'accusé dans la camionnette de ce dernier. Elle a laissé la porte de la camionnette ouverte car elle hésitait à discuter de l'offre d'emploi à l'intérieur du véhicule de l'accusé. L'entrevue s'est déroulée de façon professionnelle et polie. Après l'entrevue, l'accusé a demandé à la plaignante si elle voulait voir des exemples de son travail qui se trouvaient dans la remorque attachée à sa camionnette. La plaignante a intentionnellement laissé la porte de la remorque ouverte derrière elle, mais l'accusé l'a fermée d'une manière qui a fait croire à la plaignante qu'il l'avait fer-

initiated a number of incidents involving touching, each progressively more intimate than the previous, notwithstanding the fact that the complainant plainly said "no" on each occasion. He stopped his advances on each occasion when she said "no" but persisted shortly after with an even more serious advance. Any compliance by the complainant was done out of fear and the conversation that occurred between them clearly indicated that the accused knew that the complainant was afraid and certainly not a willing participant. The trial judge acquitted the accused of sexual assault relying on the defence of implied consent and the Court of Appeal upheld that acquittal. At issue here are whether the trial judge erred in his understanding of consent in sexual assault and whether his conclusion that the defence of "implied consent" exists in Canadian law was correct.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: If the trial judge misdirected himself as to the legal meaning or definition of consent, then his conclusion is one of law, and is reviewable. It properly falls to this Court to determine whether the trial judge erred in his understanding of consent in sexual assault, and to determine whether his conclusion that the defence of "implied consent" exists in Canadian law was correct.

A conviction for sexual assault requires proof beyond reasonable doubt of two basic elements, that the accused committed the *actus reus* and that he had the necessary *mens rea*. The *actus reus* of assault is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to touch, knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent, either by words or actions, from the person being touched.

The *actus reus* of sexual assault is established by the proof of three elements: (i) touching, (ii) the sexual nature of the contact, and (iii) the absence of consent. The first two of these elements are objective. It is sufficient for the Crown to prove that the accused's actions were voluntary. The Crown need not prove that the accused had any *mens rea* with respect to the sexual

mée à clé. Il n'y a aucune preuve que la porte était réellement fermée à clé. La plaignante a déclaré qu'elle a commencé à avoir peur à ce moment-là. L'accusé a été à l'origine d'un certain nombre d'incidents ayant donné lieu à des attouchements, chacun plus intime que le précédent, malgré le fait que la plaignante ait clairement dit «non» à chaque occasion. Il cessait ses avances chaque fois que la plaignante disait «non», mais recommençait peu de temps après en faisant une avance encore plus grave. Tout acquiescement de la plaignante n'a été que le fruit de la peur, et il ressort clairement de la conversation qu'ils ont eue que l'accusé savait que la plaignante avait peur et qu'elle n'était pas une participante de plein gré. Le juge du procès a acquitté l'accusé d'agression sexuelle en se fondant sur la défense de consentement tacite, et la Cour d'appel a confirmé l'acquittement. Les questions litigieuses dans le présent pourvoi sont de savoir si le juge du procès a mal compris la notion de consentement en matière d'agression sexuelle et si sa conclusion qu'il existe une défense de «consentement tacite» en droit canadien était juste.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Si le juge du procès s'est donné de mauvaises directives en ce qui concerne le sens ou la définition de consentement en droit, il a alors tiré une conclusion de droit susceptible de révision. Il revient à juste titre à notre Cour de décider si le juge du procès a mal compris la notion de consentement en matière d'agression sexuelle et si sa conclusion qu'il existe une défense de «consentement tacite» en droit canadien était juste.

Pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'agression sexuelle, deux éléments fondamentaux doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable: qu'il a commis l'*actus reus* et qu'il avait la *mens rea* requise. L'*actus reus* de l'agression consiste en des attouchements sexuels non souhaités. La *mens rea* est l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n'y consent pas, en raison de ses paroles ou de ses actes, ou encore en faisant montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement.

L'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi par la preuve de trois éléments: (i) les attouchements, (ii) la nature sexuelle des contacts, (iii) l'absence de consentement. Les deux premiers éléments sont objectifs. Il suffit que le ministère public prouve que les actes de l'accusé étaient volontaires. Le ministère public n'a pas besoin de prouver que l'accusé avait quelque *mens rea*

nature of his behaviour. The absence of consent, however, is purely subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred. While the complainant's testimony is the only source of direct evidence as to her state of mind, credibility must still be assessed by the trier of fact in light of all the evidence. It is open to the accused to claim that the complainant's words and actions, before and during the incident, raise a reasonable doubt against her assertion that she, in her mind, did not want the sexual touching to take place. If, however, the trial judge believes the complainant that she did not consent, the Crown has discharged its obligation to prove the absence of consent. The accused's perception of the complainant's state of mind is not relevant and only becomes so when a defence of honest but mistaken belief in consent is raised in the *mens rea* stage of the inquiry.

The trier of fact may only come to one of two conclusions: the complainant either consented or did not. There is no third option. If the trier of fact accepts the complainant's testimony that she did not consent, no matter how strongly her conduct may contradict that claim, the absence of consent is established and the third component of the *actus reus* of sexual assault is proven. No defence of implied consent to sexual assault exists in Canadian law. Here, the trial judge accepted the complainant's testimony that she did not want the accused to touch her, but then treated her conduct as raising a reasonable doubt about consent, described by him as "implied consent". This conclusion was an error.

To be legally effective, consent must be freely given. Therefore, even if the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about her non-consent, circumstances may arise which call into question what factors prompted her apparent consent. Section 265(3) of the *Criminal Code* enumerates a series of conditions — including submission by reason of force, fear, threats, fraud or the exercise of authority — under which the law will deem an absence of consent in assault cases, notwithstanding the complainant's ostensible consent or participation. In a situation where the trier of fact finds that the complainant did not want to be touched sexually and made her decision to permit or participate in the sexual assault activity as a result of an

pour ce qui est de la nature sexuelle de son comportement. Toutefois, l'absence de consentement est purement subjective et déterminée par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu. Bien que le témoignage de la plaignante soit la seule preuve directe de son état d'esprit, le juge du procès ou le jury doit néanmoins apprécier sa crédibilité à la lumière de l'ensemble de la preuve. Il est loisible à l'accusé de prétendre que les paroles et les actes de la plaignante, avant et pendant l'incident, soulèvent un doute raisonnable quant à l'affirmation de cette dernière selon laquelle, dans son esprit, elle ne voulait pas que les attouchements sexuels aient lieu. Si, toutefois, le juge du procès croit la plaignante lorsqu'elle dit qu'elle n'a pas consenti, le ministère public s'est acquitté de l'obligation qu'il avait de prouver l'absence de consentement. La perception qu'avait l'accusé de l'état d'esprit de la plaignante n'est pas pertinente. Cette perception n'entre en jeu que dans le cas où la défense de croyance sincère mais erronée au consentement est invoquée à l'étape de la *mens rea* de l'enquête.

Le juge des faits ne peut tirer que l'une ou l'autre des deux conclusions suivantes: la plaignante a consenti ou elle n'a pas consenti. Il n'y a pas de troisième possibilité. Si le juge des faits accepte le témoignage de la plaignante qu'elle n'a pas consenti, même si son comportement contredit fortement cette prétention, l'absence de consentement est établie et le troisième élément de l'*actus reus* de l'agression sexuelle est prouvé. Il n'existe pas de défense de consentement tacite en matière d'agression sexuelle en droit canadien. En l'espèce, le juge des faits a accepté le témoignage de la plaignante qu'elle ne voulait pas que l'accusé la touche, mais il a par la suite considéré que le comportement de cette dernière soulevait un doute raisonnable quant au consentement, constituant ce qu'il a décrit comme un «consentement tacite». Cette conclusion était une erreur.

Pour être valide en droit, le consentement doit être donné librement. Par conséquent, même si la plaignante a consenti, ou si son comportement soulève un doute raisonnable quant à l'absence de consentement, il peut exister des circonstances amenant à s'interroger sur les facteurs qui ont pu motiver le consentement apparent de la plaignante. Le paragraphe 265(3) du *Code criminel* énumère une série de situations — notamment la soumission en raison de la force, de la crainte, de menaces, de la fraude ou de l'exercice de l'autorité — dans lesquelles le droit considère qu'il y a eu absence de consentement dans des affaires de voies de fait, et ce malgré la participation ou le consentement apparent de la plaignante. Dans le cas où le juge des faits conclut que la

honestly held fear, the law deems an absence of consent and the third component of the *actus reus* of sexual assault is established. The complainant's fear need not be reasonable, nor must it be communicated to the accused in order for consent to be vitiated. While the plausibility of the alleged fear, and any overt expressions of it, are obviously relevant to assessing the credibility of the complainant's claim that she consented out of fear, the approach is subjective. If, as in this case, the complainant's testimony establishes the absence of consent beyond a reasonable doubt, the *actus reus* analysis is complete, and the trial judge should have turned his attention to the accused's perception of the encounter and the question of whether the accused possessed the requisite *mens rea*.

The *mens rea* of sexual assault contains two elements: intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched.

The accused may challenge the Crown's evidence of *mens rea* by asserting an honest but mistaken belief in consent. The defence of mistake is simply a denial of *mens rea*. It does not impose any burden of proof upon the accused. The accused need not testify in order to raise the issue. Support for the defence may stem from any of the evidence before the Court, including the Crown's case-in-chief and the testimony of the complainant. However, as a practical matter, this defence will usually arise in the evidence called by the accused.

Consent is an integral component of the *mens rea*, but considered from the perspective of the accused. In order to cloak the accused's actions in moral innocence, the evidence must show that he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity in question. A belief by the accused that the complainant, in her own mind, wanted him to touch her but did not express that desire, is not a defence. The accused's speculation as to what was going on in the complainant's mind provides no defence.

There is a difference in the concept of "consent" as it relates to the state of mind of the complainant *vis-à-vis* the *actus reus* of the offence and the state of mind of the accused in respect of the *mens rea*. For the purposes of

plaignante ne voulait pas subir d'attouchements sexuels et qu'elle a décidé de permettre l'activité sexuelle ou d'y participer en raison d'une crainte sincère, le droit considère qu'il y a absence de consentement, et le troisième élément de l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle est établi. Il n'est pas nécessaire que la crainte de la plaignante soit raisonnable, ni qu'elle ait été communiquée à l'accusé pour que le consentement soit vicié. Bien que la plausibilité de la crainte alléguée et toutes expressions évidentes de cette crainte soient manifestement pertinentes pour apprécier la crédibilité de la prétention de la plaignante qu'elle a consenti sous l'effet de la crainte, la démarche est subjective. Si, comme en l'espèce, le témoignage de la plaignante établit l'absence de consentement hors de tout doute raisonnable, l'analyse de *l'actus reus* est terminée, et le juge du procès aurait dû porter son attention sur la perception de la rencontre par l'accusé et sur la question de savoir si ce dernier avait eu la *mens rea* requise.

La *mens rea* de l'agression sexuelle comporte deux éléments: l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard.

L'accusé peut contester la preuve de *mens rea* du ministère public en plaidant la croyance sincère mais erronée au consentement. La défense d'erreur est simplement une dénégation de la *mens rea*. Elle n'impose aucune charge de la preuve à l'accusé, et il n'est pas nécessaire que l'accusé témoigne pour que ce point se soulève. Cette défense peut découler de tout élément de preuve présenté au tribunal, y compris la preuve principale du ministère public et le témoignage de la plaignante. Cependant, en pratique, cette défense découle habituellement de la preuve présentée par l'accusé.

Le consentement fait partie intégrante de la *mens rea*, mais il est considéré du point de vue de l'accusé. Pour que les actes de l'accusé soient empreints d'innocence morale, la preuve doit démontrer que ce dernier croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l'activité sexuelle en question. Le fait que l'accusé ait cru dans son esprit que la plaignante souhaitait qu'il la touche, sans toutefois avoir manifesté ce désir, ne constitue pas une défense. Les suppositions de l'accusé relativement à ce qui se passait dans l'esprit de la plaignante ne constituent pas un moyen de défense.

La notion de «consentement» diffère selon qu'elle se rapporte à l'état d'esprit de la plaignante vis-à-vis de l'*actus reus* de l'infraction et à l'état d'esprit de l'accusé vis-à-vis de la *mens rea*. Pour les fins de l'*actus reus*, la

the *actus reus* "consent" means that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place. In the context of *mens rea* — specifically for the purposes of the honest but mistaken belief in consent — "consent" means that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in sexual activity with the accused. The two parts of the analysis must be kept separate.

Not all beliefs upon which an accused might rely will exculpate him. Consent in relation to the *mens rea* of the accused is limited by both the common law and the provisions of ss. 273.1(2) and 273.2 of the *Criminal Code*.

The accused's putting consent into issue is synonymous with an assertion of an honest belief in consent. If his belief is found to be mistaken, then honesty of that belief must be considered. As an initial step the trial judge must determine whether any evidence exists to lend an air of reality to the defence. If so, then the question which must be answered by the trier of fact is whether the accused honestly believed that the complainant had communicated consent. Any other belief, however honestly held, is not a defence. Moreover, to be honest the accused's belief cannot be reckless, willfully blind or tainted by an awareness of any of the factors enumerated in ss. 273.1(2) and 273.2. If at any point the complainant has expressed a lack of agreement to engage in sexual activity, then it is incumbent upon the accused to point to some evidence from which he could honestly believe consent to have been re-established before he resumed his advances. If this evidence raises a reasonable doubt as to the accused's *mens rea*, the charge is not proven.

Here, the accused knew that the complainant was not consenting before each encounter. The trial judge ought to have considered whether anything occurred between the communication of non-consent and the subsequent sexual touching which the accused could honestly have believed constituted consent. The trial record conclusively establishes that the accused's persistent and increasingly serious advances constituted a sexual assault for which he had no defence. But for his errors of law, the trial judge would necessarily have found the accused guilty. Since a new trial would not be in the interests of justice, this Court can properly exercise its

notion de «consentement» signifie que, dans son esprit, la plaignante voulait que les attouchements sexuels aient lieu. Dans le contexte de la *mens rea* — particulièrement pour l'application de la croyance sincère mais erronée au consentement — la notion de «consentement» signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé. Les deux volets de l'analyse doivent demeurer distincts.

Ce ne sont pas toutes les croyances invoquées par un accusé qui le disculpent. Eu égard à la *mens rea* de l'accusé, la notion de consentement est limitée tant par la common law que par les dispositions du par. 273.1(2) et de l'art. 273.2 du *Code criminel*.

Le fait que l'accusé soulève la question du consentement équivaut à une prétention de croyance sincère au consentement. Si cette croyance est jugée erronée, il faut alors en apprécier la sincérité. Le juge du procès doit d'abord décider s'il existe des éléments de preuve conférant vraisemblance à la défense. Dans l'affirmative, le juge des faits doit alors trancher la question de savoir si l'accusé croyait sincèrement que la plaignante avait communiqué son consentement. Toute autre croyance, aussi sincère soit-elle, n'est pas un moyen de défense. En outre, pour être sincère, la croyance de l'accusé ne doit pas être le fruit de son insouciance ou de son aveuglement volontaire, ni être viciée par la connaissance de l'un des autres facteurs énumérés au par. 273.1(2) et à l'art. 273.2. Si la plaignante a, à un moment quelconque, manifesté son absence d'accord à l'activité sexuelle, il appartient alors à l'accusé de faire état des éléments de preuve qui lui permettaient de croire sincèrement qu'il avait à nouveau obtenu le consentement de la plaignante avant de reprendre ses avances. Si cette analyse soulève un doute raisonnable quant à la *mens rea* de l'accusé, l'accusation n'est pas prouvée.

En l'espèce, l'accusé a été à même de constater avant chaque attouchement que la plaignante n'était pas consentante. Le juge du procès aurait dû se demander si, entre le moment où le non-consentement a été exprimé et les attouchements sexuels ultérieurs, il s'était passé quelque chose que l'accusé aurait pu sincèrement considérer comme un consentement. Le dossier du procès établit de façon concluante que les avances persistantes et de plus en plus graves de l'accusé ont constitué une agression sexuelle à laquelle il ne pouvait opposer aucun moyen de défense. N'eût été des erreurs de droit qu'il a commises, le juge du procès aurait nécessairement conclu à la culpabilité de l'accusé. Comme l'intérêt de la justice ne commande pas la tenue d'un nouveau procès, notre Cour se doit d'exercer le pouvoir discrétionnaire

discretion under s. 686(4) of the *Code* and enter a conviction.

Whether the accused took reasonable steps to ascertain that the complainant was consenting is a question of fact to be determined by the trier of fact only after the air of reality test has been met. Given the way the trial and appeal were argued, s. 273.2(*b*) did not have to be considered.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Agreement was expressed generally with the reasons of Major J. on most issues.

Canada is a party to the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, which requires respect for and observance of the human rights of women. Violence against women is as much a matter of equality as it is an offence against human dignity and a violation of human rights. These human rights are protected by ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and their violation constitutes an offence under the assault provisions of s. 265 and under the more specific sexual assault provisions of ss. 271, 272 and 273 of the *Criminal Code*.

This case is not about consent, since none was given. It is about myths and stereotypes. The trial judge believed the complainant and accepted her testimony that she was afraid and he acknowledged her unwillingness to engage in any sexual activity. However, he gave no legal effect to his conclusion that the complainant submitted to sexual activity out of fear that the accused would apply force to her. The application of s. 265(3) requires an entirely subjective test. As irrational as a complainant's motive might be, if she subjectively felt fear, it must lead to a legal finding of absence of consent.

The question of implied consent should not have arisen. The trial judge's conclusion that the complainant implicitly consented and that the Crown failed to prove lack of consent was a fundamental error given that he found the complainant credible, and accepted her evidence that she said "no" on three occasions and was afraid. This error does not derive from the findings of fact but from mythical assumptions. It denies women's

que lui confère le par. 686(4) du *Code* et d'inscrire une déclaration de culpabilité.

La question de savoir si l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits, seulement après que le critère de la vraisemblance a été satisfait. Vu la façon dont le procès et l'appel ont été plaidés, l'al. 273.2*b*) n'avait pas à être pris en considération.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les motifs du juge Major sont acceptés de façon générale sur la plupart des questions en litige.

Le Canada est signataire de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, qui exige le respect et l'observation des droits de la personne à l'égard des femmes. La violence à l'égard des femmes est autant une question d'égalité qu'une violation de la dignité humaine et des droits de la personne. Ces droits de la personne sont protégés par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et leur violation constitue une infraction aux dispositions en matière de voies de fait prévues à l'art. 265 et aux dispositions touchant particulièrement les agressions sexuelles prévues aux art. 271, 272 et 273 du *Code criminel*.

Cette affaire ne met pas en cause une question de consentement, puisqu'aucun consentement n'a été donné. Elle met en cause des mythes et des stéréotypes. Le juge du procès a cru la plaignante et accepté son témoignage qu'elle avait eu peur, et il a admis le fait qu'elle n'avait pas voulu se livrer à quelque activité sexuelle que ce soit. Toutefois, il n'a donné aucun effet juridique à sa conclusion que la plaignante s'était soumise à des activités sexuelles par crainte que l'accusé emploie la force contre elle. L'application du par. 265(3) commande un test entièrement subjectif. Aussi irrationnel que puisse avoir été le motif d'une plaignante, si elle a subjectivement éprouvé de la crainte, il faut conclure en droit à l'absence de consentement.

La question du consentement tacite n'aurait pas dû être soulevée. La conclusion du juge du procès que la plaignante avait consenti tacitement et que le ministère public n'avait pas prouvé l'absence de consentement était une erreur fondamentale, étant donné qu'il a jugé la plaignante crédible et qu'il a accepté son témoignage selon lequel elle a dit «non» à trois reprises et elle était effrayée. Cette erreur ne résulte pas des conclusions de fait mais relève plutôt de mythes et stéréotypes. Cette attitude nie aux femmes leur autonomie sur le plan sexuel et laisse entendre que les femmes sont dans un

sexual autonomy and implies that women are in a state of constant consent to sexual activity.

The majority of the Court of Appeal also relied on inappropriate myths and stereotypes. Complainants should be able to rely on a system free from such myths and stereotypes, and on a judiciary whose impartiality is not compromised by these biased assumptions.

The findings necessary to support a verdict of guilty on the charge of sexual assault were made. In particular, there was no evidence that would give an air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent for any of the sexual activity which took place in this case. Section 273.2(*b*) precludes an accused from raising that defence if he did not take reasonable steps in the circumstances known to him at the time to ascertain that the complainant was consenting. The position that the nature of the defence of honest but mistaken belief does not need to be based on reasonable grounds as long as it is honestly held has been modified by the enactment of s. 273.2(*b*), which introduced the "reasonable steps" requirement.

Finally, on the facts as found at trial, s. 273.1(2)(*d*) also applies to this case and could not be ignored by the trial judge.

Per McLachlin J.: The reasons of Major J. and the finding of L'Heureux-Dubé J. that stereotypical assumptions lay at the heart of this case were agreed with. These stereotypical assumptions no longer find a place in Canadian law.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430, aff'd [1997] 1 S.C.R. 304; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Saint-Laurent v. Hétu*, [1994] R.J.Q. 69; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345.

état permanent de consentement à des activités sexuelles.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont fondés sur des mythes et des stéréotypes inappropriés. Les plaignants devraient être en mesure de compter sur un système libre de mythes et de stéréotypes et sur des juges dont l'impartialité n'est pas compromise par ces suppositions tendancieuses.

Les conclusions nécessaires pour étayer un verdict de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle ont été tirées. En particulier, il n'y avait au dossier aucun élément de preuve ayant pour effet de conférer vraisemblance à une croyance sincère au consentement à l'une ou l'autre des activités sexuelles en cause dans le présent cas. L'alinéa 273.2*b*) empêche l'accusé de soulever la défense de croyance au consentement s'il n'a pas pris de mesures raisonnables, dans les circonstances qu'il connaissait alors, pour s'assurer du consentement de la plaignante. L'approche selon laquelle il n'est pas nécessaire que la défense de croyance sincère mais erronée soit fondée sur des motifs raisonnables, pourvu que la croyance soit sincère, a été modifiée par la promulgation de l'al. 273.2*b*), qui a introduit la condition relative aux «mesures raisonnables».

Enfin, compte tenu des faits tels que prouvés au procès, l'al. 273.1(2)*d*) s'applique également au présent cas et le juge du procès ne pouvait l'ignorer.

Le juge McLachlin: Les motifs du juge Major et la conclusion du juge L'Heureux-Dubé que l'existence de stéréotypes est au cœur même de la présente affaire sont acceptés. Ces stéréotypes n'ont plus leur place en droit canadien.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Belyea c. The King*, [1932] R.C.S. 279; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430, conf. par [1997] 1 R.C.S. 304; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Saint-Laurent c. Hétu*, [1994] R.J.Q. 69; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345.

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; **referred to:** *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Daigle*, [1998] 1 S.C.R. 1220.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.
Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Can. T.S. 1982 No. 31.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1), (2), (3), 271, 272, 273, 273.1 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 273.2 [ad. *idem*], 686(4).

Authors Cited

Andrias, Richard T. "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7 *Crimimal Justice* 2.
Archard, David. *Sexual Consent*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1998.
Blackstone, William, Sir. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book III. Oxford: Clarendon Press, 1770.
Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.
Brett, Nathan. "Sexual Offenses and Consent" (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 69.
Burt, Martha R. "Rape Myths and Acquaintance Rape". In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: Wiley, 1991, 26.
Canada. Department of Justice. Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa: The Group, 1992.
Canada. Statistics Canada. "The Violence Against Women Survey", *The Daily*, catalogue No. 11-001E, November 18, 1993.
Cook, Rebecca J. "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643.
Estrich, Susan. "Rape" (1986), 95 *Yale L.J.* 1087.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction faite d'avec l'arrêt: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; **arrêts mentionnés:** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Daigle*, [1998] 1 R.C.S. 1220.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, R.T. Can. 1982 nº 31.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (3), 271, 272, 273, 273.1 [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 273.2 [aj. *idem*], 686(4).

Doctrine citée

Andrias, Richard T. «Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape» (1992), 7 *Crimimal Justice* 2.
Archard, David. *Sexual Consent*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1998.
Blackstone, William, sir. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.
Brett, Nathan. «Sexual Offenses and Consent» (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 69.
Burt, Martha R. «Rape Myths and Acquaintance Rape». In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: Wiley, 1991, 26.
Canada. Ministère de la Justice. Groupe de travail fédéral-provincial-territorial des procureurs généraux sur l'égalité des sexes dans le système de justice canadien. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa: Le Groupe, 1992.
Canada. Statistique Canada. «L'enquête sur la violence envers les femmes», *Le Quotidien*, catalogue nº 11-001F, 18 novembre 1993.
Cook, Rebecca J. «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women» (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643.
Estrich, Susan. «Rape» (1986), 95 *Yale L.J.* 1087.

MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.

McInnes, J., and Christine Boyle. "Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341.

Naffine, Ngaire. "Possession: Erotic Love in the Law of Rape" (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10.

Renner, K. Edward, Christine Alksnis and Laura Park. "The Standard of Social Justice as a Research Process" (1997), 38 *Can. Psychology* 91.

Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741.

Stuart, Don. Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

United Nations. General Assembly. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Eleventh Session, 1992, General Recommendation No. 19, G.A. Res. 34/180, U.N. Doc. A/47/48 (1979).

United Nations. General Assembly. *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, G.A. Res. 48/104, U.N. Doc. A/48/49 (1993).

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

Wilson, Bertha. "Will Women Judges Really Make a Difference?" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235, 13 C.R. (5th) 324, [1998] A.J. No. 150 (QL), dismissing an appeal from acquittal by Moore J. Appeal allowed.

Bart Rosborough, for the appellant.

Peter J. Royal, Q.C., for the respondent.

Beverly Wilton and *Lisa Futerman*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Diane Oleskiw and *Ritu Khullar*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the Disabled Women's Network Canada.

Paul L. Moreau, for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton.

MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.

McInnes, J., and Christine Boyle. «Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality» (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341.

Naffine, Ngaire. «Possession: Erotic Love in the Law of Rape» (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10.

Nations Unies. Assemblée générale. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Onzième session, 1992, Recommandation générale nº 19, Rés. A.G. 34/180, Doc. N.U. A/47/48 (1979).

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, Rés. A.G. 48/104, Doc. N.U. A/48/49 (1993).

Renner, K. Edward, Christine Alksnis and Laura Park. «The Standard of Social Justice as a Research Process» (1997), 38 *Can. Psychology* 91.

Sheehy, Elizabeth A. «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 741.

Stuart, Don. Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 3e éd. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2e éd. London: Stevens, 1983.

Wilson, Bertha. «Will Women Judges Really Make a Difference?» (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235, 13 C.R. (5th) 324, [1998] A.J. No. 150 (QL), qui a rejeté l'appel formé contre l'acquittement prononcé par le juge Moore. Pourvoi accueilli.

Bart Rosborough, pour l'appelante.

Peter J. Royal, c.r., pour l'intimé.

Beverly Wilton et *Lisa Futerman*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Diane Oleskiw et *Ritu Khullar*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

Paul L. Moreau, pour l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton.

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

MAJOR J. — In the present appeal the accused was acquitted of sexual assault. The trial judge relied on the defence of implied consent. This was a mistake of law as no such defence is available in assault cases in Canada. This mistake of law is reviewable by appellate courts, and for the reasons that follow the appeal is allowed.

I. Facts

The complainant was a 17-year-old woman living in the city of Edmonton. She met the accused respondent Ewanchuk on the afternoon of June 2, 1994, while walking through the parking lot of the Heritage Shopping Mall with her roommate. The accused, driving a red van towing a trailer, approached the two young women. He struck up a conversation with them. He related that he was in the custom wood-working business and explained that he displayed his work at retail booths in several shopping malls. He said that he was looking for staff to attend his displays, and asked whether the young women were looking for work. The complainant's friend answered that they were, at which point the accused asked to interview her friend privately. She declined, but spoke with the accused beside his van for some period of time about the sort of work he required, and eventually exchanged telephone numbers with the accused.

The following morning the accused telephoned the apartment where the complainant and her friend resided with their boyfriends. The complainant answered the phone. She told the accused that her friend was still asleep. When he learned this, the accused asked the complainant if she was interested in a job. She indicated that she was, and they met a short time later, again in the Heritage Mall parking lot. At the accused's suggestion, the interview took place in his van. In the words of the complainant, a "very business-like, polite" conver-

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

LE JUGE MAJOR — L'accusé en cause dans le présent pourvoi a été acquitté d'agression sexuelle. Le juge du procès s'est fondé sur la défense de consentement tacite. Il s'agit d'une erreur de droit car aucune défense de cette nature ne peut être invoquée au Canada dans les affaires d'agression sexuelle. Cette erreur de droit est susceptible de révision par les tribunaux d'appel, et, pour les motifs qui suivent, le pourvoi est accueilli. 1

I. Les faits

La plaignante, une jeune femme de 17 ans, résidait dans la ville d'Edmonton. Elle a rencontré l'accusé intimé Ewanchuk dans l'après-midi du 2 juin 1994, pendant qu'elle traversait, avec sa colocataire, le stationnement du centre commercial Heritage. L'accusé, qui conduisait une camionnette rouge tirant une remorque, s'est approché des deux jeunes femmes. Il a engagé la conversation avec elles. Il leur a dit qu'il était dans le commerce d'ébénisterie sur commande et leur a expliqué qu'il exposait son travail dans des stands de vente au détail dans plusieurs centres commerciaux. Il leur a mentionné qu'il cherchait du personnel pour ses expositions et leur a demandé si elles cherchaient du travail. L'amie de la plaignante ayant répondu par l'affirmative, l'accusé lui a alors demandé de passer une entrevue en privé. Elle a refusé, mais a discuté pendant un certain temps avec l'accusé, à côté de sa camionnette, du genre de travail qu'il demandait, après quoi ils ont échangé leurs numéros de téléphone. 2

Le lendemain matin, l'accusé a téléphoné à l'appartement où la plaignante et son amie habitaient avec leurs petits amis. La plaignante a répondu et a dit à l'accusé que son amie dormait encore. L'accusé a alors demandé à la plaignante si elle était intéressée par un travail. Elle a dit oui et ils se sont rencontrés peu de temps après, à nouveau dans le stationnement du centre commercial Heritage. À la suggestion de l'accusé, l'entrevue s'est déroulée dans sa camionnette. Au dire de la plaignante, une conversation [TRADUCTION] «très professionnelle et 3

sation took place. Some time later, the complainant asked if she could smoke a cigarette, and the accused suggested that they move outside since he was allergic to cigarette smoke. Once outside the van, he asked the complainant if she would like to see some of his work, which was kept inside the trailer attached to his van, and she indicated that she would.

4 The complainant entered the trailer, purposely leaving the door open behind her. The accused followed her in, and closed the door in a way which made the complainant think that he had locked it. There is no evidence whether the door was actually locked, but the complainant stated that she became frightened at this point. Once inside the trailer, the complainant and the accused sat down side-by-side on the floor of the trailer. They spoke and looked through a portfolio of his work. This lasted 10 to 15 minutes, after which the conversation turned to more personal matters.

5 During the time in the trailer the accused was quite tactile with the complainant, touching her hand, arms and shoulder as he spoke. At some point the accused said that he was feeling tense and asked the complainant to give him a massage. The complainant complied, massaging the accused's shoulders for a few minutes. After she stopped, he asked her to move in front of him so that he could massage her, which she did. The accused then massaged the complainant's shoulders and arms while they continued talking. During this mutual massaging the accused repeatedly told the complainant to relax, and that she should not be afraid. As the massage progressed, the accused attempted to initiate more intimate contact. The complainant stated that, "he started to try to massage around my stomach, and he brought his hands up around — or underneath my breasts, and he started to get quite close up there, so I used my elbows to push in between, and I said, No".

6 The accused stopped immediately, but shortly thereafter resumed non-sexual massaging, to which the complainant also said, "No". The accused

polie» a eu lieu. Après quelque temps, la plaignante a demandé si elle pouvait fumer une cigarette et l'accusé lui a proposé de sortir parce qu'il était allergique à la fumée. Une fois à l'extérieur de la camionnette, l'accusé a demandé à la plaignante si elle voulait voir des exemples de son travail qui se trouvaient dans la remorque attachée à sa camionnette, et elle a répondu oui.

La plaignante est entrée dans la remorque, laissant intentionnellement la porte ouverte derrière elle. L'accusé l'a suivie à l'intérieur et a fermé la porte d'une manière qui a fait croire à la plaignante qu'il l'avait fermée à clé. Il n'y a aucune preuve que la porte était réellement fermée à clé, mais la plaignante a déclaré qu'elle a commencé à avoir peur à ce moment-là. Une fois à l'intérieur de la remorque, la plaignante et l'accusé se sont assis par terre, l'un à côté de l'autre. Ils ont parlé et feuilleté un portfolio du travail de l'accusé pendant 10 à 15 minutes et, par la suite, la conversation a glissé sur des sujets plus personnels.

Dans la remorque, l'accusé avait un comportement très tactile à l'endroit de la plaignante, lui touchant la main, les bras et l'épaule en parlant. À un moment donné, il lui a dit qu'il se sentait tendu et lui a demandé de lui faire un massage. La plaignante a accepté et lui a massé les épaules pendant quelques minutes. Après qu'elle se soit arrêtée, l'accusé lui a demandé de se placer devant lui afin qu'il puisse la masser à son tour, ce qu'elle a fait. Il lui a alors massé les épaules et les bras pendant qu'ils continuaient à parler. Pendant ces massages réciproques, l'accusé n'a pas cessé de répéter à la plaignante de se relaxer et de ne pas avoir peur. Tout en continuant à la masser, l'accusé a tenté d'amorcer un contact plus intime. La plaignante déclare: [TRADUCTION] «il a commencé à essayer de me masser la région du ventre et il a monté ses mains autour de mes seins — ou sous ceux-ci, et il a commencé à toucher très haut dans cette région, alors j'ai glissé mes coudes entre ses mains, et j'ai dit Non».

L'accusé a immédiatement arrêté, mais peu de temps après il a recommencé les massages non sexuels, auxquels la plaignante a également dit:

again stopped, and said, "See, I'm a nice guy. It's okay".

The accused then asked the complainant to turn and face him. She did so, and he began massaging her feet. His touching progressed from her feet up to her inner thigh and pelvic area. The complainant did not want the accused to touch her in this way, but said nothing as she said she was afraid that any resistance would prompt the accused to become violent. Although the accused never used or threatened any force, the complainant testified that she did not want to "egg [him] on". As the contact progressed, the accused laid himself heavily on top of the complainant and began grinding his pelvic area against hers. The complainant testified that the accused asserted, "that he could get me so horny so that I would want it so bad, and he wouldn't give it to me because he had self-control".

The complainant did not move or reciprocate the contact. The accused asked her to put her hands across his back, but she did not; instead she lay "bone straight". After less than a minute of this the complainant asked the accused to stop. "I said, Just please stop. And so he stopped". The accused again told the complainant not to be afraid, and asked her if she trusted that he wouldn't hurt her. In her words, the complainant said, "Yes, I trust that you won't hurt me". On the stand she stated that she was afraid throughout, and only responded to the accused in this way because she was fearful that a negative answer would provoke him to use force.

After this brief exchange, the accused went to hug the complainant and, as he did so, he laid on top of her again, continuing the pelvic grinding. He also began moving his hands on the complainant's inner thigh, inside her shorts, for a short time. While still on top of her the accused began to

[TRADUCTION] «Non». L'accusé s'est à nouveau arrêté et a dit: [TRADUCTION] «Tu vois, j'suis un bon gars. Ça va».

7 L'accusé a alors demandé à la plaignante de se retourner et de lui faire face. Ce qu'elle a fait et il a commencé à lui masser les pieds. Les attouchements de l'accusé sont passés des pieds de la plaignante jusqu'à l'intérieur des cuisses et de la région pelvienne de cette dernière. La plaignante ne voulait pas que l'accusé la touche de cette façon, mais elle n'a rien dit parce que, a-t-elle affirmé, elle avait peur que toute résistance de sa part pousse l'accusé à devenir violent. Bien que l'accusé n'ait jamais eu recours à la force ni menacé d'y recourir, la plaignante a témoigné qu'elle ne voulait pas [TRADUCTION] «[l']encourager». À mesure que le contact progressait, l'accusé s'est étendu lourdement sur la plaignante et a commencé à frotter sa région pelvienne contre celle de la plaignante. L'accusé, de témoigner la plaignante, a dit: [TRADUCTION] «qu'il pouvait me rendre si excitée que je mourrais d'envie de le faire, mais qu'il ne me le ferait pas parce qu'il savait se maîtriser».

8 La plaignante n'a ni bougé, ni répondu au contact. L'accusé lui a demandé de poser ses mains sur son dos, mais elle ne l'a pas fait; elle est plutôt restée étendue [TRADUCTION] «parfaitement immobile». Moins d'une minute après, la plaignante a demandé à l'accusé d'arrêter. [TRADUCTION] «J'ai dit je vous en prie, arrêtez. Et il s'est arrêté». L'accusé a de nouveau dit à la plaignante de ne pas avoir peur et lui a demandé si elle avait confiance qu'il ne lui ferait pas de mal. En ses mots, la plaignante a dit: [TRADUCTION] «Oui, j'ai confiance que vous ne me ferez pas de mal». À la barre des témoins, elle déclare qu'elle a eu peur pendant tout l'épisode et qu'elle n'a répondu de cette façon à l'accusé que parce qu'elle craignait qu'une réponse négative le pousse à recourir à la force.

9 Après ce bref échange, l'accusé s'est approché pour étreindre la plaignante et, ce faisant, il s'est étendu de nouveau sur elle, continuant de frotter son pelvis contre celui de la plaignante. Il a également commencé à bouger ses mains à l'intérieur des cuisses de la plaignante, puis dans son short,

fumble with his shorts and took out his penis. At this point the complainant again asked the accused to desist, saying, "No, stop".

pendant un court moment. Toujours étendu sur la plaignante, l'accusé a commencé à fouiller dans son propre short et a sorti son pénis. À ce moment, la plaignante a une fois de plus demandé à l'accusé de cesser, en disant: [TRADUCTION] «Non, arrêtez».

10 Again, the accused stopped immediately, got off the complainant, smiled at her and said something to the effect of, "It's okay. See, I'm a nice guy, I stopped". At this point the accused again hugged the complainant lightly before opening up his wallet and removing a $100 bill, which he gave to the complainant. She testified that the accused said that the $100 was for the massage and that he told her not to tell anyone about it. He made some reference to another female employee with whom he also had a very close and friendly relationship, and said that he hoped to get together with the complainant again.

À nouveau, l'accusé s'est immédiatement arrêté, il s'est relevé de sur la plaignante, lui a souri et lui a dit quelque chose comme: [TRADUCTION] «C'est correct. Tu vois, j'suis un bon gars, j'ai arrêté». À ce moment, l'accusé a de nouveau étreint légèrement la plaignante avant d'ouvrir son portefeuille et d'y prendre un billet de 100 $, qu'il a donné à la plaignante. Cette dernière déclare que l'accusé a dit que les 100 $ étaient pour le massage, et qu'il lui a dit de ne pas en parler à personne. Il a parlé d'une autre employée avec laquelle il avait une relation très intime et chaleureuse, et il a dit à la plaignante qu'il espérait la revoir.

11 Shortly after the exchange of the money the complainant said that she had to go. The accused opened the door and the complainant stepped out. Some further conversation ensued outside the trailer before the complainant finally left and walked home. On her return home the complainant was emotionally distraught and contacted the police.

Peu après avoir reçu l'argent, la plaignante a dit qu'elle devait partir. L'accusé a ouvert la porte et elle est sortie. La conversation s'est poursuivie à l'extérieur de la remorque avant que la plaignante ne parte enfin chez elle à pied. Une fois arrivée, affolée, elle a appelé la police.

12 At some point during the encounter the accused provided the complainant with a brochure describing his woodwork and gave her his name and address, which she wrote on the brochure. The investigating officer used this information to locate the accused at his home, where he was arrested. He was subsequently charged with sexual assault and tried before a judge sitting alone.

Pendant la rencontre, l'accusé avait remis à la plaignante une brochure décrivant son travail d'ébéniste et lui avait donné ses nom et adresse, qu'elle avait notés sur la brochure. L'enquêteur s'est servi de ces renseignements pour retracer l'accusé à son domicile, où il a été arrêté. L'accusé a par la suite été inculpé d'agression sexuelle et jugé par un juge seul.

13 The accused did not testify, leaving only the complainant's evidence as to what took place between them. The trial judge found her to be a credible witness and her version of events was not contradicted or disputed. In cross-examination the complainant testified that, although she was extremely afraid throughout the encounter, she had done everything possible to project a confident demeanour, in the belief that this would improve

L'accusé n'a pas témoigné, de sorte que la déposition de la plaignante est le seul récit de ce qui s'est passé entre eux. Le juge du procès a conclu que la plaignante était un témoin crédible, et la version des faits donnée par cette dernière n'a pas été contredite ni contestée. En contre-interrogatoire, la plaignante a déclaré que, bien qu'elle ait eu extrêmement peur pendant toute la rencontre, elle s'était efforcée de projeter un air d'assurance,

her chances of avoiding a violent assault. The following passage is illustrative of her evidence:

Q You didn't want to show any discomfort, right?

A No.

Q Okay. In fact, you wanted to project the picture that you were quite happy to be with him and everything was fine, right?

A Not that I was happy, but that I was comfortable.

Q Comfortable, all right. And relaxed?

A Yes.

Q And you did your best to do that, right?

A Yes.

Later in cross-examination, counsel for the accused again asked the complainant about the image she sought to convey to the complainant by her behaviour:

Q And you wanted to make sure that he didn't sense any fear on your part, right?

A Yes.

II. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench*

The trial judge made a number of findings of fact in his oral judgment. He found that the complainant was a credible witness. He found as facts: that in her mind she had not consented to any of the sexual touching which took place; that she had been fearful throughout the encounter; that she didn't want the accused to know she was afraid; and that she had actively projected a relaxed and unafraid visage. He concluded that the failure of the complainant to communicate her fear, including her active efforts to the contrary, rendered her subjective feelings irrelevant.

croyant que cela augmenterait ses chances d'éviter une agression violente. Le passage suivant est représentatif de son témoignage:

[TRADUCTION]

Q Vous ne vouliez pas montrer que vous étiez mal à l'aise, exact?

R Non.

Q D'accord. En fait, vous vouliez avoir l'air d'être très heureuse d'être avec lui et que tout était parfait, c'est bien cela?

R Pas que j'étais heureuse, mais que j'étais à l'aise.

Q À l'aise, d'accord. Et détendue?

R Oui.

Q Et vous avez fait de votre mieux pour y arriver, exact?

R Oui.

Plus tard au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de l'accusé a de nouveau demandé à la plaignante quelle image elle souhaitait donner à l'accusé par son comportement: 14

[TRADUCTION]

Q Et vous vouliez faire en sorte qu'il ne sente pas que vous aviez peur, c'est bien cela?

R Oui.

II. L'historique des procédures

A. *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge du procès a formulé un certain nombre de conclusions de fait dans son jugement oral. Il a conclu que la plaignante était un témoin crédible. Il a tiré les conclusions de fait suivantes: dans son esprit, la plaignante n'avait consenti à aucun des attouchements sexuels qui avaient eu lieu; elle avait eu peur pendant toute la rencontre; elle ne voulait pas que l'accusé se rende compte qu'elle avait peur; et elle s'était appliquée à présenter un visage détendu et dénué de peur. Il a conclu que le défaut de la plaignante de communiquer sa peur, de même que ses efforts constants pour démontrer le contraire, rendaient ses sentiments subjectifs non pertinents. 15

16 The trial judge then considered the question of whether the accused had raised the defence of honest but mistaken belief in consent, and concluded that he had not. The trial judge characterized the defence position as being a failure by the Crown to discharge its onus of proving "beyond a reasonable doubt that there was an absence of consent". That is, he took the defence to be asserting that the Crown had failed to prove one of the components of the *actus reus* of the offence. This led the trial judge to characterize the defence as one of "implied consent". In so doing he concluded that the complainant's conduct was such that it could be objectively construed as constituting consent to sexual touching of the type performed by the accused.

Le juge du procès a alors examiné la question de savoir si l'accusé avait invoqué la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, et il a conclu que non. Le juge du procès a dit que la position de la défense était que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de prouver [TRADUCTION] «hors de tout doute raisonnable qu'il y avait eu absence de consentement». Autrement dit, il a estimé que la défense avait fait valoir que le ministère public n'avait pas réussi à prouver l'un des éléments de l'*actus reus* de l'infraction. Cette constatation a amené le juge du procès à qualifier le moyen de défense de [TRADUCTION] «consentement tacite». Ce faisant, il a conclu que le comportement de la plaignante avait été tel qu'il était objectivement possible de considérer qu'il avait constitué un consentement aux attouchements sexuels du genre de ceux auxquels l'accusé s'était livré.

17 The trial judge treated consent as a question of the complainant's behaviour in the encounter. As a result of that conclusion he found that the defence of honest but mistaken belief in consent had no application since the accused made no claims as to his mental state. On the totality of the evidence, provided solely by the Crown's witnesses, the trial judge concluded that the Crown had not proven the absence of consent beyond a reasonable doubt and acquitted the accused.

Le juge du procès a traité le consentement comme une question se rapportant au comportement de la plaignante pendant la rencontre. Par suite de cette conclusion, il a statué que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne s'appliquait pas parce que l'accusé n'avait fait aucune allusion à son propre état d'esprit. Se fondant sur l'ensemble de la preuve, émanant uniquement des témoins à charge, le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il y avait eu absence de consentement, et il a acquitté l'accusé.

B. *Alberta Court of Appeal* (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235

B. *La Cour d'appel d'Alberta* (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235

18 Each of the three justices of the Court of Appeal issued separate reasons. McClung and Foisy JJ.A. both dismissed the appeal on the basis that it was a fact-driven acquittal from which the Crown could not properly appeal. In addition, McClung J.A. concluded that the Crown had failed to prove that the accused possessed the requisite criminal intent. He found that the Crown had failed to prove beyond a reasonable doubt that the accused had intended to commit an assault upon the complainant.

Les trois juges de la Cour d'appel ont rédigé des motifs distincts. Les juges Foisy et McClung ont tous deux rejeté l'appel parce qu'il s'agissait d'un acquittement fondé sur les faits, dont le ministère public ne pouvait interjeter appel. En outre, le juge McClung a conclu que le ministère public n'avait pas établi que l'accusé avait eu l'intention criminelle requise. Il a statué que le ministère public n'avait pas réussi à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait eu l'intention d'agresser la plaignante.

Fraser C.J. dissented. She found that the trial judge erred in a number of ways. Specifically, she found that:

— The trial judge erred in his interpretation of the term "consent" as that term is applied to the offence of sexual assault.

— There is no defence of "implied consent", independent of the provisions of ss. 273.1 and 273.2 of the *Criminal Code*.

— It was an error to employ an objective test to determine whether a complainant's "consent" was induced by fear.

— The trial judge erred in the legal effect he ascribed:

to the complainant's silence when subjected to sexual contact by the respondent;

to the complainant's non-disclosure of her fear when subjected to sexual contact by the respondent;

to the complainant's expressed lack of agreement to sexual contact;

to the fact that there was no basis for a defence of "implied consent" or "consent by conduct";

to the fact that there was no consent to sexual activity.

— The defence of mistake of fact had no application to the issue of 'consent' in this case.

— The trial judge erred when he failed to consider whether the respondent had been wilfully blind or reckless as to whether the complainant consented.

Fraser C.J. held that the only defence available to the accused was that of honest but mistaken belief in consent, and concluded that this defence could not be sustained on the facts as found. Accordingly, she would have allowed the appeal and substituted a verdict of guilty.

Le juge en chef Fraser était dissidente. Elle a conclu que le juge du procès avait commis plusieurs erreurs. Elle a tiré les conclusions suivantes: 19

— Le juge du procès a mal interprété le mot «consentement» dans son application à l'infraction d'agression sexuelle.

— Il n'existe pas de défense de «consentement tacite», indépendante des dispositions des art. 273.1 et 273.2 du *Code criminel*.

— Le recours à un critère objectif pour décider si le «consentement» de la plaignante avait été incité par la peur était une erreur.

— Le juge du procès a commis des erreurs dans l'effet juridique qu'il a attribué:

au silence de la plaignante quand l'intimé l'a soumise à des contacts sexuels;

à la non-communication par la plaignante de sa crainte quand l'intimé l'a soumise à des contacts sexuels;

à l'absence d'accord aux contacts sexuels manifestée par la plaignante;

au fait qu'il n'existait aucun fondement à la défense de «consentement tacite» ou de «consentement déduit du comportement»;

au fait qu'il n'y avait pas eu consentement à l'activité sexuelle.

— La défense d'erreur de fait ne s'appliquait pas à la question du «consentement» dans la présente affaire.

— Le juge du procès a commis une erreur en ne se demandant pas si l'intimé avait fait montre d'aveuglement volontaire ou d'insouciance quant au consentement de la plaignante.

Le juge en chef Fraser a statué que le seul moyen de défense que l'accusé pouvait invoquer était celui de la croyance sincère mais erronée au consentement, et elle a conclu qu'on ne pouvait faire droit à cette défense compte tenu des faits avérés. Par conséquent, elle aurait accueilli l'appel et substitué un verdict de culpabilité. 20

III. Analysis

A. *Appealable Questions of Law*

21 The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal on the ground that the Crown raised no question of law but sought to overturn the trial judge's finding of fact that, reasonable doubt existed as to the presence or absence of consent. If the trial judge misdirected himself as to the legal meaning or definition of consent, then his conclusion is one of law, and is reviewable. See *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, *per* Anglin C.J., at p. 296:

> The right of appeal by the Attorney-General, conferred by [the *Criminal Code*] is, no doubt, confined to "questions of law". . . . But we cannot regard that provision as excluding the right of the Appellate Divisional Court, where a conclusion of mixed law and fact, such as is the guilt or innocence of the accused, depends, as it does here, upon the legal effect of certain findings of fact made by the judge or the jury . . . to enquire into the soundness of that conclusion, since we cannot regard it as anything else but a question of law, — especially where, as here, it is a clear result of misdirection of himself in law by the learned trial judge. [Emphasis added.]

22 It properly falls to this Court to determine whether the trial judge erred in his understanding of consent in sexual assault, and to determine whether his conclusion that the defence of "implied consent" exists in Canadian law was correct.

B. *The Components of Sexual Assault*

23 A conviction for sexual assault requires proof beyond reasonable doubt of two basic elements, that the accused committed the *actus reus* and that he had the necessary *mens rea*. The *actus reus* of assault is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to touch, knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent,

III. L'analyse

A. *Les questions de droit susceptibles d'appel*

La majorité de la Cour d'appel a rejeté l'appel pour le motif que le ministère public n'avait pas soulevé de question de droit, mais avait plutôt cherché à écarter la conclusion de fait du juge du procès qu'il y avait un doute raisonnable quant à l'existence ou à l'absence de consentement. Si le juge du procès s'est donné de mauvaises directives en ce qui concerne le sens ou la définition de consentement en droit, il a alors tiré une conclusion de droit susceptible de révision. Voir *Belyea c. The King*, [1932] R.C.S. 279, le juge en chef Anglin, à la p. 296:

> [TRADUCTION] Le droit d'appel donné au procureur général par [. . .] [le *Code criminel*] se limite sans doute aux «questions de droit». [. . .] Nous ne pouvons cependant considérer que cette disposition prive la Chambre d'appel du droit de vérifier le bien-fondé d'une décision sur une question mixte de droit et de fait, comme la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé, si cette décision dépend, comme c'est le cas ici, de la portée, en droit, de certaines conclusions de fait du juge ou du jury, [. . .] puisque nous ne pouvons pas considérer cette décision autrement que comme une question de droit, — spécialement si, comme dans le cas présent, elle résulte clairement d'une erreur de droit de la part du savant juge de première instance. [Je souligne.]

Il revient à juste titre à notre Cour de décider si le juge du procès a mal compris la notion de consentement en matière d'agressions sexuelles, et de décider si sa conclusion qu'il existe une défense de «consentement tacite» en droit canadien était juste.

B. *Les éléments de l'infraction d'agression sexuelle*

Pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'agression sexuelle, deux éléments fondamentaux doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable: qu'il a commis l'*actus reus* et qu'il avait la *mens rea* requise. L'*actus reus* de l'agression consiste en des attouchements sexuels non souhaités. La *mens rea* est l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n'y consent pas, en raison de ses paroles

either by words or actions, from the person being touched.

(1) *Actus Reus*

The crime of sexual assault is only indirectly defined in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The offence is comprised of an assault within any one of the definitions in s. 265(1) of the *Code*, which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated: see *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909. Section 265 provides that:

265. (1) A person commits an assault when

(*a*) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(*b*) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(*c*) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

The *actus reus* of sexual assault is established by the proof of three elements: (i) touching, (ii) the sexual nature of the contact, and (iii) the absence of consent. The first two of these elements are objective. It is sufficient for the Crown to prove that the accused's actions were voluntary. The sexual nature of the assault is determined objectively; the Crown need not prove that the accused had any *mens rea* with respect to the sexual nature of his or her behaviour: see *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, and *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293.

ou de ses actes, ou encore en faisant montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement.

(1) L'*actus reus*

Le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne définit qu'indirectement le crime d'agression sexuelle. L'infraction consiste en des voies de fait visées par l'une ou l'autre des définitions du par. 265(1) du *Code*, et qui sont commises dans des circonstances de nature sexuelle telles qu'il y a atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime: voir *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909. L'article 265 est ainsi rédigé: 24

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

L'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi par la preuve de trois éléments: (i) les attouchements, (ii) la nature sexuelle des contacts, (iii) l'absence de consentement. Les deux premiers éléments sont objectifs. Il suffit que le ministère public prouve que les actes de l'accusé étaient volontaires. La nature sexuelle de l'agression est déterminée objectivement; le ministère public n'a pas besoin de prouver que l'accusé avait quelque *mens rea* pour ce qui est de la nature sexuelle de son comportement: voir *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, et *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293. 25

26 The absence of consent, however, is subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred: see *R. v. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430 (Ont. C.A.), at pp. 437-38, aff'd [1997] 1 S.C.R. 304, *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at p. 850, *per* L'Heureux-Dubé J., and D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (3rd ed. 1995), at p. 513.

27 Confusion has arisen from time to time on the meaning of consent as an element of the *actus reus* of sexual assault. Some of this confusion has been caused by the word "consent" itself. A number of commentators have observed that the notion of consent connotes active behaviour: see, for example, N. Brett, "Sexual Offenses and Consent" (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 69, at p. 73. While this may be true in the general use of the word, for the purposes of determining the absence of consent as an element of the *actus reus*, the actual state of mind of the complainant is determinative. At this point, the trier of fact is only concerned with the complainant's perspective. The approach is purely subjective.

28 The rationale underlying the criminalization of assault explains this. Society is committed to protecting the personal integrity, both physical and psychological, of every individual. Having control over who touches one's body, and how, lies at the core of human dignity and autonomy. The inclusion of assault and sexual assault in the *Code* expresses society's determination to protect the security of the person from any non-consensual contact or threats of force. The common law has recognized for centuries that the individual's right to physical integrity is a fundamental principle, "every man's person being sacred, and no other having a right to meddle with it, in any the slightest manner": see Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book III, at p. 120. It follows that any intentional but unwanted touching is criminal.

Toutefois, l'absence de consentement est subjective et déterminée par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu: voir *R. c. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430 (C.A. Ont.), aux pp. 437 et 438, conf. par [1997] 1 R.C.S. 304, *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, à la p. 850, le juge L'Heureux-Dubé, et D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (3e éd. 1995), à la p. 513.

Il arrive à l'occasion qu'il y ait confusion quant à la signification du consentement comme élément de l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle. Cette confusion est causée en partie par le mot «consentement» lui-même. Selon plusieurs commentateurs, la notion de consentement suggère un comportement actif: voir N. Brett, «Sexual Offenses and Consent» (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 69, à la p. 73. Bien que cela puisse être exact dans l'usage général du mot, pour décider si l'absence de consentement est un élément de l'*actus reus*, c'est l'état d'esprit réel de la plaignante qui est déterminant. À cette étape, le juge des faits ne s'intéresse qu'au point de vue de la plaignante. La démarche est purement subjective.

Le raisonnement qui sous-tend la criminalisation des voies de fait explique cet état de choses. La société est déterminée à protéger l'intégrité personnelle, tant physique que psychologique, de tout individu. Le pouvoir de l'individu de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain. L'inclusion des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle dans le *Code* témoigne de la détermination de la société à assurer la sécurité des personnes, en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force. La common law reconnaît depuis des siècles que le droit d'un individu à son intégrité physique est un principe fondamental: [TRADUCTION] «la personne de tout homme étant sacrée, et nul n'ayant le droit de lui porter atteinte, quelque légère qu'elle soit»: voir Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, 1823, t. 4, aux pp. 195 et 196. Par conséquent, tout attouchement intentionnel mais non souhaité est criminel.

While the complainant's testimony is the only source of direct evidence as to her state of mind, credibility must still be assessed by the trial judge, or jury, in light of all the evidence. It is open to the accused to claim that the complainant's words and actions, before and during the incident, raise a reasonable doubt against her assertion that she, in her mind, did not want the sexual touching to take place. If, however, as occurred in this case, the trial judge believes the complainant that she subjectively did not consent, the Crown has discharged its obligation to prove the absence of consent.

Bien que le témoignage de la plaignante soit la seule preuve directe de son état d'esprit, le juge du procès ou le jury doit néanmoins apprécier sa crédibilité à la lumière de l'ensemble de la preuve. Il est loisible à l'accusé de prétendre que les paroles et les actes de la plaignante, avant et pendant l'incident, soulèvent un doute raisonnable quant à l'affirmation de cette dernière selon laquelle, dans son esprit, elle ne voulait pas que les attouchements sexuels aient lieu. Si, toutefois, comme c'est le cas en l'espèce, le juge du procès croit la plaignante lorsqu'elle dit qu'elle n'a pas subjectivement consenti, le ministère public s'est acquitté de l'obligation qu'il avait de prouver l'absence de consentement. 29

The complainant's statement that she did not consent is a matter of credibility to be weighed in light of all the evidence including any ambiguous conduct. The question at this stage is purely one of credibility, and whether the totality of the complainant's conduct is consistent with her claim of non-consent. The accused's perception of the complainant's state of mind is not relevant. That perception only arises when a defence of honest but mistaken belief in consent is raised in the *mens rea* stage of the inquiry.

La déclaration de la plaignante selon laquelle elle n'a pas consenti est une question de crédibilité, qui doit être appréciée à la lumière de l'ensemble de la preuve, y compris de tout comportement ambigu. À cette étape, il s'agit purement d'une question de crédibilité, qui consiste à se demander si, dans son ensemble, le comportement de la plaignante est compatible avec sa prétention selon laquelle elle n'a pas consenti. La perception qu'avait l'accusé de l'état d'esprit de la plaignante n'est pas pertinente. Cette perception n'entre en jeu que dans le cas où la défense de croyance sincère mais erronée au consentement est invoquée à l'étape de la *mens rea* de l'enquête. 30

(a) *"Implied Consent"*

a) *Le «consentement tacite»*

Counsel for the respondent submitted that the trier of fact may believe the complainant when she says she did not consent, but still acquit the accused on the basis that her conduct raised a reasonable doubt. Both he and the trial judge refer to this as "implied consent". It follows from the foregoing, however, that the trier of fact may only come to one of two conclusions: the complainant either consented or not. There is no third option. If the trier of fact accepts the complainant's testimony that she did not consent, no matter how strongly her conduct may contradict that claim, the absence of consent is established and the third component of the *actus reus* of sexual assault is proven. The doctrine of implied consent has been recognized in our common law jurisprudence in a

L'avocat de l'intimé a soutenu que le juge des faits peut croire la plaignante quand elle affirme ne pas avoir consenti, mais néanmoins acquitter l'accusé pour le motif que le comportement de la plaignante a soulevé un doute raisonnable. Tant l'avocat de l'appelant que le juge du procès ont appelé cette situation le «consentement tacite». Cependant, il découle de l'exposé fait précédemment que le juge des faits ne peut tirer que l'une ou l'autre des deux conclusions suivantes: la plaignante a consenti ou elle n'a pas consenti. Il n'y a pas de troisième possibilité. Si le juge des faits accepte le témoignage de la plaignante qu'elle n'a pas consenti, même si son comportement contredit fortement cette prétention, l'absence de consentement est établie et le troisième élément de l'*actus reus* 31

variety of contexts but sexual assault is not one of them. There is no defence of implied consent to sexual assault in Canadian law.

de l'agression sexuelle est prouvé. Dans notre jurisprudence de common law, la doctrine du consentement tacite a été reconnue dans divers contextes, mais pas dans celui de l'agression sexuelle. Il n'existe pas de défense de consentement tacite en matière d'agression sexuelle en droit canadien.

(b) *Application to the Present Case*

b) *L'application à la présente affaire*

32 In this case, the trial judge accepted the evidence of the complainant that she did not consent. That being so, he then misdirected himself when he considered the actions of the complainant, and not her subjective mental state, in determining the question of consent. As a result, he disregarded his previous finding that all the accused's sexual touching was unwanted. Instead he treated what he perceived as her ambiguous conduct as a failure by the Crown to prove the absence of consent.

En l'espèce, le juge du procès a accepté le témoignage de la plaignante qu'elle n'avait pas consenti. Cela étant, il s'est ensuite donné de mauvaises directives lorsqu'il a pris en compte les actes de la plaignante, mais non son état d'esprit subjectif, pour décider de la question du consentement. Par conséquent, il n'a pas tenu compte de sa conclusion précédente selon laquelle tous les attouchements sexuels de l'accusé étaient non souhaités. Il a plutôt considéré ce qu'il percevait comme un comportement ambigu de la part de la plaignante comme étant l'incapacité du ministère public de prouver l'absence de consentement.

33 As previously mentioned, the trial judge accepted the complainant's testimony that she did not want the accused to touch her, but then treated her conduct as raising a reasonable doubt about consent, described by him as "implied consent". This conclusion was an error. See D. Stuart, Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330, where the author points out that consent is a matter of the state of mind of the complainant while belief in consent is, subject to s. 273.2 of the *Code*, a matter of the state of mind of the accused and may raise the defence of honest but mistaken belief in consent.

Comme je l'ai mentionné plus tôt, le juge des faits a accepté le témoignage de la plaignante qu'elle ne voulait pas que l'accusé la touche, mais il a par la suite considéré que le comportement de cette dernière soulevait un doute raisonnable quant au consentement, constituant ce qu'il a décrit comme un «consentement tacite». Cette conclusion était une erreur. Voir D. Stuart, Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330, où l'auteur souligne que le consentement est une question qui touche à l'état d'esprit de la plaignante alors que la croyance au consentement est, sous réserve de l'art. 273.2 du *Code*, une question qui touche à l'état d'esprit de l'accusé et peut donner lieu à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

34 The finding that the complainant did not want or consent to the sexual touching cannot co-exist with a finding that reasonable doubt exists on the question of consent. The trial judge's acceptance of the complainant's testimony regarding her own state of mind was the end of the matter on this point.

La conclusion que la plaignante ne désirait pas les attouchements sexuels ou n'y a pas consenti ne peut coexister avec la conclusion qu'il existe un doute raisonnable sur la question du consentement. L'acceptation par le juge du procès du témoignage de la plaignante relativement à son état d'esprit avait tranché cette question.

This error was compounded somewhat by the trial judge's holding that the complainant's subjective and self-contained fear would not have changed his mind as to whether she consented. Although he needn't have considered this question, having already found that she did not in fact consent, any residual doubt raised by her ambiguous conduct was accounted for by what he accepted as an honest and pervasive fear held by the complainant.

Cette erreur a dans une certaine mesure été exacerbée par la conclusion du juge du procès que la peur subjective et contenue de la plaignante ne l'aurait pas amené à changer d'avis sur la question du consentement. Même si le juge du procès n'avait pas à se poser cette question, puisqu'il avait déjà conclu que la plaignante n'avait pas consenti dans les faits, tout doute qu'il pouvait encore avoir en raison du comportement ambigu de cette dernière avait été dissipé lorsqu'il avait accepté la crainte sincère et omniprésente ressentie par la plaignante. 35

(c) *Effect of the Complainant's Fear*

c) *L'effet de la crainte de la plaignante*

To be legally effective, consent must be freely given. Therefore, even if the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about her non-consent, circumstances may arise which call into question what factors prompted her apparent consent. The *Code* defines a series of conditions under which the law will deem an absence of consent in cases of assault, notwithstanding the complainant's ostensible consent or participation. As enumerated in s. 265(3), these include submission by reason of force, fear, threats, fraud or the exercise of authority, and codify the longstanding common law rule that consent given under fear or duress is ineffective: see G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 551-61. This section reads as follows:

Pour être valide en droit, le consentement doit être donné librement. Par conséquent, même si la plaignante a consenti, ou si son comportement soulève un doute raisonnable quant à l'absence de consentement, il peut exister des circonstances amenant à s'interroger sur les facteurs qui ont pu motiver le consentement apparent de la plaignante. Le *Code* définit une série de situations dans lesquelles le droit considère qu'il y a eu absence de consentement dans des affaires de voies de fait, et ce malgré la participation ou le consentement apparent de la plaignante. Le paragraphe 265(3) en énumère plusieurs, dont la soumission en raison de la force, de la crainte, de menaces, de la fraude ou de l'exercice de l'autorité, et il codifie la règle bien établie de common law selon laquelle le consentement donné sous l'empire de la crainte ou de la contrainte n'est pas valable: voir G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2e éd. 1983), aux pp. 551 à 561. Cette disposition est ainsi rédigée: 36

265. . . .

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(*a*) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(*b*) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(*c*) fraud; or

(*d*) the exercise of authority.

265. . . .

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

37 The words of Fish J.A. in *Saint-Laurent v. Hétu*, [1994] R.J.Q. 69 (C.A.), at p. 82, aptly describe the concern which the trier of fact must bear in mind when evaluating the actions of a complainant who claims to have been under fear, fraud or duress:

> "Consent" is . . . stripped of its defining characteristics when it is applied to the submission, non-resistance, non-objection, or even the apparent agreement, of a deceived, unconscious or compelled will.

38 In these instances the law is interested in a complainant's reasons for choosing to participate in, or ostensibly consent to, the touching in question. In practice, this translates into an examination of the choice the complainant believed she faced. The courts' concern is whether she freely made up her mind about the conduct in question. The relevant section of the *Code* is s. 265(3)(*b*), which states that there is no consent as a matter of law where the complainant believed that she was choosing between permitting herself to be touched sexually or risking being subject to the application of force.

39 The question is not whether the complainant would have preferred not to engage in the sexual activity, but whether she believed herself to have only two choices: to comply or to be harmed. If a complainant agrees to sexual activity solely because she honestly believes that she will otherwise suffer physical violence, the law deems an absence of consent, and the third component of the *actus reus* of sexual assault is established. The trier of fact has to find that the complainant did not want to be touched sexually and made her decision to permit or participate in sexual activity as a result of an honestly held fear. The complainant's fear need not be reasonable, nor must it be communicated to the accused in order for consent to be vitiated. While the plausibility of the alleged fear, and any overt expressions of it, are obviously relevant to assessing the credibility of the complain-

Dans *Saint-Laurent c. Hétu*, [1994] R.J.Q. 69 (C.A.), à la p. 82, le juge Fish a décrit avec justesse la préoccupation que doit sans cesse avoir à l'esprit le juge des faits lorsqu'il évalue les actes d'une plaignante qui prétend avoir été sous l'empire de la crainte, de la fraude ou de la contrainte:

> [TRADUCTION] Le «consentement» est [. . .] dépouillé des caractéristiques qui le définissent lorsqu'il est appliqué à la soumission, à l'absence de résistance, à l'absence d'opposition ou même à l'accord apparent d'une volonté trompée, inconsciente ou imposée.

Dans ces circonstances, le droit s'attache aux raisons qu'a la plaignante de décider de participer aux attouchements en question ou d'y consentir apparemment. En pratique, cela se traduit par l'examen du choix auquel la plaignante croyait être confrontée. Le souci des tribunaux est alors de déterminer si la plaignante a librement choisi le comportement en cause. La disposition pertinente du *Code* est l'al. 265(3)*b*), suivant lequel il n'y a pas de consentement en droit lorsque la plaignante croyait qu'elle choisissait entre soit permettre qu'on la touche sexuellement soit risquer d'être victime de l'emploi de la force.

La question n'est pas de savoir si la plaignante aurait préféré ne pas se livrer à l'activité sexuelle, mais plutôt si elle croyait n'avoir le choix qu'entre deux partis: acquiescer ou être violentée. Si la plaignante donne son accord à l'activité sexuelle uniquement parce qu'elle croit sincèrement qu'elle subira de la violence physique si elle ne le fait pas, le droit considère qu'il y a absence de consentement, et le troisième élément de l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle est établi. Le juge des faits doit conclure que la plaignante ne voulait pas subir d'attouchements sexuels et qu'elle a décidé de permettre l'activité sexuelle ou d'y participer en raison d'une crainte sincère. Il n'est pas nécessaire que la crainte de la plaignante soit raisonnable, ni qu'elle ait été communiquée à l'accusé pour que le consentement soit vicié. Bien que la plausibilité de la crainte alléguée et toutes expressions évidentes de cette crainte soient manifestement pertinentes pour apprécier la crédibilité de la prétention de la plaignante qu'elle a consenti

ant's claim that she consented out of fear, the approach is subjective.

Section 265(3) identifies an additional set of circumstances in which the accused's conduct will be culpable. The trial judge only has to consult s. 265(3) in those cases where the complainant has actually chosen to participate in sexual activity, or her ambiguous conduct or submission has given rise to doubt as to the absence of consent. If, as in this case, the complainant's testimony establishes the absence of consent beyond a reasonable doubt, the *actus reus* analysis is complete, and the trial judge should have turned his attention to the accused's perception of the encounter and the question of whether the accused possessed the requisite *mens rea.*

(2) *Mens Rea*

Sexual assault is a crime of general intent. Therefore, the Crown need only prove that the accused intended to touch the complainant in order to satisfy the basic *mens rea* requirement. See *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

However, since sexual assault only becomes a crime in the absence of the complainant's consent, the common law recognizes a defence of mistake of fact which removes culpability for those who honestly but mistakenly believed that they had consent to touch the complainant. To do otherwise would result in the injustice of convicting individuals who are morally innocent: see *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. As such, the *mens rea* of sexual assault contains two elements: intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched. See *Park, supra*, at para. 39.

The accused may challenge the Crown's evidence of *mens rea* by asserting an honest but mistaken belief in consent. The nature of this defence was described in *Pappajohn v. The Queen*, [1980]

sous l'effet de la crainte, la démarche est subjective.

Le paragraphe 265(3) précise une série de situations additionnelles où le comportement de l'accusé sera jugé coupable. Le juge du procès n'est tenu de consulter le par. 265(3) que dans les cas où la plaignante a réellement choisi de participer à l'activité sexuelle ou dans ceux où son comportement ambigu fait naître un doute relativement à l'absence de consentement. Si, comme en l'espèce, le témoignage de la plaignante établit l'absence de consentement hors de tout doute raisonnable, l'analyse de l'*actus reus* est terminée, et le juge du procès aurait dû porter son attention sur la perception de la rencontre par l'accusé et sur la question de savoir si ce dernier avait eu la *mens rea* requise. 40

(2) La *mens rea*

L'agression sexuelle est un acte criminel d'intention générale. Par conséquent, le ministère public n'a qu'à prouver que l'accusé avait l'intention de se livrer à des attouchements sur la plaignante pour satisfaire à l'exigence fondamentale relative à la *mens rea.* Voir *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. 41

Toutefois, étant donné que l'agression sexuelle ne devient un crime qu'en l'absence de consentement de la plaignante, la common law admet une défense d'erreur de fait qui décharge de toute culpabilité l'individu qui croyait sincèrement mais erronément que la plaignante avait consenti aux attouchements. Agir autrement donnerait lieu à l'injustice que constituerait le fait de déclarer coupable des personnes moralement innocentes: voir *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. Par conséquent, la *mens rea* de l'agression sexuelle comporte deux éléments: l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard. Voir *Park*, précité, au par. 39. 42

L'accusé peut contester la preuve de *mens rea* du ministère public en plaidant la croyance sincère mais erronée au consentement. La nature de cette défense a été décrite dans *Pappajohn c. La Reine*, 43

2 S.C.R. 120, at p. 148, by Dickson J. (as he then was) (dissenting in the result):

> Mistake is a defence . . . where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts.

44 The defence of mistake is simply a denial of *mens rea*. It does not impose any burden of proof upon the accused (see *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at p. 936) and it is not necessary for the accused to testify in order to raise the issue. Support for the defence may stem from any of the evidence before the court, including, the Crown's case-in-chief and the testimony of the complainant. However, as a practical matter, this defence will usually arise in the evidence called by the accused.

(a) *Meaning of "Consent" in the Context of an Honest but Mistaken Belief in Consent*

45 As with the *actus reus* of the offence, consent is an integral component of the *mens rea*, only this time it is considered from the perspective of the accused. Speaking of the *mens rea* of sexual assault in *Park*, *supra*, at para. 39, L'Heureux-Dubé J. (in her concurring reasons) stated that:

> . . . the *mens rea* of sexual assault is not only satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially saying "no", but is also satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially not saying "yes".

46 In order to cloak the accused's actions in moral innocence, the evidence must show that he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity in question. A

[1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 148, par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) (dissident quant au résultat):

> L'erreur constitue [. . .] un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés.

La défense d'erreur est simplement une dénégation de la *mens rea*. Elle n'impose aucune charge de la preuve à l'accusé (voir *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, à la p. 936) et il n'est pas nécessaire que l'accusé témoigne pour que se soulève ce point. Cette défense peut découler de tout élément de preuve présenté au tribunal, y compris la preuve principale du ministère public et le témoignage de la plaignante. Cependant, en pratique, cette défense découle habituellement de la preuve présentée par l'accusé.

a) *Le sens de la notion de «consentement» dans le contexte de la croyance sincère mais erronée au consentement*

Tout comme pour l'*actus reus* de l'infraction, le consentement fait partie intégrante de la *mens rea*, mais, cette fois-ci, il est considéré du point de vue de l'accusé. Parlant de la *mens rea* de l'agression sexuelle dans *Park*, précité, au par. 39 (dans ses motifs concordants), le juge L'Heureux-Dubé affirme ceci:

> . . . la *mens rea* de l'agression sexuelle est établie non seulement lorsqu'il est démontré que l'accusé savait que la plaignante disait essentiellement «non», mais encore lorsqu'il est démontré qu'il savait que la plaignante, essentiellement, ne disait pas «oui».

Pour que les actes de l'accusé soient empreints d'innocence morale, la preuve doit démontrer que ce dernier croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l'activité sexuelle en

belief by the accused that the complainant, in her own mind wanted him to touch her but did not express that desire, is not a defence. The accused's speculation as to what was going on in the complainant's mind provides no defence.

For the purposes of the *mens rea* analysis, the question is whether the accused believed that he had obtained consent. What matters is whether the accused believed that the complainant effectively said "yes" through her words and/or actions. The statutory definition added to the *Code* by Parliament in 1992 is consistent with the common law:

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), "consent" means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

There is a difference in the concept of "consent" as it relates to the state of mind of the complainant *vis-à-vis* the *actus reus* of the offence and the state of mind of the accused in respect of the *mens rea.* For the purposes of the *actus reus*, "consent" means that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place.

In the context of *mens rea* – specifically for the purposes of the honest but mistaken belief in consent – "consent" means that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in sexual activity with the accused. This distinction should always be borne in mind and the two parts of the analysis kept separate.

(b) *Limits on Honest but Mistaken Belief in Consent*

Not all beliefs upon which an accused might rely will exculpate him. Consent in relation to the *mens rea* of the accused is limited by both the common law and the provisions of ss. 273.1(2) and 273.2 of the *Code*, which provide that:

question. Le fait que l'accusé ait cru dans son esprit que le plaignant souhaitait qu'il la touche, sans toutefois avoir manifesté ce désir, ne constitue pas une défense. Les suppositions de l'accusé relativement à ce qui se passait dans l'esprit de la plaignante ne constituent pas un moyen de défense.

47 Dans le cadre de l'analyse de la *mens rea*, la question est de savoir si l'accusé croyait avoir obtenu le consentement de la plaignante. Ce qui importe, c'est de savoir si l'accusé croyait que le plaignant avait vraiment dit «oui» par ses paroles, par ses actes, ou les deux. La définition légale qui a été ajoutée au *Code* par le Parlement en 1992 est conforme à la common law:

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l'application des articles 271, 272 et 273, en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle.

48 La notion de «consentement» diffère selon qu'elle se rapporte à l'état d'esprit de la plaignante vis-à-vis de l'*actus reus* de l'infraction et à l'état d'esprit de l'accusé vis-à-vis de la *mens rea.* Pour les fins de l'*actus reus*, la notion de «consentement» signifie que, dans son esprit, la plaignante souhaitait que les attouchements sexuels aient lieu.

49 Dans le contexte de la *mens rea* — particulièrement pour l'application de la croyance sincère mais erronée au consentement — la notion de «consentement» signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé. Il ne faut jamais oublier cette distinction, et les deux volets de l'analyse doivent demeurer distincts.

b) *Les limites de la croyance sincère mais erronée au consentement*

50 Ce ne sont pas toutes les croyances invoquées par un accusé qui le disculpent. Eu égard à la *mens rea* de l'accusé, la notion de consentement est limitée tant par la common law que par les dispositions du par. 273.1(2) et de l'art. 273.2 du *Code*, qui se lisent:

273.1 . . .

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

(*a*) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

(*b*) the complainant is incapable of consenting to the activity;

(*c*) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;

(*d*) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or

(*e*) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

273.2 It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

(*a*) the accused's belief arose from the accused's

(i) self-induced intoxication, or

(ii) recklessness or wilful blindness; or

(*b*) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

51 For instance, a belief that silence, passivity or ambiguous conduct constitutes consent is a mistake of law, and provides no defence: see *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3. Similarly, an accused cannot rely upon his purported belief that the complainant's expressed lack of agreement to sexual touching in fact constituted an invitation to more persistent or aggressive contact. An accused cannot say that he thought "no meant yes". As Fraser C.J. stated at p. 272 of her dissenting reasons below:

One "No" will do to put the other person on notice that there is then a problem with "consent". *Once a woman says "No" during the course of sexual activity, the person intent on continued sexual activity with her must then obtain a clear and unequivocal "Yes" before he*

273.1 . . .

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l'application des articles 271, 272 et 273, des cas où:

a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

b) il est incapable de le former;

c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;

e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci.

273.2 Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas:

a) cette croyance provient:

(i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,

(ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;

b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

Par exemple, le fait de croire que le silence, la passivité ou le comportement ambigu de la plaignante valent consentement de sa part est une erreur de droit et ne constitue pas un moyen de défense: voir *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3. De même, un accusé ne peut invoquer sa croyance que l'absence d'accord exprimée par la plaignante aux attouchements sexuels constituait dans les faits une invitation à des contacts plus insistants ou plus énergiques. L'accusé ne peut pas dire qu'il croyait que «non voulait dire oui». Comme a dit le juge en chef Fraser, à la p. 272 de ses motifs de dissidence:

[TRADUCTION] Un seul «Non» suffit pour informer l'autre partie qu'il y a un problème en ce qui a trait au «consentement». *Dès qu'une femme a dit «non» pendant l'activité sexuelle, la personne qui entend poursuivre l'activité sexuelle avec elle doit alors obtenir un «Oui»*

again touches her in a sexual manner. [Emphasis in original.]

I take the reasons of Fraser C.J. to mean that an unequivocal "yes" may be given by either the spoken word or by conduct.

Common sense should dictate that, once the complainant has expressed her unwillingness to engage in sexual contact, the accused should make certain that she has truly changed her mind before proceeding with further intimacies. The accused cannot rely on the mere lapse of time or the complainant's silence or equivocal conduct to indicate that there has been a change of heart and that consent now exists, nor can he engage in further sexual touching to "test the waters". Continuing sexual contact after someone has said "No" is, at a minimum, reckless conduct which is not excusable. In *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 79, the Court stated:

An accused who, due to wilful blindness or recklessness, believes that a complainant . . . in fact consented to the sexual activity at issue is precluded from relying on a defence of honest but mistaken belief in consent, a fact that Parliament has codified: *Criminal Code*, s. 273.2(*a*)(ii).

(c) *Application to the Facts*

In this appeal the accused does not submit that the complainant's clearly articulated "No's" were ambiguous or carried some other meaning. In fact, the accused places great reliance on his having stopped immediately each time the complainant said "no" in order to show that he had no intention to force himself upon her. He therefore knew that the complainant was not consenting on four separate occasions during their encounter.

The question which the trial judge ought to have considered was whether anything occurred between the communication of non-consent and the subsequent sexual touching which the accused could honestly have believed constituted consent.

clair et non équivoque avant de la toucher à nouveau de manière sexuelle. [En italique dans l'original.]

J'estime que les motifs du juge en chef Fraser signifient qu'un «oui» non équivoque peut soit être donné de vive voix, soit être exprimé par le comportement.

Le sens commun devrait dicter que, dès que la plaignante a indiqué qu'elle n'est pas disposée à participer à des contacts sexuels, l'accusé doit s'assurer qu'elle a réellement changé d'avis avant d'engager d'autres gestes intimes. L'accusé ne peut se fier au simple écoulement du temps ou encore au silence ou au comportement équivoque de la plaignante pour déduire que cette dernière a changé d'avis et qu'elle consent, et il ne peut pas non plus se livrer à d'autres attouchements sexuels afin de «voir ce qui va se passer». La poursuite de contacts sexuels après qu'une personne a dit «non» est, à tout le moins, une conduite insouciante qui n'est pas excusable. Dans *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, au par. 79, la Cour a déclaré ceci: 52

L'accusé qui, en raison d'ignorance volontaire ou d'insouciance, croit que le plaignant [. . .] a réellement consenti à l'activité sexuelle en question est dans l'impossibilité d'invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. C'est un fait que le législateur a codifié au sous-al. 273.2*a*)(ii) du *Code criminel.*

c) *L'application aux faits*

Dans le présent pourvoi, l'accusé ne prétend pas que les «non» clairement exprimés par la plaignante étaient ambigus ou avaient un autre sens. En fait, l'accusé insiste beaucoup sur le fait que, chaque fois que la plaignante a dit «non», il a immédiatement cessé ce qu'il faisait afin de montrer qu'il n'avait pas l'intention de la prendre de force. À quatre occasions distinctes pendant leur rencontre, il a donc été à même de constater que la plaignante n'était pas consentante. 53

Le juge du procès aurait dû se demander si, entre le moment où le non-consentement a été exprimé et les attouchements sexuels ultérieurs, il s'était passé quelque chose que l'accusé aurait pu sincèrement considérer comme un consentement. 54

55 The trial judge explicitly chose not to consider whether the accused had the defence of honest but mistaken belief in consent, and concluded that the defence was probably not available unless the accused testified. This conclusion ignores the right of the accused to have this defence considered solely on the Crown's case. The trial judge paid only passing interest to this defence undoubtedly because he had concluded that the defence of implied consent exonerated the accused. The accused is entitled to have all available defences founded on a proper basis considered by the court, whether he raises them or not: see *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 789.

Le juge du procès a explicitement choisi de ne pas se demander si l'accusé était fondé à invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, et il a conclu que ce moyen ne pouvait probablement pas être plaidé à moins que l'accusé ne témoigne pour sa défense. Cette conclusion ne tient pas compte du droit de l'accusé à ce que cette défense soit analysée à la seule lumière de la preuve du ministère public. Le juge du procès ne s'est arrêté que brièvement à ce moyen de défense, sans doute parce qu'il avait conclu que la défense de consentement tacite disculpait l'accusé. L'accusé a droit à ce que le tribunal prenne en considération tous les moyens de défense suffisamment étayés par la preuve, qu'il les ait invoqués ou non: voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 789.

56 In *Esau*, *supra*, at para. 15, the Court stated that, "before a court should consider honest but mistaken belief or instruct a jury on it there must be some plausible evidence in support so as to give an air of reality to the defence". See also *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. All that is required is for the accused to adduce some evidence, or refer to evidence already adduced, upon which a properly instructed trier of fact could form a reasonable doubt as to his *mens rea*: see *Osolin*, *supra*, at pp. 653-54, and p. 687.

Dans *Esau*, précité, au par. 15, la Cour affirme que, «pour qu'une cour soit tenue d'examiner la croyance sincère mais erronée ou de donner au jury des directives à cet égard, cette croyance doit d'abord être appuyée par une preuve plausible de façon que la défense acquière une vraisemblance». Voir également *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. Il suffit que l'accusé présente des éléments de preuve, ou renvoie à des éléments déjà présentés, à partir desquels un juge des faits ayant reçu des directives appropriées pourrait former un doute raisonnable quant à l'existence de la *mens rea* de l'accusé: voir *Osolin*, précité, aux pp. 653 et 654 et à la p. 687.

57 The analysis in this appeal makes no attempt to weigh the evidence. At this point we are concerned only with the facial plausibility of the defence of honest but mistaken belief and should avoid the risk of turning the air of reality test into a substantive evaluation of the merits of the defence.

L'analyse faite dans le présent pourvoi ne vise pas à soupeser les éléments de preuve. À ce stade-ci, nous ne nous attachons qu'à la plausibilité apparente de la défense de croyance sincère mais erronée, et il faut éviter le risque de transformer le critère de la vraisemblance en une évaluation substantielle du bien-fondé de la défense.

58 As the accused did not testify, the only evidence before the Court was that of the complainant. She stated that she immediately said "NO" every time the accused touched her sexually, and that she did nothing to encourage him. Her evidence was accepted by the trial judge as credible and sincere. Indeed, the accused relies on the fact that he momentarily stopped his advances each time the

Compte tenu du fait que l'accusé n'a pas témoigné, le seul élément de preuve dont dispose notre Cour est le témoignage de la plaignante. Elle a déclaré avoir dit immédiatement «NON» chaque fois que l'accusé l'a touchée sexuellement, et n'avoir rien fait pour l'encourager. Le juge du procès a trouvé le témoignage de la plaignante crédible et sincère. De fait, l'accusé invoque comme

complainant said "NO" as evidence of his good intentions. This demonstrates that he understood the complainant's "NO's" to mean precisely that. Therefore, there is nothing on the record to support the accused's claim that he continued to believe her to be consenting, or that he re-established consent before resuming physical contact. The accused did not raise nor does the evidence disclose an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent to this sexual touching.

preuve de ses bonnes intentions le fait qu'il a momentanément cessé ses avances chaque fois que la plaignante a dit «NON». Ce fait démontre qu'il considérait que les «NON» de la plaignante signifiaient précisément cela. Par conséquent, il n'y a rien au dossier qui étaye la prétention de l'accusé qu'il continuait à croire qu'elle consentait, ou qu'il avait obtenu à nouveau son consentement avant de recommencer les contacts physiques. Ni l'accusé ni la preuve ne confèrent quelque vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement aux attouchements sexuels.

The trial record conclusively establishes that the accused's persistent and increasingly serious advances constituted a sexual assault for which he had no defence. But for his errors of law, the trial judge would necessarily have found the accused guilty. In this case, a new trial would not be in the interests of justice. Therefore, it is proper for this Court to exercise its discretion under s. 686(4) of the *Code* and enter a conviction: see *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at pp. 354-55.

59 Le dossier du procès établit de façon concluante que les avances persistantes et de plus en plus graves de l'accusé ont constitué une agression sexuelle à laquelle il ne pouvait opposer aucun moyen de défense. N'eût été des erreurs de droit qu'il a commises, le juge du procès aurait nécessairement conclu à la culpabilité de l'accusé. En l'espèce, l'intérêt de la justice ne commande pas la tenue d'un nouveau procès. Par conséquent, notre Cour se doit d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 686(4) du *Code* et d'inscrire une déclaration de culpabilité: voir *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, aux pp. 354 et 355.

In her reasons, Justice L'Heureux-Dubé makes reference to s. 273.2(*b*) of the *Code*. Whether the accused took reasonable steps is a question of fact to be determined by the trier of fact only after the air of reality test has been met. In view of the way the trial and appeal were argued, s. 273.2(*b*) did not have to be considered.

60 Dans ses motifs, le juge L'Heureux-Dubé fait mention de l'al. 273.2*b*) du *Code*. La question de savoir si l'accusé a pris des mesures raisonnables est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits, seulement après que le critère de la vraisemblance a été satisfait. Vu la façon dont le procès et l'appel ont été plaidés, l'al. 273.2*b*) n'avait pas à être pris en considération.

IV. Summary

In sexual assault cases which centre on differing interpretations of essentially similar events, trial judges should first consider whether the complainant, in her mind, wanted the sexual touching in question to occur. Once the complainant has asserted that she did not consent, the question is then one of credibility. In making this assessment the trier of fact must take into account the totality of the evidence, including any ambiguous or contradictory conduct by the complainant. If the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt that

IV. Le résumé

61 Dans les affaires d'agression sexuelle mettant en jeu des interprétations différentes données essentiellement aux mêmes événements, le juge du procès doit d'abord se demander si la plaignante voulait, dans son esprit, que les attouchements sexuels en question aient lieu. Dès que la plaignante affirme ne pas avoir consenti, il s'agit d'une question de crédibilité. Dans cette appréciation, le juge des faits doit prendre en considération l'ensemble de la preuve, y compris le comportement ambigu ou contradictoire de la plaignante. Si le juge des

the complainant did not in fact consent, the *actus reus* of sexual assault is established and the inquiry must shift to the accused's state of mind.

62 If there is reasonable doubt as to consent, or if it is established that the complainant actively participated in the sexual activity, the trier of fact must still consider whether the complainant consented because of fear, fraud or the exercise of authority as enumerated in s. 265(3). The complainant's state of mind in respect of these factors need not be reasonable. If her decision to consent was motivated by any of these factors so as to vitiate her freedom of choice the law deems an absence of consent and the *actus reus* of sexual assault is again established.

63 Turning to the question of *mens rea*, it is artificial to require as a further step that the accused separately assert an honest but mistaken belief in consent once he acknowledges that the encounter between him and the complainant unfolded more or less as she describes it, but disputes that any crime took place: see *Park*, *supra*, at p. 851, *per* L'Heureux-Dubé J. In those cases, the accused can only make one claim: that on the basis of the complainant's words and conduct he believed her to be consenting. This claim both contests the complainant's assertions that in her mind she did not consent, and posits that, even if he were mistaken in his assessment of her wishes, he was nonetheless operating under a morally innocent state of mind. It is for the trier of fact to determine whether the evidence raises a reasonable doubt over either her state of mind or his.

64 In cases such as this, the accused's putting consent into issue is synonymous with an assertion of an honest belief in consent. If his belief is found to be mistaken, then honesty of that belief must be considered. As an initial step the trial judge must determine whether any evidence exists to lend an air of reality to the defence. If so, then the question

faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que, dans les faits, la plaignante n'a pas consenti, l'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi et l'examen doit passer à l'état d'esprit de l'accusé.

S'il y a un doute raisonnable sur la question du consentement, ou s'il est établi que la plaignante a participé activement à l'activité sexuelle, le juge des faits doit néanmoins se demander si celle-ci a consenti pour une des raisons énumérées au par. 265(3), notamment la crainte, la fraude ou l'exercice de l'autorité. Il n'est pas nécessaire que l'état d'esprit de la plaignante à l'égard de ces facteurs soit raisonnable. Si sa décision de consentir a été motivée par l'un de ces facteurs, de telle sorte que sa liberté de choisir a été viciée, le droit considère qu'il y a eu absence de consentement et l'*actus reus* de l'agression sexuelle est encore une fois établi.

Pour ce qui est de la question de la *mens rea*, il est arbitraire d'exiger, en tant qu'étape supplémentaire, que l'accusé fasse valoir séparément une croyance sincère mais erronée au consentement après avoir reconnu que la rencontre entre lui et la plaignante s'est déroulée plus ou moins comme cette dernière l'a décrite, mais qu'il conteste qu'un acte criminel a eu lieu: voir *Park*, précité, à la p. 851, le juge L'Heureux-Dubé. Dans un tel cas, l'accusé ne peut soutenir qu'une seule chose: il a cru, sur la foi des paroles et du comportement de la plaignante, que celle-ci a consenti. Cette prétention a pour effet à la fois de contester les affirmations de la plaignante selon lesquelles, dans son esprit, elle n'a pas consenti, et d'avancer que, même si l'accusé a fait erreur dans son appréciation des désirs de la plaignante, il a néanmoins agi dans un état d'esprit moralement innocent. Il appartient au juge des faits de décider si les éléments de preuve font naître un doute raisonnable quant à l'état d'esprit de la plaignante ou de l'accusé.

Dans des affaires comme la présente, le fait que l'accusé soulève la question du consentement équivaut à une prétention de croyance sincère au consentement. Si cette croyance est jugée erronée, il faut alors en apprécier la sincérité. Le juge du procès doit d'abord décider s'il existe des éléments de preuve conférant vraisemblance à la défense. Dans

which must be answered by the trier of fact is whether the accused honestly believed that the complainant had communicated consent. Any other belief, however honestly held, is not a defence.

Moreover, to be honest the accused's belief cannot be reckless, willfully blind or tainted by an awareness of any of the factors enumerated in ss. 273.1(2) and 273.2. If at any point the complainant has expressed a lack of agreement to engage in sexual activity, then it is incumbent upon the accused to point to some evidence from which he could honestly believe consent to have been re-established before he resumed his advances. If this evidence raises a reasonable doubt as to the accused's *mens rea*, the charge is not proven.

Cases involving a true misunderstanding between parties to a sexual encounter infrequently arise but are of profound importance to the community's sense of safety and justice. The law must afford women and men alike the peace of mind of knowing that their bodily integrity and autonomy in deciding when and whether to participate in sexual activity will be respected. At the same time, it must protect those who have not been proven guilty from the social stigma attached to sexual offenders.

V. Disposition

The appeal is allowed, a conviction is entered and the matter is remanded to the trial judge for sentencing.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Violence against women takes many forms: sexual assault is one of them. In Canada, one-half of all women are said to have experienced at least one incident of physical or sexual violence since the age of 16 (Statistics Canada, "The Violence Against Women Survey",

l'affirmative, le juge des faits doit alors trancher la question de savoir si l'accusé croyait sincèrement que la plaignante avait communiqué son consentement. Toute autre croyance, aussi sincère soit-elle, n'est pas un moyen de défense.

65 En outre, pour être sincère, la croyance de l'accusé ne doit pas être le fruit de son insouciance ou de son aveuglement volontaire, ni être viciée par la connaissance de l'un des autres facteurs énumérés au par. 273.1(2) et à l'art. 273.2. Si la plaignante a, à un moment quelconque, manifesté son absence d'accord à l'activité sexuelle, il appartient alors à l'accusé de faire état des éléments de preuve qui lui permettaient de croire sincèrement qu'il avait à nouveau obtenu le consentement de la plaignante avant de reprendre ses avances. Si cette analyse soulève un doute raisonnable quant à la *mens rea* de l'accusé, l'accusation n'est pas prouvée.

66 Les affaires qui soulèvent un véritable malentendu entre les parties à une rencontre sexuelle ne sont pas fréquentes, mais elles ont néanmoins une grande importance pour ce qui est du sentiment de sécurité et de justice de la communauté. Le droit doit permettre aux femmes comme aux hommes d'avoir l'esprit tranquille et de savoir que leur intégrité physique et leur autonomie seront respectées lorsqu'ils décident de participer ou non à une activité sexuelle et du moment où ils entendent le faire. En même temps, il doit protéger ceux dont la culpabilité n'a pas été établie des stigmates sociaux rattachés à la délinquance sexuelle.

V. Le dispositif

67 Le pourvoi est accueilli, une déclaration de culpabilité est inscrite et l'affaire est renvoyée au juge du procès pour détermination de la peine.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

68 LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — La violence à l'égard des femmes se manifeste de plusieurs façons: l'agression sexuelle en est une. Au Canada, on dit que la moitié des femmes âgées de 16 ans et plus ont subi au moins un incident de violence physique ou sexuelle (Statistique Canada,

The Daily, November 18, 1993). The statistics demonstrate that 99 percent of the offenders in sexual assault cases are men and 90 percent of the victims are women (*Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action* (April 1992), at p. 13, also cited in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 669).

69 Violence against women is as much a matter of equality as it is an offence against human dignity and a violation of human rights. As Cory J. wrote in *Osolin*, *supra*, at p. 669, sexual assault "is an assault upon human dignity and constitutes a denial of any concept of equality for women". These human rights are protected by ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and their violation constitutes an offence under the assault provisions of s. 265 and under the more specific sexual assault provisions of ss. 271, 272 and 273 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

70 So pervasive is violence against women throughout the world that the international community adopted in December 18, 1979 (Res. 34/180), in addition to all other human rights instruments, the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Can. T.S. 1982 No. 31, entered into force on September 3, 1981, to which Canada is a party, which has been described as "the definitive international legal instrument requiring respect for and observance of the human rights of women". (R. Cook, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643, at p. 643). Articles 1 and 2 of the Convention read:

ARTICLE I

For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullify-

«L'enquête sur la violence envers les femmes», *Le Quotidien*, 18 novembre 1993). Les statistiques démontrent que 99 pour 100 des auteurs d'agressions sexuelles sont des hommes et que 90 pour 100 des victimes sont des femmes (*L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre* (avril 1992), à la p. 23, également cité dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 669).

La violence à l'égard des femmes est autant une question d'égalité qu'une violation de la dignité humaine et des droits de la personne. Comme l'écrit le juge Cory dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 669, l'agression sexuelle «est un affront à la dignité humaine et un déni de toute notion de l'égalité des femmes». Ces droits de la personne sont protégés par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et leur violation constitue une infraction aux dispositions en matière de voies de fait prévues à l'art. 265 et aux dispositions touchant particulièrement les agressions sexuelles prévues aux art. 271, 272 et 273 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

La violence à l'égard des femmes est si répandue dans le monde que la communauté internationale a adopté, le 18 décembre 1979 (Rés. 34/180), en plus de tous les autres instruments touchant les droits de la personne, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, R.T. Can. 1982 No. 31, entrée en vigueur le 3 septembre 1981, convention dont le Canada est signataire et qui a été décrite comme étant [TRADUCTION] «l'instrument juridique international définitif exigeant le respect et l'observation des droits de la personne à l'égard des femmes». (R. Cook, «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women» (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643, à la p. 643). Les articles I et II de la Convention se lisent ainsi:

ARTICLE I

Aux fins de la présente Convention, l'expression «discrimination à l'égard des femmes» vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la

ing the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

ARTICLE II

States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake:

(a) To embody the principle of the equality of men and women in their national constitutions or other appropriate legislation if not yet incorporated therein and to ensure, through law and other appropriate means, the practical realization of this principle;

(b) To adopt appropriate legislative and other measures, including sanctions where appropriate, prohibiting all discrimination against women;

(c) To establish legal protection of the rights of women on an equal basis with men and to ensure through competent national tribunals and other public institutions the effective protection of women against any act of discrimination;

(d) To refrain from engaging in any act or practice of discrimination against women and to ensure that public authorities and institutions shall act in conformity with this obligation;

(e) To take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise;

(f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women;

(g) To repeal all national penal provisions which constitute discrimination against women. [Emphasis added.]

The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, G.A. Res. 34/180, U.N. Doc. A/47/48 (1979), established under Article 17

reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.

ARTICLE II

Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et, à cette fin, s'engagent à:

a) Inscrire dans leur constitution nationale ou toute autre disposition législative appropriée le principe de l'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés l'application effective dudit principe;

b) Adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes;

c) Instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire;

d) S'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation;

e) Prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque;

f) Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes;

g) Abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes. [Je souligne.]

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Rés. A.G. 34/180, Doc. N.U. A/47/48 (1979), établi en vertu de l'article 17 71

of the Convention, adopted General Recommendation No. 19 (Eleventh session, 1992) on the interpretation of discrimination as it relates to violence against women:

6. The Convention in article 1 defines discrimination against women. The definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty. Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence.

24. In light of these comments, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women recommends:

. . .

(b) States parties should ensure that laws against family violence and abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women, and respect their integrity and dignity. Appropriate protective and support services should be provided for victims. Gender-sensitive training of judicial and law enforcement officers and other public officials is essential for the effective implementation of the Convention. . . . [Emphasis added.]

de la Convention, a adopté la Recommandation générale nº 19 (onzième session, 1992) sur l'interprétation du terme «discrimination» en ce qui concerne la violence à l'égard des femmes:

6. L'article premier de la Convention définit la discrimination à l'égard des femmes. Cette définition inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté. La violence fondée sur le sexe peut violer des dispositions particulières de la Convention, même si ces dispositions ne mentionnent pas expressément la violence.

24. Tenant compte de ces observations, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes recommande:

. . .

b) Que les États parties veillent à ce que les lois contre la violence et les mauvais traitements dans la famille, le viol, les sévices sexuels et autres formes de violence fondée sur le sexe assurent à toutes les femmes une protection suffisante, respectent leur intégrité et leur dignité. Des services appropriés de protection et d'appui devraient être procurés aux victimes. Il est indispensable pour la bonne application de la Convention de fournir au corps judiciaire, aux agents de la force publique et aux autres fonctionnaires une formation qui les sensibilise aux problèmes des femmes . . . [Je souligne.]

72 On February 23, 1994, the U.N. General Assembly adopted the *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, G.A. Res. 48/104, U.N. Doc. A/48/49 (1993). Although not a treaty binding states, it sets out a common international standard that U.N. members states are invited to follow. Article 4 of the Declaration provides:

Article 4

States should condemn violence against women and should not invoke any custom, tradition or religious consideration to avoid their obligations with respect to its elimination. States should pursue by all appropriate

Le 23 février 1994, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, Rés. A.G. 48/104, Doc. N.U. A/48/49 (1993). Bien qu'il ne s'agisse pas d'un traité liant les États signataires, la déclaration établit une norme internationale commune que les États membres de l'ONU sont invités à respecter. Voici, en partie, le texte de l'article 4 de la Déclaration:

Article 4

Les États devraient condamner la violence à l'égard des femmes et ne pas invoquer de considérations de coutume, de tradition ou de religion pour se soustraire à l'obligation de l'éliminer. Les États devraient mettre en

means and without delay a policy of eliminating violence against women and, to this end, should:

. . .

(*i*) Take measures to ensure that law enforcement officers and public officials responsible for implementing policies to prevent, investigate and punish violence against women receive training to sensitize them to the needs of women;

(*j*) Adopt all appropriate measures, especially in the field of education, to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women and to eliminate prejudices, customary practices and all other practices based on the idea of the inferiority or superiority of either of the sexes and on stereotyped roles for men and women. . . . [Emphasis added.]

Our *Charter* is the primary vehicle through which international human rights achieve a domestic effect (see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697). In particular, s. 15 (the equality provision) and s. 7 (which guarantees the right to life, security and liberty of the person) embody the notion of respect of human dignity and integrity.

It is within that larger framework that, in 1983, Canada revamped the sexual assault provisions of the *Code* (S.C. 1980-81-82-83, c. 125), formerly ss. 143, 149 and 244 (R.S.C. 1970, c. C-34) which are now contained in the general assault provisions of s. 265. Together with the 1992 amendments of the *Code* (*An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38), mainly ss. 273.1 and 273.2, they govern the issue of consent in the context of sexual assault. In the preamble to the 1992 Act, Parliament expressed its concern about the "prevalence of sexual assault against women and children" and stated its intention to "promote and help to ensure the full protection of the rights guaranteed under sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*".

œuvre sans retard, par tous les moyens appropriés, une politique visant à éliminer la violence à l'égard des femmes et, à cet effet:

. . .

i) Veiller à ce que les agents des services de répression ainsi que les fonctionnaires chargés d'appliquer des politiques visant à prévenir la violence à l'égard des femmes, à assurer les enquêtes nécessaires et à punir les coupables reçoivent une formation propre à les sensibiliser aux besoins des femmes;

j) Adopter toutes les mesures voulues, notamment dans le domaine de l'éducation, pour modifier les comportements sociaux et culturels des hommes et des femmes et éliminer les préjugés, coutumes et pratiques tenant à l'idée que l'un des deux sexes est supérieur ou inférieur à l'autre ou à des stéréotypes concernant les rôles masculins et féminins . . . [Je souligne.]

73 Notre *Charte* est le principal véhicule donnant effet au Canada aux droits de la personne qui sont reconnus à l'échelle internationale (voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697). En particulier, l'art. 15 (la disposition en matière d'égalité) et l'art. 7 (qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) expriment la notion de respect de la dignité et de l'intégrité de la personne.

74 C'est dans ce cadre général que, en 1983, le Canada a remanié les dispositions du *Code* relatives aux agressions sexuelles, (L.C. 1980-81-82-83, ch. 125) soit les anciens art. 143, 149 et 244 (S.R.C. 1970, ch. C-34), dont le contenu se retrouve maintenant dans les dispositions générales relatives aux voies de fait de l'art. 265. Ces dispositions, de concert avec les modifications apportées au *Code* en 1992 (*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38), principalement les art. 273.1 et 273.2, régissent la question du consentement en matière d'agression sexuelle. Dans le préambule de la loi de 1992, le Parlement se disait préoccupé par «la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants» et déclarait son intention de «promouvoir et contribuer à assurer la pleine protection des droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*».

75 Fraser C.J., in her dissenting reasons in this case, has set out the legislative history of those provisions. In *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, Cory J. and I both noted the significant reform of sexual assault provisions undertaken by Parliament. (See C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at pp. 27-29.) I observed in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 42, that:

> . . . the primary concern animating and underlying the present offence of sexual assault is the belief that women have an inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in. If this is the case, then our approach to consent must evolve accordingly, for it may be out of phase with that conceptualization of the law.

See also *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

76 In the present case, the respondent was charged with sexual assault under s. 271 of the *Code*. The applicable notions of "assault" and "consent" are defined in ss. 265, 273.1 and 273.2 of the *Code*. The relevant provisions read:

> **265.** (1) A person commits an assault when
>
> (*a*) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;
>
> (*b*) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or
>
> (*c*) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.
>
> (2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.
>
> (3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

Dans ses motifs dissidents dans la présente affaire, le juge en chef Fraser a fait l'historique de ces dispositions. Dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, le juge Cory et moi-même avons souligné la vaste réforme des dispositions applicables en matière d'agression sexuelle entreprise par le législateur. (Voir C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), aux pp. 27 à 29.) J'ai fait l'observation suivante, dans l'arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au par. 42:

> [À] l'heure actuelle, l'infraction d'agression sexuelle procède surtout de la croyance que les femmes ont le droit inhérent d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent. S'il en est ainsi, notre façon d'aborder le consentement doit évoluer en conséquence, car elle est peut-être déphasée par rapport à cette conception du droit.

Voir également *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

En l'espèce, l'intimé a été accusé d'agression sexuelle en vertu de l'art. 271 du *Code*. Les notions applicables d'«agression» et de «consentement» sont définies aux art. 265, 273.1 et 273.2 du *Code*, dont les dispositions pertinentes prévoient:

> **265.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:
>
> *a*) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;
>
> *b*) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;
>
> *c*) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.
>
> (2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.
>
> (3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

(*a*) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(*b*) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(*c*) fraud; or

(*d*) the exercise of authority.

. . .

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), "consent" means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

(*a*) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

(*b*) the complainant is incapable of consenting to the activity;

(*c*) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;

(*d*) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or

(*e*) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

(3) Nothing in subsection (2) shall be construed as limiting the circumstances in which no consent is obtained.

273.2 It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

(*a*) the accused's belief arose from the accused's

(i) self-induced intoxication, or

(ii) recklessness or wilful blindness; or

(*b*) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

. . .

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l'application des articles 271, 272 et 273, en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle.

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l'application des articles 271, 272 et 273, des cas où:

a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

b) il est incapable de le former;

c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;

e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire.

273.2 Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas:

a) cette croyance provient:

(i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,

(ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;

b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

77 Briefly stated, the accused is charged with sexually assaulting a 17-year-old girl. The accused was acquitted at trial and the acquittal was upheld on appeal, by a majority of the Alberta Court of Appeal, Fraser C.J. dissenting ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235). The appellant alleges that the acquittal and the subsequent decision of the Court of Appeal are based on an error of law in the interpretation of the notion of consent contained in ss. 265(3), 273.1 and 273.2 of the *Code* and invites this Court to enter a conviction.

78 I have had the benefit of the reasons of Justice Major in this appeal and I agree generally with his reasons on most issues and with the result that he reaches. However, I wish to add some comments and discuss some of the reasoning of the trial judge and of the majority of the Court of Appeal.

79 Although my colleague has recounted the facts, there are some significant nuances that need to be stated. When the complainant and the accused met in the parking lot of a shopping mall to discuss the job offer, the complainant suggested that the interview be held in the mall. The accused expressed his preference for more privacy and proposed instead that the interview take place in his van to which a trailer was attached. The complainant agreed to sit in the van, but she left the door of the van open since she was still hesitant about discussing the job offer in his vehicle.

80 The accused then proposed that they proceed to his trailer. Shortly after entering the trailer, the complainant agreed to massage lightly the accused. However, she testified that she did not want to give him a massage but was afraid at this point, considering that she saw and heard the accused lock the door of the trailer and that the accused was almost twice her size. The accused then asked the complainant to come in front of him so that he could return the favour. He started massaging the complainant and brought his hands close to her breasts. The complainant pushed him away with her

Brièvement, l'intimé est accusé d'avoir agressé sexuellement une jeune fille de 17 ans. Au procès, l'accusé a été acquitté, et ce verdict a été confirmé par une décision majoritaire de la Cour d'appel de l'Alberta, le juge en chef Fraser étant dissidente ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 235). L'appelante soutient que l'acquittement et l'arrêt ultérieur de la Cour d'appel sont fondés sur une erreur de droit dans l'interprétation de la notion de consentement visée aux art. 265(3), 273.1 et 273.2 du *Code*, et elle invite notre Cour à inscrire une déclaration de culpabilité.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Major dans le présent pourvoi et je souscris de façon générale à ses motifs sur la plupart des questions en litige ainsi qu'au résultat auquel il arrive. Je tiens cependant à ajouter quelques commentaires et à discuter de certains aspects du raisonnement du juge du procès et des juges majoritaires de la Cour d'appel.

Bien que mon collègue ait déjà rappelé les faits, certaines précisions importantes doivent être apportées. Lorsque la plaignante et l'accusé se sont rencontrés dans le parc de stationnement d'un centre commercial pour discuter de l'offre d'emploi, la plaignante a suggéré que l'entrevue ait lieu dans le centre commercial. L'accusé a dit préférer un lieu plus intime, et a proposé à la plaignante que l'entrevue se déroule plutôt dans sa camionnette, à laquelle était attachée une remorque. La plaignante a accepté de s'asseoir dans la camionnette, mais elle a laissé la porte ouverte car elle hésitait toujours à discuter de l'offre d'emploi à l'intérieur du véhicule de l'accusé.

L'accusé a ensuite proposé à la plaignante qu'ils aillent dans sa remorque. Peu après qu'ils y soient entrés, la plaignante a accepté de donner un léger massage à l'accusé. Elle a cependant témoigné qu'elle ne voulait pas lui donner de massage, mais qu'elle avait peur à ce moment-là, étant donné qu'elle avait vu et entendu l'accusé fermer à clé la porte de la remorque et que celui-ci avait presque deux fois sa taille. L'accusé a ensuite demandé à la plaignante de se placer devant lui afin qu'il puisse à son tour lui donner un massage. Il a commencé le massage puis il a placé ses mains près des seins de

elbows and said "no". He then told the complainant to turn around in order to massage her feet. Again out of fear, she complied. When he began massaging her feet, the touching progressed to her inner thigh and pelvic area up to a point where he laid heavily on top of the complainant and started grinding his pelvic area against hers while telling her, as she testified, that: "he could get me so horny so that I would want it so bad, and he wouldn't give it to me because he had self-control and because he wouldn't want to give it to me". The accused stopped after the complainant asked him to "Just please stop" and at one point he said: "I had you worried, didn't I? You were scared, weren't you?". She answered: "Yes, I was very scared". This is particularly revealing of the accused's knowledge that she was afraid and certainly not a willing participant. The accused resumed his pelvic grinding, only this time he tried to touch her vaginal area, exposed his penis and placed it on the complainant's clothed pelvic area under her shorts. He stopped after the complainant said "No, stop".

la plaignante, qui l'a repoussé avec ses coudes et a dit «non». L'accusé lui a alors demandé de se retourner afin qu'il puisse lui masser les pieds. À nouveau, animée par la peur, elle a accepté. Les attouchements de l'accusé sont passés des pieds de la plaignante jusqu'à l'intérieur de ses cuisses et de sa région pelvienne. À un certain moment, l'accusé s'est étendu lourdement sur la plaignante et a commencé à frotter son pelvis contre celui de la plaignante en affirmant, de dire cette dernière: [TRADUCTION] «qu'il pouvait me rendre si excitée que je mourrais d'envie de le faire, mais qu'il ne me le ferait pas parce qu'il savait se maîtriser et parce qu'il ne voulait pas me le faire». L'accusé s'est arrêté après que la plaignante lui ait dit [TRADUCTION] «je vous en prie, arrêtez», et, à un certain moment, il a dit: «Je t'ai inquiété, n'est-ce pas? Tu avais peur, n'est-ce pas?». Ce à quoi elle a répondu: [TRADUCTION] «Oui, j'avais très peur». Ces déclarations sont particulièrement révélatrices du fait que l'accusé savait que la plaignante avait peur et qu'elle n'était pas une participante de plein gré. L'accusé a recommencé à frotter son pelvis contre celui de la plaignante, mais cette fois-là il a tenté de toucher sa région vaginale, il a sorti son pénis de son pantalon et l'a placé sous le short de la plaignante, sur sa région pelvienne toujours couverte. Il s'est arrêté après que la plaignante a dit: [TRADUCTION] «Non, arrêtez».

After this ordeal, the accused opened the door at her request and the complainant finally exited the trailer. When the complainant arrived home, she was crying and told her roommate, Ms. Tait, what had occurred. Shortly after, the accused called the complainant's apartment to ask her if she was fine. She answered that she was and called the police. This evidence is uncontradicted and the trial judge found the complainant to be an articulate and intelligent young woman and a credible witness. 81

Après cette épreuve, l'accusé a ouvert la porte de la remorque à la demande de la plaignante, qui en est finalement sortie. En arrivant à la maison, la plaignante pleurait et a tout raconté à sa colocataire, Mlle Tait. Peu après, l'accusé a téléphoné à la plaignante pour lui demander si elle allait bien. Elle a répondu que oui et a ensuite appelé la police. Cette preuve n'a pas été contredite, et le juge du procès a trouvé que la plaignante était une jeune femme intelligente, qu'elle s'exprimait clairement et qu'elle était un témoin crédible.

This case is not about consent, since none was given. It is about myths and stereotypes, which have been identified by many authors and succinctly described by D. Archard, *Sexual Consent* (1998), at p. 131: 82

Cette affaire ne met pas en cause une question de consentement, puisqu'aucun consentement n'a été donné. Elle met en cause les mythes et stéréotypes relevés par bon nombre d'auteurs et décrits succinctement par D. Archard dans *Sexual Consent* (1998), à la p. 131:

Myths of rape include the view that women fantasise about being rape victims; that women mean 'yes' even when they say 'no'; that any woman could successfully resist a rapist if she really wished to; that the sexually experienced do not suffer harms when raped (or at least suffer lesser harms than the sexually 'innocent'); that women often deserve to be raped on account of their conduct, dress, and demeanour; that rape by a stranger is worse than one by an acquaintance. Stereotypes of sexuality include the view of women as passive, disposed submissively to surrender to the sexual advances of active men, the view that sexual love consists in the 'possession' by a man of a woman, and that heterosexual sexual activity is paradigmatically penetrative coitus.

[TRADUCTION] Un des mythes concernant le viol est l'idée que les femmes rêvent d'être victimes de viol; que même lorsqu'elles disent «non» elles veulent dire «oui»; que toute femme pourrait résister à un violeur si elle le voulait vraiment; que les femmes expérimentées sur le plan sexuel ne subissent pas de préjudice lorsqu'elles sont violées (ou du moins un préjudice moins grand que celles qui sont «innocentes» à cet égard); que, souvent, des femmes méritent d'être violées en raison de leur comportement, de la façon dont elles s'habillent et de leur attitude; et qu'il est pire d'être violée par un étranger que par une connaissance. Parmi les stéréotypes sur la sexualité mentionnons l'idée que les femmes sont passives, qu'elles sont disposées à succomber docilement aux avances des hommes entreprenants, que l'amour sexuel est la «possession» d'une femme par un homme, et que l'activité sexuelle type des hétérosexuels est le coït avec pénétration.

(For example see *Seaboyer, supra*, at p. 651, *per* L'Heureux-Dubé J.; M. Burt, "Rape Myths and Acquaintance Rape", in A. Parrot and L. Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991); N. Naffine, "Possession: Erotic Love in the Law of Rape" (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10; R. T. Andrias, "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7 *Criminal Justice* 2; *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action, supra*; C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989); E. A. Sheehy, "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741.)

(Par exemple, voir *Seaboyer*, précité, à la p. 651, le juge L'Heureux-Dubé; M. Burt, «Rape Myths and Acquaintance Rape», dans A. Parrot et L. Bechhofer, dir., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991); N. Naffine, «Possession: Erotic Love in the Law of Rape» (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10; R. T. Andrias, «Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape» (1992), 7 *Criminal Justice* 2; *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre, op. cit.*; C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989); E. A. Sheehy, «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 741.)

83 The trial judge believed the complainant and accepted her testimony that she was afraid and he acknowledged her unwillingness to engage in any sexual activity. In addition, there is no doubt that the respondent was aware that the complainant was afraid since he told her repeatedly not to be afraid. The complainant clearly articulated her absence of consent: she said no. Not only did the accused not stop, but after a brief pause, as Fraser C.J. puts it, he went on to an "increased level of sexual activity" to which twice the complainant said no. What could be clearer?

Le juge du procès a cru la plaignante et accepté son témoignage qu'elle avait eu peur, et il a admis le fait qu'elle n'avait pas voulu se livrer à quelque activité sexuelle que ce soit. En outre, il ne fait aucun doute que l'intimé savait que la plaignante avait peur, puisqu'il lui a dit à plusieurs reprises de ne pas avoir peur. La plaignante a clairement manifesté son absence de consentement: elle a dit non. Non seulement l'accusé ne s'est-il pas arrêté, mais après avoir fait une courte pause, il a, pour reprendre l'expression du juge en chef Fraser de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «intensifié l'activité sexuelle», activité à laquelle la plaignante a dit non à deux reprises. Comment la situation aurait-elle pu être plus claire?

The trial judge gave no legal effect to his conclusion that the complainant submitted to sexual activity out of fear that the accused would apply force to her. Section 265(3)(*b*) states that no consent is obtained where the complainant submits by reason of threats or fear of the application of force. Therefore, s. 265(3)(*b*) applies and operates to further establish the lack of consent: see *Cuerrier*, *supra*.

Le juge du procès n'a donné aucun effet juridique à sa conclusion que la plaignante s'était soumise à des activités sexuelles par crainte que l'accusé emploie la force contre elle. L'alinéa 265(3)*b*) précise que ne constitue pas un consentement le fait pour la plaignante de se soumettre en raison de menaces ou de crainte d'emploi de la force. En conséquence, l'al. 265(3)*b*) s'applique et il a pour effet de permettre d'établir davantage l'absence de consentement: voir *Cuerrier*, précité. 84

I agree with Major J. that the application of s. 265(3) requires an entirely subjective test. In my opinion, as irrational as a complainant's motive might be, if she subjectively felt fear, it must lead to a legal finding of absence of consent. Accordingly, I agree with Fraser C.J. that any objective factor should be considered under the defence of honest but mistaken belief.

Je suis d'accord avec le juge Major que l'application du par. 265(3) commande un test entièrement subjectif. À mon avis, aussi irrationnel que puisse avoir été le motif d'une plaignante, si elle a subjectivement éprouvé de la crainte, il faut conclure en droit à l'absence de consentement. En conséquence, je suis d'accord avec le juge en chef Fraser de la Cour d'appel que tout facteur objectif devrait être pris en considération dans le cadre d'une défense de croyance sincère mais erronée. 85

However, in my view, Major J. unduly restricts the application of s. 265(3) to instances where the complainant chooses "to participate in, or ostensibly consent to, the touching in question" (at para. 38; see also para. 36). Section 265(3) applies to cases where the "complainant submits or does not resist" (emphasis added) by reason of the application of force, threats or fear of the application of force, fraud or the exercise of authority. Therefore, that section should also apply to cases where the complainant is silent or passive in response to such situations.

En outre, je suis d'avis que le juge Major restreint à tort l'application du par. 265(3) aux cas où la plaignante décide «de participer aux attouchements en question ou d'y consentir apparemment» (au par. 38, voir aussi le par. 36). Le paragraphe 265(3) s'applique dans les cas où la décision de la plaignante «de se soumettre ou de ne pas résister» (je souligne) résulte soit de l'emploi de la force, soit de menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi, soit de la fraude, soit de l'exercice de l'autorité. Par conséquent, il doit s'appliquer aussi aux cas où la plaignante demeure silencieuse ou passive face à de telles situations. 86

In the circumstances of this case, it is difficult to understand how the question of implied consent even arose. Although he found the complainant credible, and accepted her evidence that she said "no" on three occasions and was afraid, the trial judge nonetheless did not take "no" to mean that the complainant did not consent. Rather, he concluded that she implicitly consented and that the Crown had failed to prove lack of consent. This was a fundamental error. As noted by Professor

Dans les circonstances de la présente affaire, il est difficile de voir comment la question du consentement tacite a même pu être soulevée. Bien qu'il ait jugé la plaignante crédible et qu'il ait accepté son témoignage selon lequel elle a dit «non» à trois reprises et elle était effrayée, le juge du procès n'a pas pour autant considéré que ces «non» signifiaient que la plaignante n'avait pas consenti. Il a plutôt conclu qu'elle avait consenti tacitement et que le ministère public n'avait pas prouvé l'absence de consentement. Il s'agit là d'une erreur fondamentale. Comme l'a souligné le 87

Stuart in Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330, at p. 330:

> Both the trial judgment and that of Justice McClung do not make the basic distinction that consent is a matter of the state of mind of the complainant and belief in consent is, subject to s. 273.2 of the *Criminal Code*, a matter of the state of mind of the accused.

This error does not derive from the findings of fact but from mythical assumptions that when a woman says "no" she is really saying "yes", "try again", or "persuade me". To paraphrase Fraser C.J. at p. 263, it denies women's sexual autonomy and implies that women are "walking around this country in a state of constant consent to sexual activity".

88 In the Court of Appeal, McClung J.A. compounded the error made by the trial judge. At the outset of his opinion, he stated at p. 245 that "it must be pointed out that the complainant did not present herself to Ewanchuk or enter his trailer in a bonnet and crinolines". He noted, at pp. 245-46, that "she was the mother of a six-month-old baby and that, along with her boyfriend, she shared an apartment with another couple".

89 Even though McClung J.A. asserted that he had no intention of denigrating the complainant, one might wonder why he felt necessary to point out these aspects of the trial record. Could it be to express that the complainant is not a virgin? Or that she is a person of questionable moral character because she is not married and lives with her boyfriend and another couple? These comments made by an appellate judge help reinforce the myth that under such circumstances, either the complainant is less worthy of belief, she invited the sexual assault, or her sexual experience signals probable consent to further sexual activity. Based on those attributed assumptions, the implication is that if the complainant articulates her lack of consent by saying "no", she really does not mean it and even if

professeur Stuart dans Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330, à la p. 330:

> [TRADUCTION] Ni le jugement de première instance, ni la décision du juge McClung ne font la distinction fondamentale que le consentement est une question qui touche à l'état d'esprit du plaignant alors que la croyance au consentement est, sous réserve de l'art. 273.2 du *Code criminel*, une question qui touche à l'état d'esprit de l'accusé.

Cette erreur ne résulte pas des conclusions de fait mais relève plutôt de mythes et stéréotypes voulant que, lorsqu'une femme dit «non», elle veut plutôt dire «oui», «essaie encore» ou «persuade-moi». Pour paraphraser le juge en chef Fraser, à la p. 263, cette attitude nie aux femmes leur autonomie sur le plan sexuel et laisse entendre que les femmes [TRADUCTION] «se promènent dans ce pays dans un état permanent de consentement à des activités sexuelles».

En Cour d'appel, le juge McClung a exacerbé l'erreur du juge du procès. En effet, au début de ses motifs, il dit, à la p. 245, qu'[TRADUCTION] «il convient de signaler que la plaignante n'était pas vêtue d'un bonnet et d'une crinoline lorsqu'elle s'est présentée devant Ewanchuk et qu'elle est entrée dans sa remorque». Il a souligné, aux pp. 245 et 246, qu'[TRADUCTION] «elle était la mère d'un bébé de six mois et que, avec son petit ami, elle partageait un appartement avec un autre couple».

Même si le juge McClung a affirmé qu'il n'avait nullement l'intention de dénigrer la plaignante, on peut se demander pourquoi il a jugé nécessaire de souligner ces aspects du dossier du procès. Était-ce pour signaler que la plaignante n'était pas vierge? Ou encore qu'elle est une personne de moralité douteuse puisqu'elle n'est pas mariée et qu'elle vit avec son petit ami et un autre couple? De telles remarques, formulées par un juge d'appel, contribuent à renforcer le mythe voulant que, dans de telles circonstances, la plaignante mérite moins d'être crue, qu'elle a invité l'agression sexuelle ou encore que son expérience sur le plan sexuel indique qu'elle a probablement consenti à se livrer à d'autres activités sexuelles. De telles suppositions impliquent que si la plaignante manifeste son

she does, her refusal cannot be taken as seriously as if she were a girl of "good" moral character. "Inviting" sexual assault, according to those myths, lessens the guilt of the accused as Archard, *supra*, notes at p. 139:

> . . . the more that a person contributes by her behaviour or negligence to bringing about the circumstances in which she is a victim of a crime, the less responsible is the criminal for the crime he commits. A crime is no less unwelcome or serious in its effects, or need it be any the less deliberate or malicious in its commission, for occurring in circumstances which the victim helped to realise. Yet judges who spoke of women 'inviting' or 'provoking' a rape would go on to cite such contributory behaviour as a reason for regarding the rape as less grave or the rapist as less culpable. It adds judicial insult to criminal injury to be told that one is the part author of a crime one did not seek and which in consequence is supposed to be a lesser one.

McClung J.A. writes, at p. 247:

> There is no room to suggest that Ewanchuk knew, yet disregarded, her underlying state of mind as he furthered his romantic intentions. He was not aware of her true state of mind. Indeed, his ignorance about that was what she wanted. The facts, set forth by the trial judge, provide support for the overriding trial finding, couched in terms of consent by implication, that the accused had no proven preparedness to assault the complainant to get what he wanted. [Emphasis added.]

On the contrary, both the fact that Ewanchuk was aware of the complainant's state of mind, as he did indeed stop each time she expressly stated "no", and the trial judge's findings reinforce the obvious conclusion that the accused knew there was no consent. These were two strangers, a young 17-year-old woman attracted by a job offer who found herself trapped in a trailer and a man approximately twice her age and size. This is hardly a scenario one would characterize as reflective of "romantic intentions". It was nothing more than an

absence de consentement en disant «non» ce n'est pas réellement ce qu'elle veut dire, et que même dans le cas contraire, son refus ne peut être pris au sérieux au même titre que s'il émanait d'une fille de «bonne» moralité. Selon ces mythes, l'«incitation» à l'agression sexuelle diminue la culpabilité de l'accusé, comme le souligne Archard, *op. cit.*, à la p. 139:

> [TRADUCTION] . . . plus la personne contribue par son comportement ou sa négligence à créer les circonstances dans lesquelles elle est victime d'un crime, moins l'auteur du crime est responsable de celui-ci. Un crime n'est pas moins indésiré ou grave du point de vue de ses effets ni moins délibéré ou malicieux parce qu'il a été commis dans des circonstances que la victime a contribué à créer. Pourtant, il y a des juges qui, après avoir affirmé que la femme a «incité» au viol ou l'a «provoqué», poursuivent en disant que le comportement contributif de celle-ci diminue la gravité du viol ou la culpabilité du violeur. C'est ajouter l'insulte judiciaire à l'injure criminelle que de dire à la victime qu'elle est en partie l'auteur d'un crime qu'elle n'a pas voulu et qui, de ce fait, est considéré moins grave.

Le juge McClung écrit, à la p. 247: 90

> [TRADUCTION] Rien ne permet de prétendre que Ewanchuk connaissait l'état d'esprit profond de la plaignante et qu'il ait décidé de ne pas en tenir compte en poursuivant ses intentions romantiques. Il ne connaissait pas son véritable état d'esprit. De fait, cette ignorance est ce que recherchait la victime. Les faits décrits par le juge du procès étayent sa conclusion capitale — formulée en invoquant le consentement par implication — selon laquelle il n'a pas été établi que l'accusé s'était préparé à agresser la plaignante afin d'obtenir ce qu'il voulait. [Je souligne.]

Bien au contraire, le fait que Ewanchuk connaissait l'état d'esprit de la plaignante, puisqu'il s'est effectivement arrêté chaque fois que la plaignante a expressément dit «non», ainsi que les constatations de fait du juge du procès renforcent la conclusion évidente que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas. Les deux parties étaient des étrangers l'une pour l'autre, d'un côté une jeune femme de 17 ans intéressée par une offre d'emploi qui s'est trouvée prise au piège dans une remorque, de l'autre un homme qui avait presque le double de son âge et de sa taille. Il est difficile d'imaginer comment quelqu'un peut considérer

effort by Ewanchuk to engage the complainant sexually, not romantically.

91 The expressions used by McClung J.A. to describe the accused's sexual assault, such as "clumsy passes" (p. 246) or "would hardly raise Ewanchuk's stature in the pantheon of chivalric behaviour" (p. 248), are plainly inappropriate in that context as they minimize the importance of the accused's conduct and the reality of sexual aggression against women.

92 McClung J.A. also concluded that "the sum of the evidence indicates that Ewanchuk's advances to the complainant were far less criminal than hormonal" (p. 250) having found earlier that "every advance he made to her stopped when she spoke against it" and that "[t]here was no evidence of an assault or even its threat" (p. 249). According to this analysis, a man would be free from criminal responsibility for having non-consensual sexual activity whenever he cannot control his hormonal urges. Furthermore, the fact that the accused ignored the complainant's verbal objections to any sexual activity and persisted in escalated sexual contact, grinding his pelvis against hers repeatedly, is more evidence than needed to determine that there was an assault.

93 Finally, McClung J.A. made this point: "In a less litigious age going too far in the boyfriend's car was better dealt with on site — a well-chosen expletive, a slap in the face or, if necessary, a well-directed knee" (p. 250). According to this stereotype, women should use physical force, not resort to courts to "deal with" sexual assaults and it is not the perpetrator's responsibility to ascertain consent, as required by s. 273.2(*b*), but the women's not only to express an unequivocal "no", but also to fight her way out of such a situation. In that

que ce scénario reflète des «intentions romantiques». Ce n'était rien de plus qu'une tentative de la part de Ewanchuk d'avoir une relation sexuelle avec la plaignante et non une liaison amoureuse.

Les expressions qu'a utilisées le juge McClung pour décrire l'agression sexuelle commise par l'accusé, par exemple lorsqu'il a parlé [TRADUCTION] «d'avances maladroites» (p. 246) ou d'une situation qui [TRADUCTION] «ne contribuerait guère à élever Ewanchuk au panthéon de la conduite chevaleresque» (p. 248), sont carrément inappropriées dans ce contexte, car elles minimisent l'importance de la conduite de l'accusé et la réalité des agressions sexuelles dont les femmes sont victimes.

Le juge McClung a également conclu que [TRADUCTION] «l'ensemble de la preuve indique que les avances faites par Ewanchuk à la plaignante étaient beaucoup moins de nature criminelle qu'hormonale» (p. 250), après avoir constaté auparavant que ce dernier [TRADUCTION] «avait chaque fois mis fin à ses avances dès qu'elle s'y était opposée» et qu'«[i]l n'y avait aucune preuve d'agression ni même d'une menace d'agression» (p. 249). Suivant cette analyse, un homme n'engagerait pas sa responsabilité criminelle chaque fois qu'il se livre à une activité sexuelle non consensuelle parce qu'il est incapable de maîtriser ses pulsions hormonales. En outre, le fait que l'accusé n'ait pas tenu compte des objections verbales de la plaignante à toute activité sexuelle et qu'il ait persisté à poursuivre l'escalade des contacts sexuels, frottant à maintes reprises sa région pelvienne contre celle de la plaignante, apporte une preuve plus que suffisante qu'il y a eu agression.

Enfin, le juge McClung a fait la remarque suivante: [TRADUCTION] «À une autre époque, où on recourait moins aux tribunaux, lorsque les choses allaient trop loin dans la voiture du petit ami, on réglait la question sur-le-champ — par une interjection bien choisie, une gifle ou, au besoin, un coup de genou bien placé» (p. 250). Suivant ce stéréotype, les femmes devraient utiliser la force physique et non s'adresser aux tribunaux pour «régler» la question en cas d'agression sexuelle, et, contrairement à ce qu'exige l'al. 273.2*b*), il n'incombe

sense, Susan Estrich has noted that "rape is most assuredly not the only crime in which consent is a defense; but it is the only crime that has required the victim to resist physically in order to establish nonconsent" ("Rape" (1986), 95 *Yale L.J.* 1087, at p. 1090).

pas à l'auteur des actes de s'assurer du consentement de la femme, qui devrait non seulement opposer un «non» catégorique mais également se tirer par la force d'une telle situation. À cet égard, Susan Estrich a souligné que [TRADUCTION] «le viol n'est certes pas le seul crime pour lequel le consentement constitue un moyen de défense, mais il est le seul crime qui exige que la victime ait résisté physiquement comme preuve de l'absence de consentement» («Rape» (1986), 95 *Yale L.J.* 1087, à la p. 1090).

Cory J. referred to the inappropriate use of rape myths by courts in *Osolin*, *supra*, at p. 670:

Le juge Cory a parlé de l'utilisation inappropriée des mythes sur le viol par les tribunaux dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 670: 94

A number of rape myths have in the past improperly formed the background for considering evidentiary issues in sexual assault trials. These include the false concepts that: women cannot be raped against their will; only "bad girls" are raped; anyone not clearly of "good character" is more likely to have consented.

Nombre de mythes sur le viol ont dans le passé indûment servi de cadre à l'examen des questions de preuve dans des affaires d'agression sexuelle. Faisaient partie de ce nombre les fausses notions suivantes: on ne peut violer une femme contre son gré; seules les «femmes de mauvaise réputation» sont violées; la personne qui n'a pas clairement une «bonne moralité» est plus susceptible d'avoir donné son consentement.

In *Seaboyer*, *supra*, I alluded to this issue as follows, at pp. 707-9:

Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, j'ai fait allusion à cette question de la façon suivante, aux pp. 707 à 709:

Parliament exhibited a marked, and justifiedly so, distrust of the ability of the courts to promote and achieve a non-discriminatory application of the law in this area. In view of the history of government attempts, the harm done when discretion is posited in trial judges and the demonstrated inability of the judiciary to change its discriminatory ways, Parliament was justified in so choosing. My attempt to illustrate the tenacity of these discriminatory beliefs and their acceptance at all levels of society clearly demonstrates that discretion in judges is antithetical to the goals of Parliament.

Le législateur a fait montre d'une méfiance marquée, et justifiée, à l'égard de l'aptitude des tribunaux à promouvoir et à atteindre une application non discriminatoire des règles de droit dans ce domaine. Vu l'historique des tentatives du gouvernement, le préjudice entraîné par le fait de confier aux juges du procès un pouvoir discrétionnaire et l'inaptitude démontrée des tribunaux à changer leurs pratiques discriminatoires, le choix du législateur était justifié. Les efforts que j'ai faits pour illustrer le caractère tenace des croyances discriminatoires et leur acceptation à tous les échelons de la société font clairement ressortir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges est à l'opposé des objectifs du Parlement.

. . .

. . .

History demonstrates that it was discretion in trial judges that saturated the law in this area with stereotype. My earlier discussion shows that we are not, all of a sudden, a society rid of such beliefs, and hence, discretionary decision making in this realm is absolutely antithetical to the achievement of government's pressing and substantial objective.

L'histoire démontre que c'est l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges du procès qui a saturé de stéréotypes les règles de droit dans ce domaine. Mon analyse antérieure illustre que nous ne sommes pas tout à coup une société débarrassée de ces croyances et, par conséquent, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans ce contexte est tout à fait à l'opposé de la réalisation de l'objectif urgent et réel du gouvernement.

95 This case has not dispelled any of the fears I expressed in *Seaboyer*, *supra*, about the use of myths and stereotypes in dealing with sexual assault complaints (see also Bertha Wilson, "Will Women Judges Really Make a Difference?" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507). Complainants should be able to rely on a system free from myths and stereotypes, and on a judiciary whose impartiality is not compromised by these biased assumptions. The *Code* was amended in 1983 and in 1992 to eradicate reliance on those assumptions; they should not be permitted to resurface through the stereotypes reflected in the reasons of the majority of the Court of Appeal. It is part of the role of this Court to denounce this kind of language, unfortunately still used today, which not only perpetuates archaic myths and stereotypes about the nature of sexual assaults but also ignores the law.

La présente affaire n'a dissipé aucune des craintes que j'ai exprimées dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, sur l'utilisation de mythes et de stéréotypes dans le traitement des plaintes d'agression sexuelle (voir également Bertha Wilson, «Will Women Judges Really Make a Difference?» (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507). Les plaignants devraient être en mesure de compter sur un système libre de mythes et de stéréotypes et sur des juges dont l'impartialité n'est pas compromise par ces suppositions tendancieuses. Le *Code* a été modifié en 1983 et en 1992 pour empêcher qu'on se fonde sur de telles suppositions, qu'il ne faut pas laisser ressurgir par l'effet des stéréotypes que reflètent les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel. Notre Cour a notamment pour rôle de dénoncer ce genre de langage, qui est malheureusement encore utilisé de nos jours et qui non seulement perpétue des mythes et stéréotypes archaïques sur la nature des agressions sexuelles, mais également ne tient pas compte du droit applicable.

96 In "The Standard of Social Justice as a Research Process" (1997), 38 *Can. Psychology* 91, K. E. Renner, C. Alksnis and L. Park make a strong indictment of the current criminal justice process, at p. 100:

> The more general indictment of the current criminal justice process is that the law and legal doctrines concerning sexual assault have acted as the principle [*sic*] systemic mechanisms for invalidating the experiences of women and children. Given this state of affairs, the traditional view of the legal system as neutral, objective and gender-blind is not defensible. Since the system is ineffective in protecting the rights of women and children, it is necessary to re-examine the existing doctrines which reflect the cultural and social limitations that have preserved dominant male interests at the expense of women and children. [Emphasis added.]

Dans «The Standard of Social Justice as a Research Process» (1997), 38 *Can. Psychology* 91, les auteurs K. E. Renner, C. Alksnis et L. Park, critiquent sévèrement le processus de justice criminelle actuel à la p. 100:

> [TRADUCTION] La critique plus générale adressée au processus de justice criminelle actuel est que les règles de droit et les doctrines juridiques concernant l'agression sexuelle ont constitué les principaux mécanismes systémiques de négation des expériences vécues par les femmes et les enfants. Vu cet état de choses, le point de vue traditionnel, qui considère que le système juridique est neutre, objectif et désexualisé, est indéfendable. Comme le système ne parvient pas à protéger efficacement les droits des femmes et des enfants, il est nécessaire de réexaminer les doctrines existantes reflétant les limites culturelles et sociales qui ont préservé les intérêts dominants des hommes au détriment des femmes et des enfants. [Je souligne.]

97 This being said, turning to the facts of the present case, I agree with Major J. that the findings necessary to support a verdict of guilty on the charge of sexual assault have been made. In particular, there is, on the record, no evidence that would give an air of reality to an honest belief in consent for any of the sexual activity which took place in

Ceci dit, en ce qui concerne les faits de la présente affaire je suis d'accord avec le juge Major que les conclusions nécessaires pour étayer un verdict de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle ont été tirées. En particulier, il n'y a au dossier aucun élément de preuve ayant pour effet de conférer vraisemblance à une

this case. One cannot imply that once the complainant does not object to the massage in the context of a job interview, there is "sufficient evidence" to support that the accused could honestly believe he had permission to initiate sexual contact. This would mean that complying to receive a massage is consent to sexual touching. It would reflect the myth that women are presumptively sexually accessible until they resist. McLachlin J. has recognized in *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 82, that reliance on rape myths cannot ground a defence of mistaken belief in consent:

> Care must be taken to avoid the false assumptions or "myths" that may mislead us in determining whether the conduct of the complainant affords a sufficient basis for putting the defence of honest mistake on consent to the jury. One of these is the stereotypical notion that women who resist or say no may in fact be consenting.

Furthermore, I agree with Fraser C.J. at p. 278 that there is no air of reality to a defence of mistaken belief in consent "in the face of the complainant's clearly stated verbal objections".

Moreover, s. 273.2(*b*) precludes the accused from raising the defence of belief in consent if he did not take "reasonable steps" in the circumstances known to him at the time to ascertain that the complainant was consenting. This provision and the defence of honest but mistaken belief were before the trial judge and it should have been given full effect. The trial judge erred in law by not applying s. 273.2(*b*) which was the law of the land at the time of the trial, irrespective of whether the case proceeded on that basis. As stated by McLachlin J. in *Esau*, *supra*, at para. 50, with whom I concurred:

croyance sincère au consentement à l'une ou l'autre des activités sexuelles en cause dans le présent cas. Il n'est pas possible de déduire que, à partir du moment où la plaignante ne s'est pas opposée au massage dans le contexte d'une entrevue d'emploi, il y avait «suffisamment de preuve» pour appuyer la prétention que l'accusé ait pu croire sincèrement qu'il avait la permission d'amorcer le contact sexuel. Ce qui voudrait dire que le fait d'accepter de recevoir un massage équivaut à consentir à des attouchements sexuels. Cela refléterait le mythe selon lequel on peut présumer que les femmes sont toujours disponibles ou consentantes jusqu'à ce qu'elles résistent. Madame le juge McLachlin a reconnu, dans l'arrêt *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, au par. 82, que des mythes sur le viol ne peuvent être invoqués pour fonder une défense de croyance erronée au consentement:

> Il faut prendre soin d'éviter les fausses suppositions ou les «mythes» qui peuvent nous induire en erreur pour déterminer si la conduite de la plaignante constitue un fondement suffisant pour soumettre la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à l'appréciation du jury. L'un de ces mythes est l'idée stéréotypée que la femme qui résiste ou qui dit non peut, en fait, être consentante.

En outre, je suis d'accord avec le juge en chef Fraser, à la p. 278 de ses motifs, que la défense de croyance erronée au consentement n'a aucune vraisemblance [TRADUCTION] «compte tenu des objections verbales clairement exprimées par la plaignante».

98 Qui plus est, l'al. 273.2*b*) empêche l'accusé de soulever la défense de croyance au consentement s'il n'a pas pris de «mesures raisonnables», dans les circonstances qu'il connaissait alors, pour s'assurer du consentement de la plaignante. À l'instar de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, cette disposition avait été invoquée devant le juge du procès, qui aurait dû lui donner plein effet. Ce dernier a commis une erreur de droit en n'appliquant pas l'al. 273.2*b*), qui exprimait le droit applicable au pays au moment du procès, que l'affaire ait été ou non fondée sur cet alinéa. Tel que l'écrit Madame le juge McLachlin dans l'arrêt *Esau*, précité, au par. 50 de ses motifs, auxquels j'ai souscrit:

Major J. [for the majority] does not consider s. 273.2. This may be because it was not argued on the appeal or in the proceedings below. With respect, I do not believe that the force of s. 273.2 may be avoided on that ground. Parliament has spoken. It has set out minimum conditions for the defence of mistaken belief in consent. If those conditions are not met, the defence does not lie.

Le juge Major [pour la majorité] ne tient pas compte de l'art. 273.2. C'est peut-être parce que cette disposition n'a pas été invoquée dans le cadre de l'appel ni en première instance. Il ne me paraît pas possible de se soustraire à la force de l'art. 273.2 pour ce motif. Le législateur s'est exprimé. Il a prévu des conditions minimales pour invoquer la défense de croyance erronée au consentement. Si ces conditions ne sont pas remplies, ce moyen de défense est irrecevable.

99 I agree entirely with Fraser C.J. that, unless and until an accused first takes reasonable steps to assure that there is consent, the defence of honest but mistaken belief does not arise (see *R. v. Daigle*, [1998] 1 S.C.R. 1220; *Esau*, *supra*, *per* McLachlin J. dissenting; and J. McInnes and C. Boyle, "Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341). In this case, the accused proceeded from massaging to sexual contact without making any inquiry as to whether the complainant consented. Obviously, interpreting the fact that the complainant did not refuse the massage to mean that the accused could further his sexual intentions is not a reasonable step. The accused cannot rely on the complainant's silence or ambiguous conduct to initiate sexual contact. Moreover, where a complainant expresses non-consent, the accused has a corresponding escalating obligation to take additional steps to ascertain consent. Here, despite the complainant's repeated verbal objections, the accused did not take any step to ascertain consent, let alone reasonable ones. Instead, he increased the level of his sexual activity. Therefore, pursuant to s. 273.2(*b*) Ewanchuk was barred from relying on a belief in consent.

Je suis entièrement d'accord avec le juge en chef Fraser que la défense de croyance sincère mais erronée ne peut être soulevée que dans les cas où l'accusé a d'abord pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'existence du consentement (voir *R. c. Daigle*, [1998] 1 R.C.S. 1220; *Esau*, précité, motifs de dissidence du juge McLachlin; et J. McInnes et C. Boyle, «Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality» (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341). En l'espèce, l'accusé est passé du massage au contact sexuel sans chercher à savoir si la plaignante y consentait. De toute évidence, déduire du fait que la plaignante n'avait pas refusé le massage qu'elle permettait à l'accusé de donner suite à ses intentions sexuelles n'est pas une mesure raisonnable. L'accusé ne peut pas compter sur le silence ou le comportement ambigu de la plaignante pour entreprendre un contact sexuel. En outre, lorsqu'une plaignante manifeste son absence de consentement, l'accusé a l'obligation correspondante de prendre des mesures supplémentaires pour s'assurer du consentement de la plaignante. En l'espèce, malgré les objections verbales répétées de la plaignante, l'accusé n'a pris aucune mesure pour s'assurer du consentement de cette dernière, encore moins des mesures raisonnables. Au contraire, il a plutôt intensifié son activité sexuelle. Par conséquent, conformément à l'al. 273.2*b*), Ewanchuk n'était pas autorisé à invoquer sa croyance au consentement.

100 Major J., at para. 43, relies on this Court's decision in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, to describe the nature of the defence of honest but mistaken belief. In *Pappajohn*, the majority held that this defence does not need to be based on reasonable grounds as long as it is honestly held. That approach has been modified by the enactment of s. 273.2(*b*) which introduced the "reasonable

Au paragraphe 43 de ses motifs, le juge Major se fonde sur l'arrêt de notre Cour *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, pour décrire la nature de la défense de croyance sincère mais erronée. Dans *Pappajohn*, les juges de la majorité ont statué qu'il n'était pas nécessaire que cette défense soit fondée sur des motifs raisonnables, pourvu que la croyance soit sincère. Cette approche a été modi-

steps" requirement. Therefore, that decision no longer states the law on the question of honest but mistaken belief in consent.

I wish to point out that, on the facts as found at trial, s. 273.1(2) also applies to this case. Coupled with the reasonable steps requirement of s. 273.2(*b*), s. 273.1(2) restricts the circumstances in which an accused could claim that he had a mistaken belief in the complainant's agreement to engage in the impugned sexual activity. Particularly relevant to this case, s. 273.1(2)(*d*) states that no consent is obtained where "the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement . . . ". Here, the complainant clearly expressed her lack of consent by saying "no" three times. The application of that provision acknowledges that when a woman says "no" she is communicating her non-agreement, regardless of what the accused thought it meant, and that her expression has an enforceable legal effect. It precludes the accused from claiming that he thought there was an agreement. That provision was in force at the time of trial and could not be ignored by the trial judge.

Disposition

Like my colleague Major J., I would allow the appeal, enter a conviction and send the matter back to the trial judge for sentencing.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with the reasons of Justice Major. I also agree with Justice L'Heureux-Dubé that stereotypical assumptions lie at the heart of what went wrong in this case. The specious defence of implied consent (consent implied by law), as applied in this case, rests on the assumption that unless a woman protests or resists, she should be "deemed" to consent (see L'Heureux-Dubé J.). On appeal, the idea also surfaced that if a

fiée par la promulgation de l'al. 273.2*b*), qui a introduit la condition relative aux «mesures raisonnables». En conséquence, cet arrêt n'énonce plus le droit applicable sur la question de la croyance sincère mais erronée au consentement.

Je tiens à souligner que, compte tenu des faits tels que prouvés au procès, le par. 273.1(2) s'applique également au présent cas. Conjugué à la condition relative aux mesures raisonnables prévue par l'al. 273.2*b*), le par. 273.1(2) limite le nombre de situations dans lesquelles un accusé peut prétendre avoir cru erronément à l'accord de la plaignante à l'activité sexuelle reprochée. L'alinéa 273.1(2)*d*), qui est particulièrement pertinent en l'espèce, précise qu'il n'y a pas de consentement de la part de la plaignante lorsque celle-ci «manifeste, par ses paroles ou son comportement, [son] absence d'accord . . .». En l'espèce, la plaignante a clairement manifesté son absence de consentement en disant «non» à trois reprises. L'application de cette disposition reconnaît que, lorsqu'une femme dit «non», elle communique son absence de consentement, indépendamment de ce que l'accusé croyait qu'elle signifiait, et que cette manifestation de volonté a un effet juridique contraignant. Elle empêche l'accusé de prétendre qu'il croyait qu'il y avait consentement. Cette disposition était en vigueur au moment du procès et le juge du procès ne pouvait l'ignorer. 101

Dispositif

À l'instar de mon collègue le juge Major, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'inscrire une déclaration de culpabilité et de renvoyer l'affaire au juge du procès pour détermination de la peine. 102

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs du juge Major. Je conviens également avec le juge L'Heureux-Dubé que l'existence de stéréotypes est au cœur même du problème survenu dans la présente affaire. Le moyen de défense spécieux fondé sur le consentement tacite (consentement supposé par la loi), tel qu'il a été appliqué en l'espèce, repose sur la présomption voulant que, à moins qu'elle proteste ou résiste, une femme est «répu- 103

woman is not modestly dressed, she is deemed to consent. Such stereotypical assumptions find their roots in many cultures, including our own. They no longer, however, find a place in Canadian law.

104 I join my colleagues in rejecting them.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

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

Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the Disabled Women's Network Canada: Oleskiw, Anweiler, Toronto; Dale Gibson Associates, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton: Witten, Binder, Edmonton.

tée» consentir (voir les motifs du juge L'Heureux-Dubé). En Cour d'appel, l'idée selon laquelle les femmes qui ne s'habillent pas discrètement sont réputées consentir a également fait surface. De tels stéréotypes sont bien enracinés dans bon nombre de cultures, y compris la nôtre. Ils n'ont cependant plus leur place en droit canadien.

Je m'associe à mes collègues pour les rejeter.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

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

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada: Oleskiw, Anweiler, Toronto; Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton: Witten, Binder, Edmonton.

City of Montreal *Appellant*

and

Communauté urbaine de Montréal *Appellant*

v.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Respondent*

and

Réjeanne Mercier *Mis en cause*

and between

City of Boisbriand *Appellant*

and

Communauté urbaine de Montréal *Appellant*

v.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Respondent*

and

Palmerino Troilo *Mis en cause*

INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) *v.* MONTREAL (CITY); QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) *v.* BOISBRIAND (CITY)

File No.: 26583.

1999: February 24.

Present: Binnie J.

APPLICATION TO VACATE STAY OF EXECUTION

Ville de Montréal *Appelante*

et

Communauté urbaine de Montréal *Appelante*

c.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intimée*

et

Réjeanne Mercier *Mise en cause*

et entre

Ville de Boisbriand *Appelante*

et

Communauté urbaine de Montréal *Appelante*

c.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intimée*

et

Palmerino Troilo *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) *c.* MONTRÉAL (VILLE); QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) *c.* BOISBRIAND (VILLE)

N° du greffe: 26583.

1999: 24 février.

Présent: Le juge Binnie.

DEMANDE D'ANNULATION D'UN SURSIS D'EXÉCUTION

Practice — Supreme Court of Canada — Stay of execution — Stay of proceedings — Tribunal des droits de la personne dismissing complainant's compensation claim — Court of Appeal reversing decision and sending matter back to Tribunal to deal with issue — Supreme Court granting leave to appeal and municipal employer serving notice of appeal before Tribunal could render its decision — Tribunal not prevented from rendering its decision in this case since stay of execution contemplated in s. 65(1) of Supreme Court Act not automatically imposing stay of proceedings — Application for stay of proceedings should be made under s. 65.1(1) of Act and Rule 27 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 65, 65.1 — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 27.

Pratique — Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution — Suspension des procédures — Demande d'indemnisation de la plaignante rejetée par le Tribunal des droits de la personne — Décision infirmée par la Cour d'appel et affaire renvoyée au Tribunal — Autorisation d'appel accordée par la Cour suprême et avis d'appel déposé par l'employeur municipal avant que le Tribunal puisse rendre sa décision — Le Tribunal n'est pas empêché de rendre sa décision en l'espèce parce que le sursis d'exécution prévu à l'art. 65(1) de la Loi sur la Cour suprême n'impose pas automatiquement une suspension des procédures — La suspension des procédures devrait être demandée par requête en vertu de l'art. 65.1(1) de la Loi ou de l'art. 27 des règles de la Cour — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65, 65.1 — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27.

Cases Cited

Referred to: *Industrial Development Bank v. Canadian Plywood Corp.*, [1972] 1 W.W.R. 298; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 367; *Keable v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 135; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *Corner Brook Pulp and Paper Ltd. v. Bowater Inc.* (1989), 246 A.P.R. 353; *R. v. Consolidated Fastfrate Transport Inc.* (1995), 40 C.P.C. (3d) 160.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Industrial Development Bank c. Canadian Plywood Corp.*, [1972] 1 W.W.R. 298; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 367; *Keable c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 135; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Corner Brook Pulp and Paper Ltd. c. Bowater Inc.* (1989), 246 A.P.R. 353; *R. c. Consolidated Fastfrate Transport Inc.* (1995), 40 C.P.C. (3d) 160.

Statutes and Regulations Cited

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 522.1 [ad. 1995, c. 2, s. 8].
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 27.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 65(1), (4) [ad. 1994, c. 44, s. 100], 65.1(1) [repl. *idem*, s. 101], (2) [*idem*], 66 , 67.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 522.1 [aj. 1995, ch. 2, art. 8].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65(1), (4) [aj. 1994, ch. 44, art. 100], 65.1(1) [rempl. *idem*, art. 101], (2) [*idem*], 66, 67.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27.

Authors Cited

Jowitt's Dictionary of English Law, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, "execution".

Doctrine citée

Jowitt's Dictionary of English Law, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, «execution».

APPLICATION to vacate stay of execution. Application dismissed.

DEMANDE d'annulation d'un sursis d'exécution. Demande rejetée.

Written submissions by *Jean-René Maranda*, for the applicant Mercier.

Argumentation écrite par *Jean-René Maranda*, pour la requérante Mercier.

Written submissions by *Diane Lafond*, for the City of Montreal, respondent on the application.

The following is the order delivered by

BINNIE J. — This is an application by Réjeanne Mercier under s. 65(4) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, to vacate a stay of execution which she believes was imposed automatically by s. 65(1) thereof. She is not a party to the appeal in this Court. The respondent here is the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, which has taken up Ms. Mercier's complaint against her employer, the City of Montreal.

The relevant facts are as follows. The applicant Réjeanne Mercier successfully completed a horticulture course, as well as an internship with the Montreal Botanical Garden, during which she carried out duties and responsibilities similar to those attached to the permanent position of gardener. Upon completion of the internship, she applied for the position of gardener with the Botanical Garden. During the hiring process, it was discovered that the applicant suffers slightly from scoliosis, which is a disability affecting the curvature of the spine. Consequently, the City of Montreal rejected her candidature. The applicant Réjeanne Mercier thereupon filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse claiming discrimination by her employer, the City of Montreal.

Subsequently, medical opinions confirmed that her disability would not prevent her from carrying out the duties of the position applied for. The City agreed to hire Ms. Mercier to this position, provided that a settlement was reached with respect to her claim for compensation. No settlement was concluded and the Commission applied to the Tribunal des droits de la personne on behalf of Ms. Mercier for compensation. The Tribunal des droits de la personne concluded, however, that as the applicant's disability did not impose functional limitations, it did not constitute a "handicap" under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Consequently, it dismissed

Argumentation écrite par *Diane Lafond*, pour la ville de Montréal, intimée dans la demande.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE BINNIE — Il s'agit d'une demande présentée par Réjeanne Mercier aux termes du par. 65(4) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, en vue d'obtenir l'annulation d'un sursis d'exécution qui, à son avis, a été automatiquement imposé par le par. 65(1) de cette loi. Elle n'est pas partie au pourvoi devant notre Cour. L'intimée en l'espèce est la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse qui a repris la plainte de Mme Mercier contre son employeur, la ville de Montréal. 1

Les faits pertinents sont les suivants. La requérante Réjeanne Mercier a réussi un cours d'horticulture, ainsi qu'un stage au Jardin botanique de Montréal pendant lequel elle s'est acquittée de devoirs et de responsabilités analogues à ceux d'un poste permanent de jardinier. À la fin de son stage, elle a posé sa candidature à un poste de jardinier au Jardin botanique. Pendant la procédure d'embauche, on a appris que la requérante souffrait d'une légère scoliose, une invalidité tenant à la déviation de la colonne vertébrale. Par conséquent, la ville de Montréal a rejeté sa candidature. La requérante Réjeanne Mercier a alors déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse alléguant la discrimination de la part de son employeur, la ville de Montréal. 2

Par la suite, des opinions médicales ont confirmé que son invalidité ne l'empêcherait pas de s'acquitter des devoirs du poste auquel elle avait posé sa candidature. La ville a accepté d'embaucher Mme Mercier à ce poste, à condition de parvenir à une entente relativement à sa demande d'indemnisation. Aucune entente n'ayant été conclue, la Commission s'est adressée au Tribunal des droits de la personne au nom de Mme Mercier en vue d'obtenir une indemnisation. Le Tribunal des droits de la personne a cependant jugé qu'étant donné que l'invalidité de la requérante n'imposait pas de limitations fonctionnelles, elle ne constituait pas un «handicap» au sens où l'entend la *Charte* 3

the complaint. The Quebec Court of Appeal reversed this decision: [1998] R.J.Q. 688. It found that functional limitations were not necessary to constitute a "handicap" under the Quebec *Charter* and sent the matter back to the Tribunal to deal with the remaining issues according to the corrected view of the law. It is this "corrected view of the law" that forms the subject matter of the appeal in this Court between the municipal employer and the Commission.

4 A companion appeal involves a claim of discrimination on similar grounds by Mr. Palmerino Troilo against the City of Boisbriand. He has not joined in Ms. Mercier's application for relief against the presumed stay of execution. However, Ms. Mercier seeks an order to permit the Tribunal proceedings to continue in both cases.

Brief History of the Stay of Proceedings

5 On March 24, 1998, Forget J.A. of the Court of Appeal dismissed the application of the City of Montreal for an order staying the execution of that court's judgment remitting these cases back to the Tribunal des droits de la personne on the basis that the City intended to apply for leave to appeal to this Court. The motion was brought pursuant to art. 522.1 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. Forget J.A. concluded that the municipal employer had not met the onus laid down in the authorities to obtain a stay of execution.

6 The City's motion for a stay having failed, the hearings thereupon resumed before the Tribunal des droits de la personne pursuant to the original judgment of the Quebec Court of Appeal. The Tribunal reserved its decision on September 11, 1998. Before the Tribunal could render its decision, this Court granted the City leave to appeal on October 8, 1998 and the appellant, the City of Montreal, served its notice of appeal on November 3, 1998.

des droits et libertés de la personne du Québec, L.R.Q., ch. C-12. Par conséquent, il a rejeté la plainte. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision: [1998] R.J.Q. 688. Elle a conclu que la présence de limitations fonctionnelles n'était pas nécessaire pour qu'il y ait un «handicap» au sens de la *Charte* du Québec et elle a renvoyé l'affaire au Tribunal pour qu'il examine les questions non résolues conformément à la perception rectifiée du droit. C'est cette perception rectifiée du droit qui fait l'objet du pourvoi devant notre Cour entre la municipalité employeuse et la Commission.

Un pourvoi connexe vise une plainte de discrimination pour des motifs similaires portée par M. Palmerino Troilo contre la ville de Boisbriand. Il ne s'est pas joint à la demande de Mme Mercier concernant le sursis d'exécution présumé. Toutefois, Mme Mercier cherche à obtenir une ordonnance qui permettrait la reprise des procédures devant le Tribunal dans les deux affaires.

Court historique de la suspension des procédures

Le 24 mars 1998, le juge Forget de la Cour d'appel a rejeté la demande présentée par la ville de Montréal en vue d'obtenir une ordonnance de sursis d'exécution du jugement de cette cour qui renvoyait ces affaires devant le Tribunal des droits de la personne, au motif que la ville avait l'intention de demander une autorisation d'appel devant notre Cour. La requête a été présentée conformément à l'art. 522.1 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Le juge Forget a conclu que la municipalité employeuse n'avait pas réussi à prouver les éléments établis par la jurisprudence pour l'obtention d'un sursis d'exécution.

La requête en sursis de la ville ayant échoué, les audiences ont repris devant le Tribunal des droits de la personne conformément au jugement initial de la Cour d'appel du Québec. Le Tribunal a mis sa décision en délibéré le 11 septembre 1998. Avant que le Tribunal puisse rendre sa décision, notre Cour a accordé l'autorisation d'appel le 8 octobre 1998 et l'appelante, la ville de Montréal, a signifié son avis d'appel le 3 novembre 1998.

At that point all parties apparently concluded that the proceedings before the Tribunal were automatically stayed by reason of s. 65(1) of the *Supreme Court Act*, and that a "stay of execution" prevented the Tribunal from rendering its decision. Section 65(1) of the *Supreme Court Act* reads as follows:

> **65.** (1) On filing and serving the notice of appeal and depositing security as required by section 60, execution shall be stayed in the original cause, except that
>
> (*a*) where the judgment appealed from directs an assignment or delivery of documents or personal property . . .
>
> (*b*) where the judgment appealed from directs the execution of a conveyance or any other instrument . . .
>
> (*c*) where the judgment appealed from directs the sale or delivery of possession of real property or chattels real . . .
>
> (*d*) where the judgment appealed from directs the payment of money . . . . [Emphasis added.]

Acting on her understanding of the words "execution shall be stayed" in s. 65(1), the complainant/applicant next filed a motion pursuant to s. 65(4) of the *Supreme Court Act* before the Quebec Court of Appeal (Chamberland J.A.) to vacate the stay of execution. Her motion to vacate was dismissed on the basis that to allow the proceedings before the Tribunal to continue would impose a complex and costly exercise that would be wasted if this Court should in the end allow the appeal. The complainant/applicant now comes before this Court seeking the same relief.

Analysis

Although the issue is not free from difficulty, I am of the view that the stay of execution contemplated by s. 65(1) of the *Supreme Court Act* does not have the effect of staying the proceedings of the Tribunal in the present case. It is necessary to underline the fact that s. 65(1) deals with the stay of execution of a judgment in appeal. Section 65(1) has to be read with s. 65.1(1), which in the

À ce moment-là, toutes les parties ont apparemment conclu qu'il y avait automatiquement suspension des procédures devant le Tribunal en raison du par. 65(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, et qu'un «sursis d'exécution» empêchait le Tribunal de rendre sa décision. Le paragraphe 65(1) de la *Loi sur la Cour suprême* dit: 7

> **65.** (1) Dès le dépôt du cautionnement et de l'avis d'appel, ainsi que la signification de ce dernier, en conformité avec l'article 60, il est sursis à l'exécution du jugement dans la cause en première instance. Il n'y a toutefois pas sursis:
>
> *a*) dans le cas où le jugement attaqué ordonne la cession ou livraison de documents ou de biens mobiliers . . .
>
> *b*) dans le cas où le jugement attaqué prescrit la souscription d'un acte translatif de propriété ou de tout autre acte . . .
>
> *c*) dans le cas où le jugement attaqué prescrit la vente ou la livraison de biens-fonds ou de biens personnels immobiliers . . .
>
> *d*) dans le cas où le jugement attaqué prescrit le paiement d'une somme . . . [Je souligne.]

Se fondant sur son interprétation des mots «il est sursis à l'exécution», au par. 65(1), la plaignante/requérante a ensuite déposé, conformément au par. 65(4) de la *Loi sur la Cour suprême*, une requête en annulation du sursis d'exécution devant la Cour d'appel du Québec (le juge Chamberland). Sa requête en annulation a été rejetée au motif que la reprise des procédures devant le Tribunal imposerait un exercice complexe et coûteux qui serait inutile si en fin de compte notre Cour accueillait le pourvoi. La plaignante/requérante s'adresse maintenant à notre Cour en vue d'obtenir le même redressement. 8

Analyse

Bien que la question ne soit pas exempte de difficultés, je suis d'avis que le sursis d'exécution visé au par. 65(1) de la *Loi sur la Cour suprême* n'entraîne pas la suspension des procédures devant le Tribunal dans la présente affaire. Il faut souligner que le par. 65(1) traite du sursis d'exécution d'un jugement en appel. Le paragraphe 65(1) doit s'interpréter conjointement avec le par. 65.1(1) 9

English version provides that an application must be made for a stay of proceedings. Although s. 65.1(1) can be invoked at the leave stage, and s. 65(1) cannot, the point is that the *Supreme Court Act* in the English version of the Act clearly draws a distinction between a stay of execution in s. 65(1) and a stay of proceedings in s. 65.1(1). The French version, I should add, creates a measure of uncertainty by using the words "*sursis d'exécution*" in both s. 65(1) and s. 65.1(1). However, as the former grants an automatic stay subject to further order, and the latter provides no stay without an order, I think "*sursis d'exécution*" must be interpreted in the context of the different sections. The distinction drawn in the English version cannot be ignored. I should note, parenthetically, that the distinction between a stay of execution and a stay of proceedings is important in other jurisdictions as well: see, e.g., *Industrial Development Bank v. Canadian Plywood Corp.*, [1972] 1 W.W.R. 298 (B.C.S.C.).

qui, dans sa version anglaise, prévoit qu'une demande doit être présentée pour obtenir une suspension des procédures (*proceedings*). Bien que le par. 65.1(1) puisse être invoqué à l'étape de l'autorisation, et que le par. 65(1) ne puisse pas l'être, ce qui importe c'est que le texte anglais de la *Loi sur la Cour suprême* fait nettement une distinction entre le sursis d'exécution (*stay of execution*), au par. 65(1), et la suspension des procédures (*proceedings*), au par. 65.1(1). Je dois ajouter que le texte français crée quelque incertitude en utilisant l'expression «sursis d'exécution» aux par. 65(1) et 65.1(1). Cependant, puisque le premier accorde un sursis automatique, sauf ordonnance contraire, et que le second ne prévoit aucun sursis sans ordonnance à cet effet, je pense que le sursis d'exécution doit être interprété dans le contexte de chacun des articles. Il faut tenir compte de la distinction qui est faite dans le texte anglais de la Loi. Je voudrais incidemment faire remarquer que la distinction entre un sursis d'exécution et une suspension des procédures est aussi importante dans d'autres juridictions: voir, par exemple, *Industrial Development Bank c. Canadian Plywood Corp.*, [1972] 1 W.W.R. 298 (C.S.C.-B.).

10 This Court has held on a number of occasions that the filing of a notice of appeal to this Court does not result in an automatic suspension of the judgment appealed from. See, for example, *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 367, where Sopinka J. summarized the previous case law at para. 6 as follows:

> An appeal to this Court does not result in a suspension of the judgment appealed from. Although execution of the judgment by a third party is stayed in the circumstances specified in s. 65 (see *Keable v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 135), a party seeking to suspend the operation of the judgment on appeal in other circumstances must resort to s. 65.1 and Rule 27. [Emphasis added.]

Notre Cour a statué, à plusieurs reprises, que le dépôt d'un avis d'appel devant elle ne donne pas lieu automatiquement à la suspension du jugement attaqué. Voir, par exemple, l'arrêt *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 367, dans lequel le juge Sopinka a résumé la jurisprudence antérieure, au par. 6:

> Un pourvoi devant notre Cour n'entraîne pas le sursis d'exécution du jugement qui en fait l'objet. Bien qu'il y ait sursis d'exécution du jugement par un tiers dans les circonstances précisées à l'art. 65 (voir l'arrêt *Keable c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 135), la partie qui veut obtenir, dans d'autres circonstances, la suspension de l'exécution du jugement porté en appel doit recourir à l'art. 65.1 et à la règle 27. [Je souligne.]

11 The reference to the *Keable* case is to the statement of Laskin C.J. at p. 138 wherein the Chief Justice, after a hearing by the full Court, pronounced as follows:

> It is my opinion, in any event, that reliance on s. 70 [now s. 65] of the *Supreme Court Act* as prescribing an

La référence à l'arrêt *Keable* vise la déclaration que le juge en chef Laskin, après une audience de la Cour au complet, a faite à la p. 138:

> Quoi qu'il en soit, j'estime qu'on ne saurait à bon droit prétendre que l'art. 70 [maintenant art. 65] de la

automatic stay of the order of suspension of the Keable Commission proceedings is misconceived. That provision has in view, as the exceptions therein make clear and as is evident from ss. 71 and 72 [now ss. 66 and 67], the intervention, for example, of a sheriff to carry out a direction in implementation of a judgment, where the judgment itself is left unimpaired pending the determination of an appeal to this Court.

Loi sur la Cour suprême prévoit un sursis automatique à l'ordre de suspension des procédures de la Commission Keable. Comme il ressort clairement des exceptions énumérées et des art. 71 et 72 [maintenant art. 66 et 67], l'art. 70 vise l'intervention du shérif, par exemple, pour exécuter un jugement pendant que ce jugement garde son plein effet tant que cette Cour n'a pas statué.

This interpretation of s. 65 was confirmed again by this Court in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, where Sopinka and Cory JJ. stated at pp. 328-29:

Examples of the former [an order arresting execution of the Court's process by a third party], traditionally described as stays of execution, are contained in the subsections of s. 65 of the Act which have been held to be limited to preventing the intervention of a third party such as a sheriff but not the enforcement of an order directed to a party. [Emphasis added.]

12 Cette interprétation de l'art. 65 a été confirmée de nouveau par notre Cour dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, dans lequel les juges Sopinka et Cory déclaraient à la p. 329:

Des exemples des premiers cas [une ordonnance qui sursoit à l'exécution des procédures de la Cour par un tiers], traditionnellement qualifiés de sursis d'exécution, sont prévus à l'art. 65 de la Loi que l'on a interprété comme visant à empêcher l'intervention d'une tierce partie comme un shérif, mais non l'exécution d'une ordonnance visant une partie. [Je souligne.]

The interpretation requiring "intervention of a third party" is admittedly not immediately obvious from the text of s. 65(1) because paras. (*a*) to (*d*) enumerate as exceptions four specified activities required of the unsuccessful party none of which involve the "intervention of a third party" such as the sheriff. The usual inference would be that conduct of the parties not included in the exceptions would be stayed. In para. (*b*), for example, it is provided that where the judgment appealed from directs the execution of a conveyance or other instrument, the execution of the judgment shall not be stayed until the instrument has been executed and deposited with the proper officer of the court appealed from to abide the judgment of the Supreme Court. There would be no need for this "exception" unless the stay imposed by the opening words of s. 65 would otherwise relieve the unsuccessful party (as opposed to a third party such as a sheriff) from executing the instrument. The same observation can be made in relation to paras. (*a*), (*c*) and (*d*). Be that as it may, the "third party intervention" gloss was arrived at in the earlier judgments of this Court by reading s. 65 together with s. 66 (fiat to sheriff when security deposited) and s. 67 (money levied and not paid over before fiat). It was concluded that the entire

13 Il faut reconnaître que l'interprétation exigeant «l'intervention d'une tierce partie» n'est pas tout à fait évidente à partir du libellé du par. 65(1) parce que les al. *a*) à *d*) énumèrent comme exceptions quatre activités précises exigées de la partie qui n'a pas eu gain de cause, dont aucune ne suppose l'«intervention d'une tierce partie» comme un shérif. On pourrait normalement en déduire que les activités des parties non visées par les exceptions feraient l'objet d'un sursis. L'alinéa *b*), par exemple, prévoit qu'il n'y a pas sursis dans le cas où le jugement attaqué prescrit la souscription d'un acte translatif de propriété ou d'un autre acte, tant que l'acte n'a pas été souscrit et déposé auprès du fonctionnaire compétent de la juridiction inférieure, dans l'attente du jugement de la Cour suprême. Cette «exception» n'est pas nécessaire à moins que le sursis imposé par le préambule de l'art. 65 ne dégage d'une autre façon la partie qui n'a pas eu gain de cause (par opposition à une tierce partie comme un shérif) de l'obligation de signer l'acte. On peut faire la même remarque à l'égard des al. *a*), *c*) et *d*). Quoi qu'il en soit, on en est venu à parler de l'«intervention d'une tierce partie» dans les jugements antérieurs de notre Cour en interprétant l'art. 65 en corrélation avec l'art. 66 (ordre de surseoir adressé au shérif) et l'art. 67

group of sections referred to execution in the sense of enforcement action taken by some third party such as the sheriff. The result is that while s. 65(1) must be given effect according to its terms, the section as a whole is to be read restrictively in accordance with the interpretation authoritatively settled by the Court in *Keable*, *supra*, *G. (L.) v. B. (G.)*, *supra*, and *RJR-MacDonald*, *supra*, as previously stated.

(prélèvement d'argent sans versement correspondant). On a conclu que l'ensemble des articles faisait référence à l'exécution dans le sens d'une mesure d'exécution d'un tiers comme le shérif. Il s'ensuit que, tandis que l'on doit donner effet au par. 65(1) selon son libellé, l'article dans son ensemble doit s'interpréter de façon restrictive conformément à l'interprétation péremptoirement donnée par la Cour dans *Keable*, *G. (L.) c. B. (G.)*, et *RJR-MacDonald*, précités, comme je l'ai déjà mentionné.

14 Even a broader reading of s. 65(1), however, would not produce a stay of proceedings before the Tribunal in this case. The Quebec Court of Appeal in its judgment interpreted the applicable law and referred the case back to the Tribunal. No relief was granted against the applicant or the unsuccessful employers. The effect of the judgment was simply to require the Tribunal (and not any of the parties to the appeal) to reconsider its earlier decision on a corrected view of the law.

Cependant, même une interprétation plus large du par. 65(1) ne donnerait pas lieu à une suspension des procédures devant le Tribunal dans la présente affaire. La Cour d'appel du Québec dans son jugement a interprété la loi applicable et a renvoyé l'affaire devant le Tribunal. Aucun redressement n'a été accordé ni contre la requérante, ni contre les employeurs qui n'ont pas eu gain de cause. Le jugement avait simplement pour effet d'exiger que le Tribunal (et non une des parties à l'appel) réexamine sa décision antérieure selon une perception rectifiée du droit.

15 Such a judgment gives rise to a potential stay of proceedings rather than a stay of execution. "Execution" is the key word in s. 65(1). *Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed. 1977), defines "execution" as "the last state of a suit whereby judgment is enforced". This definition was accepted judicially by Gushue J.A. in *Corner Brook Pulp and Paper Ltd. v. Bowater Inc.* (1989), 246 A.P.R. 353 (Nfld. C.A.), at p. 355. Similarly, in *R. v. Consolidated Fastfrate Transport Inc.* (1995), 40 C.P.C. (3d) 160 (Ont. C.A.), Weiler J.A. placed a restricted meaning on the notion of "execution" at p. 199:

Un tel jugement donne lieu à une possibilité de suspension des procédures plutôt qu'à un sursis d'exécution. Le mot «exécution» est le terme clé du par. 65(1). *Jowitt's Dictionary of English Law* (2e éd. 1977), définit l'«exécution» comme la [TRADUCTION] «dernière étape d'une action en justice par laquelle le jugement est mis à effet». Cette définition a été reconnue judiciairement par le juge Gushue dans l'arrêt *Corner Brook Pulp and Paper Ltd. c. Bowater Inc.* (1989), 246 A.P.R. 353 (C.A.T.-N.), à la p. 355. De même, dans l'arrêt *R. c. Consolidated Fastfrate Transport Inc.* (1995), 40 C.P.C. (3d) 160 (C.A. Ont.), le juge Weiler a donné un sens restreint à la notion d'«exécution» à la p. 199:

> Execution . . . refers to the process by which a successful plaintiff may enforce a judgment. It encompasses those remedies available to a creditor after a court has declared that a sum of money is immediately due and owing by a debtor.

> [TRADUCTION] L'exécution [. . .] correspond aux modalités par lesquelles un demandeur qui a gain de cause peut mettre à effet un jugement. Elle s'étend aux recours dont dispose un créancier après qu'un tribunal a déclaré qu'une somme d'argent est immédiatement due par un débiteur.

See also *Industrial Development Bank v. Canadian Plywood Corp.*, *supra*, *per* Seaton J., at p. 301.

It is not necessary for present purposes to define "execution" in the abstract. No doubt the word takes its colour from its surroundings. In light of the specific provision in the English version of s. 65.1(1) for a stay of proceedings, which may be used as an interpretive guide to the French version of the same text, no stay of proceedings is automatically imposed by s. 65(1). If such a stay is desired by a party who has "served and filed a notice of application for leave to appeal" (in this case the employer), it may move under s. 65.1(1) and Rule 27 at any time thereafter (or even beforehand under s. 65.1(2)). The right to apply is not cut off by the granting of leave. Section 65.1(1) does not express any such limitation. Rule 27, which is also not limited as to time, speaks of "execution or other relief against [the] judgment or order" (emphasis added).

In the result, I conclude that there is no stay in effect and there is thus no need for the applicant to seek its dissolution. A stay that does not exist cannot be dissolved. The complainant/applicant therefore loses her motion but obtains her desired relief, which is a ruling that the Tribunal is at liberty to continue with its proceedings.

The motion will therefore be dismissed but, in the circumstances, without costs.

Application dismissed.

Solicitor for the applicant Mercier: Jean-René Maranda, Montréal.

Solicitors for the City of Montreal, respondent on the application: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

Voir également *Industrial Development Bank c. Canadian Plywood Corp.*, précité, le juge Seaton, à la p. 301.

16 Il n'est pas nécessaire aux fins du présent pourvoi de définir «exécution» dans l'abstrait. Il ne fait aucun doute que le sens du mot est influencé par ce qui l'entoure. Toutefois, compte tenu de la mention spécifique de la suspension des procédures dans la version anglaise du par. 65.1(1), mention qui peut guider l'interprétation de la version française du même texte, aucune suspension des procédures n'est imposée automatiquement par le par. 65(1). Si la partie qui a «signifié et déposé l'avis de la demande d'autorisation d'appel» (l'employeur dans la présente affaire) souhaite obtenir une telle suspension, elle peut la demander en vertu du par. 65.1(1) et de la règle 27 en tout temps par la suite (ou même avant en vertu du par. 65.1(2)). Le droit de présenter une demande n'est pas retiré par l'obtention de l'autorisation. Le paragraphe 65.1(1) ne prévoit pas de telle restriction. La règle 27, qui ne prescrit pas de délai non plus, parle de «l'exécution [du] jugement ou de [l']ordonnance ou un autre redressement» (je souligne).

17 Par conséquent, je conclus qu'il n'y a pas de suspension en vigueur et qu'il n'est donc pas nécessaire que la requérante en demande l'annulation. Une suspension qui n'existe pas ne peut pas être annulée. La requête de la plaignante/requérante est par conséquent rejetée, mais elle obtient le redressement souhaité, savoir une décision selon laquelle le Tribunal est libre de reprendre ses procédures.

18 Par conséquent, la requête est rejetée, mais, compte tenu des circonstances, sans dépens.

Demande rejetée.

Procureur de la requérante Mercier: Jean-René Maranda, Montréal.

Procureurs de la ville de Montréal, intimée dans la demande: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1999 Vol. 1

4e cahier, 1999 Vol. 1

Cited as [1999] 1 S.C.R. 565-742

Renvoi [1999] 1 R.C.S. 565-742

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

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, 1999.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
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
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

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, 1999.

CONTENTS

M.J.B. Enterprises Ltd. *v.* Defence Construction (1951) Ltd. **619**

Contracts — Tendering process — Tender documents defining material to be included in valid tender — Privilege clause providing that lowest or any tender would not necessarily be accepted — Lowest bid accepted but that bid not in conformity with tender requirements — Whether inclusion of a "privilege clause" in the tender documents allows the person calling for tenders to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one.

R. *v.* Campbell **565**

Criminal law — Abuse of process — Stay of proceedings — Reverse sting operation involving police "sale" of illegal drugs to drug organization executives — Whether reverse sting operation abuse of process — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985,

Continued on next page

SOMMAIRE

M.J.B. Enterprises Ltd. *c.* Construction de Défense (1951) Ltée **619**

Contrats — Appel d'offres — Matériaux devant être inclus dans une soumission valide définis dans le dossier d'appel d'offres — Clause de réserve portant que la soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission — Soumission la plus basse mais non conforme aux exigences de l'appel d'offres retenue — Inclusion de la «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres permet-elle à la personne qui lance l'appel d'offres d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme?

R. *c.* Campbell **565**

Droit criminel — Abus de procédure — Arrêt des procédures — Opération policière de «vente surveillée» de drogues

Suite à la page suivante

c. N-1, ss. 2 "traffic", 4 — Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041, s. 3(1) — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 37.

Evidence — Privilege — Solicitor-client privilege — Reverse sting operation involving police "sale" of illegal drugs to drug organization executives — RCMP officer consulting Department of Justice lawyer as to legality of planned reverse sting operation — Claim made that reverse sting operation predicated on its being considered legal — Defence wanting to test disclosure of legal advice received by RCMP — Whether communications between RCMP and Department of Justice lawyer should be disclosed.

R. *v.* Gladue **688**

Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Accused sentenced to three years' imprisonment after pleading guilty to manslaughter — No special consideration given by sentencing judge to accused's aboriginal background — Principles governing application of s. 718.2(e) of Criminal Code — Class of aboriginal people coming within scope of provision — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(e).

R. *v.* Monney **652**

Customs and excise — Powers of officers — Search of the person — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether actions of officers authorized by Customs Act — Whether phrase "secreted on or about his person" covers contraband traveller has ingested — Whether detention of accused in "drug loo facility" within scope of permissible activities — Whether customs officers suspected on reasonable grounds that accused had narcotics secreted on or about his person — Whether search conducted within reasonable time after accused's arrival in Canada — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether accused's right to be secure against unreasonable search or seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

Constitutional law — Charter of Rights — Life and security of the person — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether detention of traveller who is believed to have swallowed narcotics must be conducted under medical supervision — Whether accused's right to life and security of the person infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

illégales à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue — L'opération de vente surveillée est-elle un abus de procédure? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «faire le trafic», 4 — Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., ch. 1041, art. 3(1) — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 37.

Preuve — Secret professionnel de l'avocat — Opération policière de vente surveillée de drogues illégales à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue — Consultation d'un avocat du ministère de la Justice par un agent de la GRC au sujet de la légalité de l'opération de vente surveillée projetée — Il est allégué que l'opération de vente surveillée était fondée sur la croyance dans sa légalité — La défense veut vérifier la teneur de l'avis juridique obtenu par la GRC — Les communications entre la GRC et l'avocat du ministère de la Justice doivent-elles être divulguées?

R. *c.* Gladue **688**

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Accusée condamnée à trois ans d'emprisonnement après avoir plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable — Aucune attention particulière accordée aux origines autochtones de l'accusée par le juge de la peine — Principes régissant l'application de l'al. 718.2e) du Code criminel — Catégorie d'autochtones visés par la disposition — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2e).

R. *c.* Monney **652**

Douanes et accise — Pouvoirs des agents — Fouille de la personne — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — Les actes des agents étaient-ils autorisés par la Loi sur les douanes? — L'expression «dissimuler sur elle ou près d'elle» vise-t-elle la contrebande ingérée par les voyageurs? — La détention de l'accusé dans la «salle d'évacuation des drogues» était-elle un acte autorisé? — Les agents des douanes avaient-ils des motifs raisonnables de soupçonner que l'accusé avait de la contrebande dissimulée sur lui ou près de lui — La fouille a-t-elle été effectuée dans un délai justifiable suivant l'arrivée de l'accusé au Canada? — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie et sécurité de la personne — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — La détention d'un voyageur soupçonné d'avoir avalé des stupéfiants doit-elle avoir lieu sous surveillance médicale? — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé à la vie et

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

à la sécurité de sa personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

R.W.S. *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* W.S. (R.)

File No.: 26757.

1999: March 17.

Present: Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Sexual offences — Credibility — Trial judge finding accused's testimony failed to raise reasonable doubt — Accused properly convicted.

Cases Cited

Applied: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1998), 129 Man. R. (2d) 116, 180 W.A.C. 116, [1998] M.J. No. 334 (QL), allowing an appeal from conviction by Steel J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

Gregg Lawlor, for the appellant.

John A. McAmmond, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — We are all in agreement that this appeal must be allowed for the reasons of Kroft J.A., dissenting, in the Court of Appeal (1998), 129 Man. R. (2d) 116. The essence of those reasons is expressed in this paragraph, at pp. 119-20:

In expressing her reasons, [the trial judge] not only indicated that the principles laid down in *R. v. D.W.* [[1991] 1 S.C.R. 742] applied, she carefully explained why she did not believe the accused and why his testimony failed to raise any reasonable doubt. She also

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

R.W.S. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* W.S. (R.)

Nº du greffe: 26757.

1999: 17 mars.

Présents: Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Crédibilité — Conclusion du juge du procès que le témoignage de l'accusé n'a suscité aucun doute raisonnable — Accusé déclaré coupable à bon droit.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1998), 129 Man. R. (2d) 116, 180 W.A.C. 116, [1998] M.J. No. 334 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Steel, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Gregg Lawlor, pour l'appelante.

John A. McAmmond, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous sommes tous d'accord pour dire que le présent pourvoi doit être accueilli pour les motifs exposés par le juge Kroft, dissident en Cour d'appel (1998), 129 Man. R. (2d) 116. On trouve l'essentiel de ses motifs dans le paragraphe suivant, aux pp. 119 et 120: 1

[TRADUCTION] En exposant ses motifs, [le juge du procès] n'a pas seulement indiqué que les principes établis dans *R. c. D.W.* [[1991] 1 R.C.S. 742] s'appliquaient; elle a soigneusement expliqué pourquoi elle ne croyait pas l'accusé et pourquoi son témoignage ne

explained in considerable detail why she found the complainant to be credible, notwithstanding the possible motive on her part to punish her father. Finally, she recognized the necessity that she address all of the evidence when determining whether or not the Crown had proved its case. After going through this exercise in a meaningful way, she declared herself to be satisfied on all counts of the guilt of the accused.

2 In the result, the appeal is allowed, the Order of the Court of Appeal is set aside and the conviction is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Walsh, McKay and Company, Winnipeg.

suscitait aucun doute raisonnable. Elle a également expliqué en détail pourquoi elle avait l'impression que la plaignante était crédible, en dépit de la possibilité qu'elle ait voulu punir son père. Enfin, elle a reconnu qu'il lui fallait examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer si le ministère public avait établi le bien-fondé des accusations portées. Après avoir procédé utilement à cet examen, elle s'est déclarée convaincue de la culpabilité de l'accusé relativement à tous les chefs d'accusation.

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Walsh, McKay and Company, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Sundown *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* SUNDOWN

File No.: 26161.

1998: November 3; 1999: March 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Indians — Treaty rights — Right to hunt and fish — Treaty Indian constructing log cabin in provincial park — Park regulations prohibiting construction of dwelling on park land without permission — Whether cabin reasonably incidental to hunting and fishing rights — If so, whether regulations infringe upon hunting rights — Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, s. 41(2)(j) — Treaty No. 6 — Natural Resources Transfer Agreement, para. 12 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.

The respondent, a member of a Cree First Nation that is a party to Treaty 6, cut down some trees in a provincial park and used them to build a log cabin. The provincial Parks Regulations prohibit the construction of a temporary or permanent dwelling on park land without permission. Pursuant to the provisions of Treaty 6, the respondent is entitled to hunt for food on land that is occupied by the provincial Crown, including the provincial park. He testified that he needed the cabin while hunting, both for shelter and as a place to smoke fish and meat and to skin pelts. Evidence was presented at trial of a long-standing band practice to conduct "expeditionary" hunts in the area now included within the park. In order to carry out these hunts shelters were built at the hunting sites. The shelters were originally moss-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Sundown *Intimé*

et

Le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* SUNDOWN

N° du greffe: 26161.

1998: 3 novembre; 1999: 25 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Indiens — Droits issus de traités — Droit de chasse et de pêche — Construction d'une cabane en rondins dans un parc provincial par un Indien visé par un traité — Dispositions réglementaires interdisant la construction sans permission de toute habitation dans les parcs — La cabane est-elle raisonnablement accessoire aux droits de chasse et de pêche? — Dans l'affirmative, les dispositions réglementaires portent-elles atteinte aux droits de chasse? — Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, art. 41(2)j) — Traité n° 6 — Convention sur le transfert des ressources naturelles, par. 12 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

L'intimé, qui est membre d'une première nation crie ayant adhéré au Traité n° 6, a abattu quelques arbres dans un parc provincial et les a utilisés pour construire une cabane en rondins. Aux termes du règlement provincial sur les parcs, il est interdit de construire sans permission toute habitation temporaire ou permanente dans les parcs. En vertu des dispositions du Traité n° 6, l'intimé a le droit de chasser pour se nourrir sur les terres occupées par Sa Majesté du chef de la province, notamment le parc provincial en question. Il a témoigné avoir besoin de la cabane lorsqu'il chasse, tant pour s'abriter que pour y fumer le poisson et le gibier et pour dépouiller les animaux à fourrure. Au procès, on a présenté des éléments de preuve indiquant que la bande a depuis longtemps pour pratique de mener des «expédi-

covered lean-tos, and later tents and log cabins. In 1930, the Natural Resources Transfer Agreement between the province of Saskatchewan and the federal government modified Treaty 6 by extinguishing the treaty right to hunt commercially but expanding the geographical areas in which Indians have the treaty right to hunt for food. The respondent was convicted of building a permanent dwelling on park land without permission. The summary conviction appeal court quashed the conviction, and the Court of Appeal affirmed that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

A hunting cabin is reasonably incidental to this First Nation's right to hunt in their traditional expeditionary style. This method of hunting is not only traditional but appropriate and shelter is an important component of it. A reasonable person apprised of the traditional expeditionary method of hunting would conclude that for this First Nation the treaty right to hunt encompasses the right to build shelters as a reasonable incident to that right. The small log cabin is an appropriate shelter for expeditionary hunting in today's society.

By building a permanent structure such as a log cabin, the respondent was not asserting a proprietary interest in park land. Treaty rights, like aboriginal rights, must not be interpreted as if they were common law property rights. Any interest in the hunting cabin is a collective right that is derived from the treaty and the traditional expeditionary method of hunting; it belongs to the band as a whole, not to the respondent or any individual band member. Furthermore, there are limitations on permanency implicit within the right itself. First, provincial legislation that relates to conservation and that passes the justificatory standard set out in *Sparrow* could validly restrict the building of hunting cabins. Second, there must be compatibility between the Crown's use of the land and the treaty right claimed. The third limitation on the treaty right to hunt is found in the term of the treaty that restricts the right to hunt to lands not "required or taken up for settlement". Neither the second nor the third limitation applies here. In light of the Crown's concession that the regulations at issue are not related to conservation, the issue of whether they

tions de chasse» dans le secteur faisant maintenant partie du parc. À cette fin, des abris ont été construits dans les territoires de chasse. Il s'agissait au départ d'abris en appentis recouverts de mousse qui ont par la suite été remplacés par des tentes et des cabanes en rondins. En 1930, la Convention sur le transfert des ressources naturelles conclue par la province de la Saskatchewan et le gouvernement fédéral a modifié le Traité nº 6, d'une part en éteignant le droit issu de traité de chasser à des fins commerciales, d'autre part en élargissant les territoires où les Indiens ont le droit — issu de traité — de chasser pour se nourrir. L'intimé a été déclaré coupable d'avoir construit sans permission une habitation permanente dans un parc. La cour d'appel des poursuites sommaires a annulé la déclaration de culpabilité, décision qui a été confirmée par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Une cabane de chasse est raisonnablement accessoire au droit de la première nation en cause de s'adonner à ses expéditions de chasse traditionnelles. Cette méthode de chasse est non seulement traditionnelle mais également appropriée, et l'utilisation d'un abri en est un élément important. Une personne raisonnable et bien informée de la méthode des expéditions de chasse traditionnelles conclurait que, dans le cas de la première nation concernée, le droit de chasse issu du traité emporte, en tant qu'accessoire raisonnable, le droit de construire des abris. La petite cabane en rondins est un abri approprié pour les expéditions de chasse dans la société d'aujourd'hui.

En construisant une structure permanente telle une cabane en rondins, l'intimé ne faisait pas valoir un droit de propriété sur les terres du parc. Tout comme les droits ancestraux, les droits issus de traités ne doivent pas être interprétés comme s'il s'agissait de droits de propriété de common law. Tout droit sur la cabane de chasse est un droit collectif découlant du traité et de la méthode de chasse utilisée, en l'occurrence celle des expéditions de chasse. Ce droit appartient à l'ensemble de la bande et non à l'intimé ou à quelque autre membre particulier de la bande. En outre, le droit lui-même est assorti de restrictions implicites pour ce qui est du caractère permanent de la cabane. Premièrement, une mesure législative provinciale en matière de conservation qui respecterait la norme de justification énoncée dans *Sparrow* pourrait validement restreindre la construction de cabanes de chasse. Deuxièmement, il doit y avoir compatibilité entre l'utilisation que fait Sa Majesté des terres en cause et le droit issu de traité revendiqué. La troisième limite au droit de chasse issu de traité réside dans la clause qui restreint l'exercice du droit de chasse aux terrains non

can be justified under the *Sparrow* test should not be considered in this appeal.

Under s. 88 of the *Indian Act*, all provincial laws of general application apply to Indians subject to "the terms of any treaty". Since the regulations in issue would conflict with Treaty 6, which permits the respondent to build a cabin as an activity reasonably incidental to his right to hunt, they are inapplicable to him under s. 88.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1930 (U.K.), 20 & 21 Geo. 5, c. 26 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 26], s. 1.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.
Natural Resources Transfer Agreement [confirmed by the *Constitution Act, 1930*], para. 12.
Parks Act, S.S. 1986, c. P-1.1, s. 4(4).
Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, ss. 41(1), (2)(j), 59(a).
Treaty No. 6 (1876).

Authors Cited

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, including the negotiations on which they were based, and other information relating thereto.* Facsim. reprint of the 1880 ed. Saskatoon: Fifth House Publishers, 1991.

«requis ou pris pour des fins d'établissement». Ni la deuxième ni la troisième de ces limites ne s'appliquent en l'espèce. Étant donné que le ministère public a concédé que les dispositions réglementaires en litige n'ont pas trait à la conservation, la question de savoir si elles peuvent être justifiées selon le critère établi dans l'arrêt *Sparrow* n'a pas à être examinée dans le présent pourvoi.

Aux termes de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, toutes les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens sous réserve des «dispositions de quelque traité». Étant donné que les dispositions réglementaires en litige seraient incompatibles avec le Traité nº 6, qui permet à l'intimé de construire une cabane puisqu'il s'agit d'une activité raisonnablement accessoire à son droit de chasse, elles sont inapplicables à son égard sous l'effet de l'art. 88.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

Lois et règlements cités

Convention sur le transfert des ressources naturelles [confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*], par. 12.
Loi constitutionnelle de 1930 (R.-U.), 20 & 21 Geo. 5, ch. 26 [reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, nº 26], art. 1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.
Parks Act, S.S. 1986, ch. P-1.1, art. 4(4).
Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, art. 41(1), (2)j), 59a).
Traité nº 6 (1876).

Doctrine citée

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, including the negotiations on which they were based, and other information relating thereto.* Facsim. reprint of the 1880 ed. Saskatoon: Fifth House Publishers, 1991.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [1997] 4 C.N.L.R. 241, [1997] 8 W.W.R. 379, 158 Sask. R. 53, 153 W.A.C. 53, 117 C.C.C. (3d) 140, [1997] S.J. No. 377 (QL), dismissing the Crown's appeal from a decision of the Court of Queen's Bench, [1995] 3 C.N.L.R. 152, [1995] 7 W.W.R. 289, 133 Sask. R. 3, [1995] S.J. No. 303 (QL), quashing the respondent's conviction in Provincial Court, [1994] 2 C.N.L.R. 174, [1993] S.J. No. 702 (QL), for building a permanent dwelling on park land. Appeal dismissed.

P. Mitch McAdam, for the appellant.

James D. Jodouin and *Gary L. Bainbridge*, for the respondent.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Deborah L. Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

1 CORY J. — Like his ancestors John Sundown, a Cree Indian and a member of the Joseph Bighead First Nation, hunted and fished in Meadow Lake Provincial Park. In order to carry out these activities he constructed a log cabin in the Park. This act breached the Park Regulations. On this appeal it must be determined whether the cabin is reasonably incidental to the hunting and fishing rights of this First Nation. If it is, do the Park Regulations infringe upon the hunting rights of this First Nation set out in Treaty No. 6 and modified by the Natural Resources Transfer Agreement (NRTA)?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1997] 4 C.N.L.R. 241, [1997] 8 W.W.R. 379, 158 Sask. R. 53, 153 W.A.C. 53, 117 C.C.C. (3d) 140, [1997] S.J. No. 377 (QL), qui a rejeté l'appel formé par le ministère public contre une décision de la Cour du Banc de la Reine, [1995] 3 C.N.L.R. 152, [1995] 7 W.W.R. 289, 133 Sask. R. 3, [1995] S.J. No. 303 (QL), qui avait annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé prononcée par la Cour provinciale, [1994] 2 C.N.L.R. 174, [1993] S.J. No. 702 (QL), pour construction d'une habitation permanente dans un parc. Pourvoi rejeté.

P. Mitch McAdam, pour l'appelante.

James D. Jodouin et *Gary L. Bainbridge*, pour l'intimé.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — À l'instar de ses ancêtres, John Sundown, Indien cri membre de la première nation de Joseph Bighead, pratique la chasse et la pêche dans le parc provincial Meadow Lake. À cette fin, il y a construit une cabane en rondins, contrevenant ainsi au règlement sur les parcs. Dans le présent pourvoi, il faut décider si la cabane est raisonnablement accessoire aux droits de chasse et de pêche de cette première nation. Dans l'affirmative, il faut ensuite décider si le règlement sur les parcs porte atteinte aux droits de chasse accordés à cette première nation par le Traité nº 6, compte tenu des modifications apportées par la Convention sur le transfert des ressources naturelles (la «Convention»).

I. Factual Background

A. *The Respondent*

The respondent, John Sundown, is a Cree Indian and a member of the Joseph Bighead First Nation, which is a party to Treaty No. 6 by adhesion. In 1992, Mr. Sundown cut down some 25 mature white spruce trees in Meadow Lake Provincial Park and used them to build a one-storey log cabin, approximately 30 feet by 40 feet. *The Parks Regulations, 1991*, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, prohibit both the construction of a temporary or permanent dwelling on park land without permission (s. 41(2)(j)) and the taking or damaging of trees without consent (s. 59(a)).

Pursuant to the provisions of Treaty No. 6, Mr. Sundown is entitled to hunt for food on land that is occupied by the provincial Crown, including Meadow Lake Provincial Park. He testified that he needed the cabin while hunting, both for shelter and as a place to smoke fish and meat and to skin pelts. At trial, evidence was presented of a long-standing Band practice to conduct "expedition hunts" in the area now included within the Park. In order to carry out these hunts shelters were built at the hunting sites. The shelters were originally lean-tos covered with moss. Later they were tents and log cabins.

B. *The History of Treaty No. 6*

Treaty No. 6 reads in part as follows:

Her Majesty further agrees with Her said Indians that they, the said Indians, shall have right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as hereinbefore described, subject to such regulations as may from time to time be made by Her Government of Her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may from time to time be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government.

I. Le contexte factuel

A. *L'intimé*

L'intimé John Sundown est un Indien cri qui appartient à la première nation de Joseph Bighead, laquelle a adhéré au Traité nº 6. En 1992, M. Sundown a abattu, dans le parc provincial Meadow Lake, quelque 25 épinettes blanches matures dont il s'est servi pour construire une cabane de plain-pied en rondins d'environ 30 pieds sur 40 pieds. Le règlement en cause, *The Parks Regulations, 1991*, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, interdit de construire sans permission toute habitation temporaire ou permanente dans les parcs (al. 41(2)j)) et d'enlever ou d'endommager des arbres sans le consentement du ministre (art. 59a)). 2

En vertu des dispositions du Traité nº 6, M. Sundown a le droit de chasser pour se nourrir sur les terres occupées par Sa Majesté du chef de la province, notamment le parc provincial Meadow Lake. Il a témoigné avoir besoin de la cabane lorsqu'il chasse, tant pour s'y abriter que pour y fumer le poisson et le gibier et pour dépouiller les animaux à fourrure. Au procès, on a présenté des éléments de preuve indiquant que la bande a depuis longtemps pour pratique de mener des «expéditions de chasse» dans le secteur faisant maintenant partie du parc. À cette fin, des abris ont été construits dans les territoires de chasse. Au départ, il s'agissait d'abris en appentis recouverts de mousse. Par la suite, ces abris ont été remplacés par des tentes et des cabanes en rondins. 3

B. *L'historique du Traité nº 6*

Le Traité nº 6 prévoit notamment ce qui suit: 4

Sa Majesté, en outre, convient avec les dits Sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse et de la pêche dans l'étendue de pays cédée, tel que ci-dessus décrite, sujets à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement de la Puissance du Canada, et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois ou autres par son dit gouvernement de la Puissance du Canada, ou par aucun de ses sujets y demeurant, et qui seront dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement;

5 Treaty No. 6 is one of 11 numbered treaties concluded between the federal government and various First Nations between 1871 and 1923. They were negotiated with the aim of facilitating European settlement of western Canada. Treaty No. 6, also known as the Treaties at Forts Carlton and Pitt, was signed in 1876 and covered an expanse of 120,000 square miles. The area ceded covered much of central Alberta and Saskatchewan. In exchange for the land, the federal government provided or made a commitment to provide the bands with reserves, schools, annuities, farm equipment, ammunition, and assistance in times of famine or pestilence. Hunting, fishing and trapping rights were also secured to the Indians. Indeed, it is clear from the record of the negotiations that the guarantee of these rights was essential for the First Nations in their acceptance of the treaty. In *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1991 (reprint)), Alexander Morris, the Lieutenant Governor in charge of the negotiations, recorded the following exchange. The Chiefs stated, "We want to be at liberty to hunt on any place as usual" (p. 215). Mr. Morris responded as follows (at p. 218):

> You want to be at liberty to hunt as before. I told you we did not want to take that means of living from you, you have it the same as before, only this, if a man, whether Indian or Half-breed, had a good field of grain, you would not destroy it with your hunt. [Emphasis added.]

6 It is clear from the history of the negotiations between Alexander Morris and the First Nations who signed Treaty No. 6 that the government intended to preserve the traditional Indian way of life. Hunting and fishing were of fundamental importance to that way of life. This was recognized in the treaty negotiations and in the treaties themselves. At p. 193 of *The Treaties of Canada with the Indians*, *supra*, Morris writes:

> I then asked the Bear to tell the other two absent Chiefs, Short Tail and Sagamat, what had been done; that I had written him and them a letter, and sent it by

Le Traité nº 6 est l'un des 11 traités numérotés qui ont été conclus par le gouvernement fédéral et diverses premières nations entre 1871 et 1923. Ils ont été négociés dans le but de faciliter la colonisation de l'Ouest canadien par les Européens. Le Traité nº 6, aussi appelé Traités des forts Carlton et Pitt, a été signé en 1876 et visait un territoire de 120 000 milles carrés. Le territoire cédé correspondait à une grande partie du centre de l'Alberta et de la Saskatchewan. En échange de ce territoire, le gouvernement fédéral s'est engagé à établir des réserves et des écoles, à verser des rentes, à fournir des instruments aratoires et du matériel agricole, des munitions et de l'aide en cas de famine ou de peste. Des droits de chasse, de pêche et de piégeage étaient aussi garantis aux Indiens. De fait, il ressort clairement du compte rendu des négociations que la garantie de ces droits était une condition essentielle de l'acceptation du traité par les premières nations. Dans son ouvrage *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (1991 (réimpression)), Alexander Morris, lieutenant-gouverneur responsable des négociations, a consigné les propos qui suivent. Les chefs ont dit: [TRADUCTION] «Nous voulons êtres libres de chasser n'importe où comme de coutume» (p. 215). Monsieur Morris a répondu ce qui suit (à la p. 218):

> [TRADUCTION] Vous voulez être libres de chasser comme auparavant. Je vous ai dit que nous ne voulons pas vous priver de ce moyen de subsistance; rien n'est changé sauf que, si un homme, qu'il soit Indien ou métis, possède un bon champ de grain, il vous faudra prendre garde de le ravager en chassant. [Je souligne.]

Il ressort clairement de l'historique des négociations entre Alexander Morris et les premières nations signataires du Traité nº 6 que le gouvernement entendait préserver le mode de vie traditionnel des autochtones. La chasse et la pêche avaient une importance fondamentale dans ce mode de vie, fait qui a été reconnu dans les négociations et les traités eux-mêmes. À la page 193 de *The Treaties of Canada with the Indians*, *op. cit.*, Morris écrit ceci:

> [TRADUCTION] J'ai demandé ensuite à Bear de dire aux deux autres chefs absents, Short Tail et Sagamat, ce qui avait été fait, que je lui avais écrit une lettre ainsi

Sweet Grass, and that next year they could join the treaty; with regard to the buffalo, the North-West Council were considering the question, and I again explained that we would not interfere with the Indian's daily life except to assist them in farming. [Emphasis added.]

qu'à eux et l'avais fait remettre par Sweet Grass, et qu'ils pourraient souscrire au traité l'an prochain; quant au bison, le Conseil du Nord-Ouest étudiait la question; j'ai à nouveau expliqué que nous ne nous ingérerions pas dans la vie quotidienne des Indiens, sauf pour les aider à cultiver la terre. [Je souligne.]

The Joseph Bighead First Nation adhered to Treaty No. 6 in 1913. 7

La première nation de Joseph Bighead a adhéré au Traité nº 6 en 1913.

In 1930, Treaty No. 6 was modified by the NRTA, entered into by the province of Saskatchewan and the federal government. Pursuant to s. 1 of the *Constitution Act, 1930*, R.S.C., 1985, App. II, No. 26, it is clear that the NRTA has constitutional status. Paragraph 12 of the NRTA reads as follows: 8

En 1930, le Traité nº 6 a été modifié par la Convention conclue par la province de la Saskatchewan et le gouvernement fédéral. Il ressort clairement de l'article premier de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. (1985), app. II, nº 26, que la Convention est un texte constitutionnel. Le paragraphe 12 de la Convention est ainsi rédigé:

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

In *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, it was held that para. 12 of the Alberta NRTA modified Treaty No. 8 in two ways. It extinguished the treaty right to hunt commercially but expanded the geographical areas in which Indians have the treaty right to hunt for food. At p. 933, *per* Cory J.:

Dans *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, il a été jugé que le par. 12 de la Convention de l'Alberta avait modifié le Traité nº 8 de deux façons. D'une part, il a éteint le droit issu de traité de chasser à des fins commerciales, mais, d'autre part, il a élargi les territoires où les Indiens ont le droit — issu de traité — de chasser pour se nourrir. À la page 933, le juge Cory a dit ceci:

Although the [Natural Resources Transfer] Agreement did take away the right to hunt commercially, the nature of the right to hunt for food was substantially enlarged. The geographical areas in which the Indian people could hunt was widely extended. Further, the means employed by them in hunting for their food was placed beyond the reach of provincial governments. For example, they may hunt deer with night lights and with dogs, methods which are or may be prohibited for others. Nor are the

Quoique la Convention [sur le transfert des ressources naturelles] ait bel et bien supprimé le droit de faire de la chasse commerciale, le droit de chasser pour se nourrir a été sensiblement élargi. Les territoires sur lesquels pouvaient chasser les Indiens ont été considérablement agrandis. En outre, les moyens employés par eux aux fins de la chasse pour se nourrir ont été soustraits à la compétence des gouvernements provinciaux. Il est, par exemple, permis aux Indiens de chasser le chevreuil en se servant d'un faisceau lumineux et de chiens, méthodes qui sont ou peuvent être défendues aux autres.

Indians subject to seasonal limitations as are all other hunters.

C. *The Meadow Lake Provincial Park*

9 Meadow Lake Provincial Park is considered a "natural environment park". Recreational activities pursued within the park are intended to conform with the natural landscape of the park: *The Parks Act*, S.S. 1986, c. P-1.1, s. 4(4). The Park contains many lakes, including Mistohay Lake on which the respondent built the cabin, large tracts of forest and several roads including Provincial Highway 224. There is a cottage subdivision of 200 to 300 cottages. There are as well approximately 15 cottages located outside the subdivision. Some commercial activities are found within its boundaries. They include gas wells, pipeline clearings and a lodge offering accommodation. Finally, there are services to accommodate the park users, including lakeside fuel pumps, picnic and campground areas, landfill sites, boat launches and toilet facilities. This is a large park. Non-aboriginal persons can hunt in the park during the appropriate season. Aboriginal hunters can, as well, exercise their treaty hunting rights within the confines of the park. In short, Meadow Lake Provincial Park is not, as the respondent correctly points out, virgin forest.

D. *The Hunting Methods of the Joseph Bighead First Nation*

10 It is uncontested that the respondent, Mr. Sundown, had the right to hunt in Meadow Lake Provincial Park, as this Park is a "lan[d] to which the said India[n] may have a right of access". In this regard *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, considered the interpretation of para. 13 of Manitoba's NRTA. That paragraph is identical to para. 12 of the Saskatchewan NRTA, the provision pertinent to this case. At p. 460, Dickson J. (as he then was) writing for the Court stated:

Les Indiens ne sont pas non plus soumis aux restrictions saisonnières que se voient imposer tous les autres chasseurs.

C. *Le parc provincial Meadow Lake*

Le parc provincial Meadow Lake est considéré comme un [TRADUCTION] «parc de conservation du milieu naturel». Les activités récréatives exercées dans le parc doivent respecter le paysage naturel: *The Parks Act*, S.S. 1986, ch. P-1.1, par. 4(4). Le parc contient plusieurs lacs, y compris le lac Mistohay, où l'intimé a construit sa cabane, ainsi que de vastes étendues boisées et plusieurs chemins, notamment la route provinciale 224. On y trouve un lotissement comprenant de 200 à 300 chalets. De plus, environ 15 autres chalets ont été construits à l'extérieur de ce lotissement. Certaines activités commerciales sont aussi exercées dans les limites du parc. On y trouve entre autres des puits de gaz, des couloirs de pipeline et un hôtel à pavillons. Finalement, les utilisateurs du parc ont accès à des services tels que des pompes à essence au bord de l'eau, des terrains de pique-nique et de camping, des lieux d'enfouissement, des rampes pour la mise à l'eau des embarcations et des toilettes. C'est un grand parc. Les non-autochtones peuvent y chasser pendant la période prévue. Les chasseurs autochtones peuvent également exercer leurs droits de chasse issus du traité dans les limites du parc. Bref, comme le souligne avec raison l'intimé, le parc provincial Meadow Lake n'est pas une forêt vierge.

D. *Les méthodes de chasse de la première nation de Joseph Bighead*

Il n'est pas contesté que l'intimé M. Sundown avait le droit de chasser dans le parc provincial Meadow Lake, car ce parc fait partie des «terres auxquelles [ledit] Indie[n] peu[t] avoir un droit d'accès». À cet égard le par. 13 de la Convention du Manitoba, qui est identique au par. 12 de la Convention de la Saskatchewan — la disposition pertinente dans le présent pourvoi — a été interprété dans *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451. À la page 460, le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada) a dit ceci, au nom de la Cour:

The Indians' right to hunt for food under para. 13 is paramount and overrides provincial game laws regulating hunting and fishing. The Province may deny access for hunting to Indians and non-Indians alike but if, as in the case at bar, limited hunting is allowed, then under para. 13, non-dangerous . . . hunting for food is permitted to the Indians, regardless of provincial curbs on season, method or limit. [Emphasis added; citation omitted.]

Le droit des Indiens de chasser pour se nourrir aux termes de la clause 13 est prépondérant et surpasse les lois provinciales sur la protection de la faune, qui régissent la chasse et la pêche. La province peut refuser le droit d'accès pour chasser à la fois aux Indiens et aux non-Indiens, mais si, comme en l'espèce, une chasse limitée est permise, alors, aux termes de la clause 13, il est permis aux Indiens de chasser pour se nourrir, pourvu qu'ils le fassent d'une manière non dangereuse [. . .], indépendamment des restrictions provinciales relatives aux saisons, aux méthodes ou à la limite de prise. [Je souligne; référence omise.]

Evidence was adduced at trial which described the traditional methods of hunting of the Joseph Bighead First Nation. This evidence was uncontroverted and appears to have been accepted by the trial judge. It is clear that the traditional method of hunting of the Joseph Bighead First Nation is "expeditionary", a hub-and-spoke style of hunting in which hunters set up a base camp for some extended period of time ranging from overnight to two weeks. Each day they move out from that spot to hunt. They then return to the base camp to smoke fish or game and to prepare hides. Originally these shelters were moss-covered lean-tos and later tents and log cabins. 11

Des éléments de preuve relatifs aux méthodes traditionnelles de chasse de la première nation de Joseph Bighead ont été produits au procès. Cette preuve n'a pas été contredite et semble avoir été acceptée par le juge. De toute évidence, la méthode traditionnelle de chasse de la première nation de Joseph Bighead est l'«expédition de chasse», soit l'établissement d'un camp de base à partir duquel le groupe de chasseurs rayonne pendant une certaine période, qui va d'une nuit à deux semaines. Les chasseurs partent chaque jour de ce camp et y reviennent, après la chasse, pour fumer le poisson ou le gibier, ou pour préparer les peaux. Les abris en appentis recouverts de mousse qu'ils utilisaient à l'origine ont plus tard été remplacés par des tentes et des cabanes en rondins.

E. *The Charges*

E. *Les accusations*

Mr. Sundown was charged with violating the Regulations that prohibit the cutting of trees or the building of cabins without permission from the Minister. He was convicted of both offences in Provincial Court. He appealed his convictions by way of summary conviction appeal to the Court of Queen's Bench. The conviction for building a permanent dwelling on park land (s. 41(2)(j)) was quashed and the conviction for cutting trees (s. 59(a)) was upheld. The Crown appealed the quashed conviction and the respondent appealed the conviction for cutting trees. The Court of Appeal dismissed the Crown appeal and allowed the respondent's appeal from conviction, entering an acquittal instead. Wakeling J.A., in dissent, would have restored the conviction for building a 12

Monsieur Sundown a été accusé d'avoir contrevenu aux dispositions réglementaires qui interdisent d'abattre des arbres et de construire des cabanes sans la permission du ministre. En Cour provinciale, il a été déclaré coupable de ces deux chefs d'accusation. Il a interjeté appel à la Cour du Banc de la Reine de ses déclarations de culpabilité par procédure sommaire. La déclaration de culpabilité visant la construction d'une habitation permanente dans le parc (al. 41(2)j) a été cassée, mais celle visant l'abattage des arbres (art. 59a)) a été confirmée. Le ministère public a interjeté appel de la décision cassant la déclaration de culpabilité et l'intimé a fait de même à l'égard de celle confirmant la déclaration de culpabilité relative à l'abattage des arbres. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public, mais a accueilli celui de l'intimé et inscrit un verdict d'acquittement. Le juge

dwelling and quashed the conviction respecting the trees.

13 The charge of cutting down trees plays no part in this appeal. Mr. Sundown has admitted building a log cabin but claims that he was entitled to do so as it is an essential aspect of his right to hunt granted by Treaty No. 6 as modified by the NRTA.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

14 *Constitution Act, 1982*

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Treaty No. 6

Her Majesty further agrees with Her said Indians that they, the said Indians, shall have right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as hereinbefore described, subject to such regulations as may from time to time be made by Her Government of Her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may from time to time be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government.

Natural Resources Transfer Agreement of 1930 entered into by the Government of Canada and the Province of Saskatchewan

12. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

Wakeling, dissident, aurait rétabli la déclaration de culpabilité à l'égard de l'accusation d'avoir construit une habitation, et cassé celle visant l'abattage des arbres.

L'accusation relative à l'abattage des arbres n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Monsieur Sundown admet avoir construit une cabane en rondins, mais il soutient qu'il avait le droit de le faire, puisqu'il s'agit d'un aspect essentiel du droit de chasse que lui accorde le Traité nº 6 et qui a été modifié par la Convention.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Traité nº 6

Sa Majesté, en outre, convient avec les dits Sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse et de la pêche dans l'étendue de pays cédée, tel que ci-dessus décrite, sujets à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement de la Puissance du Canada, et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois ou autres par son dit gouvernement de la Puissance du Canada, ou par aucun de ses sujets y demeurant, et qui seront dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement;

Convention sur le transfert des ressources naturelles, 1930, conclue entre le gouvernement du Canada et la province de la Saskatchewan

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Indian Act, R.S.C., 1985, c.-I-5

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6

41(1) No person shall:

(a) occupy;

(b) undertake research on;

(c) alter;

(d) use or exploit any resource in, on or under; or

(e) develop;

park land without a disposition.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), no person shall:

. . .

(j) construct or occupy a temporary or permanent dwelling on park land

. . . .

without a disposition or the prior written consent of the minister.

59 No person shall

(a) take, damage or destroy a flower, plant, shrub, tree or any other natural vegetation on park land without the prior written consent of the minister;

III. Prior Judgments

A. *Saskatchewan Provincial Court*, [1994] 2 C.N.L.R. 174

In the opinion of the trial judge the respondent, by permanently occupying a portion of the park,

Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6

[TRADUCTION] **41** (1) Seules les personnes titulaires d'un acte de disposition sont autorisées:

a) à occuper des terres faisant partie d'un parc;

b) à y effectuer des recherches;

c) à les transformer;

d) à utiliser ou à exploiter des ressources s'y trouvant, en surface ou dans le sous-sol;

e) à mettre en valeur de telles terres.

(2) Sans que soit limitée la portée générale du par. (1), seules les personnes qui sont titulaires d'un acte de disposition ou qui ont obtenu au préalable le consentement écrit du ministre peuvent:

. . . .

j) construire ou occuper une habitation temporaire ou permanente dans les terres faisant partie d'un parc.

59 Nul ne peut:

a) enlever, endommager ou détruire quelque fleur, plante, arbuste, arbre ou autre végétal naturel dans les terres faisant partie d'un parc sans avoir au préalable obtenu le consentement écrit du ministre;

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale de la Saskatchewan*, [1994] 2 C.N.L.R. 174

De l'avis du juge du procès, l'intimé a, en occupant en permanence une partie du parc, porté 15

interfered with the rights of other park users and with the natural landscape, and could interfere with other treaty-rights holders who might want to exercise their rights. As well, she found that the respondent could not establish a proprietary right to the land on which the cabin was built. She held that the *Parks Regulations, 1991* were constitutionally valid and applicable to the respondent.

B. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, [1995] 3 C.N.L.R. 152

16 Klebuc J., on the summary conviction appeal, held that the respondent's right to hunt consists of the rights found in Treaty No. 6 that were merged and consolidated in para. 12 of the NRTA.

17 Klebuc J. then considered whether the impeached activities fell within the scope of the respondent's treaty rights. In doing so he reviewed the decision of this Court in *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387. At p. 403 it was held that "the right to hunt to be effective must embody those activities reasonably incidental to the act of hunting itself," such as "travelling with the requisite hunting equipment to the hunting grounds" (*per* Dickson C.J.). Klebuc J. defined the test for ancillary activities as being "whether the activity or equipment is 'reasonably related' and 'reasonably required' having regard to the circumstances" (p. 164). On the facts of this case, he found that the use of the cabin was reasonably related to the act of hunting. He noted that the respondent's permanent home is far from Mistohay Lake, that he had a longstanding practice of hunting at that lake, and that he had previously used a cabin near that location.

18 Klebuc J. then considered whether the respondent's activities prevented the Province from accomplishing its objectives for the park land. He concluded that there was no evidence of a "material incompatibility between the Province's intended use of the lands within the Park and the

atteinte au milieu naturel ainsi qu'aux droits des autres utilisateurs du parc, et il pourrait de ce fait porter atteinte aux droits d'autres titulaires de droits issus de traités qui voudraient les exercer. En outre, la juge a estimé que l'intimé n'avait pu établir l'existence d'un droit de propriété à l'égard des terres sur lesquelles la cabane a été construite, et elle a conclu à la constitutionnalité du *Parks Regulations, 1991* et à son applicabilité à l'intimé.

B. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, [1995] 3 C.N.L.R. 152

Statuant sur l'appel des poursuites sommaires, le juge Klebuc a conclu que le droit de chasse de l'intimé correspondait aux droits énoncés au Traité nº 6 qui ont été unifiés et codifiés au par. 12 de la Convention.

Le juge Klebuc s'est ensuite demandé si les activités reprochées étaient visées par les droits issus de traités de l'intimé. Ce faisant, il a examiné l'arrêt de notre Cour *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387. À la page 403 de cet arrêt, il a été jugé que, «pour être réel, le droit de chasser doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même», par exemple le fait de «se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel de chasse nécessaire» (le juge en chef Dickson). Le juge Klebuc a défini le critère relatif aux activités accessoires comme étant [TRADUCTION] «la question de savoir si l'activité ou le matériel est "raisonnablement lié" et "raisonnablement nécessaire" eu égard aux circonstances» (p. 164). À la lumière des faits de l'espèce, il a conclu que l'utilisation de la cabane était raisonnablement liée à l'acte de chasser. Il a souligné que la demeure permanente de l'intimé était éloignée de Mistohay Lake, que ce dernier pratiquait la chasse depuis longtemps à ce lac et qu'il avait auparavant utilisé une cabane près de cet endroit.

Le juge Klebuc s'est ensuite demandé si les activités de l'intimé empêchaient la province de réaliser ses objectifs en ce qui a trait aux terres du parc. Il a conclu qu'il n'y avait aucun élément de preuve d'une [TRADUCTION] «incompatibilité substantielle entre l'usage auquel la province destine les terres

impeached activities" (p. 166). He therefore allowed the appeal with respect to building the cabin and entered an acquittal, and dismissed the appeal with respect to cutting the trees.

C. *Saskatchewan Court of Appeal*, [1997] 4 C.N.L.R. 241

(1) Vancise J.A. for the majority

The conviction for cutting trees was set aside and an acquittal entered. The parties agreed that the summary conviction appeal judge had erred because the trees had been taken and used by a third party, not the respondent.

Vancise J.A. considered the test set out in *Simon*, *supra*, to determine whether the construction of the cabin was "reasonably incidental" to the constitutionally protected right to hunt. He interpreted Dickson C.J.'s use of the word "incidental" to mean "activities which are reasonably related to the act, of hunting in order to make them effective" (p. 257). He found that the building and use of the cabin were related to hunting for food but that it remained to be determined whether they were also "reasonably incidental" to the constitutionally protected right to hunt.

He acknowledged that a treaty right to hunt could be exercised in a modern form. He observed that the respondent's preferred method of hunting was the expeditionary method which was used by his father and grandfather. The expeditions typically lasted four days to a week with the cabin used as a base camp for shelter and for processing the game. Vancise J.A. held that the use of the cabin was "a means to facilitate and exercise the act of hunting" (p. 258).

He held that the provincial regulations were not applicable to the respondent because their objective, the orderly development of provincial parks, did not justify overriding the respondent's constitutionally protected right to hunt.

du parc et les activités reprochées» (p. 166). Il a donc accueilli l'appel quant à la construction de l'habitation et inscrit un acquittement à cet égard, et il a rejeté l'appel relatif à l'abattage des arbres.

C. *Cour d'appel de la Saskatchewan*, [1997] 4 C.N.L.R. 241

(1) Le juge Vancise pour la majorité

19 La déclaration de culpabilité relative à l'abattage des arbres a été annulée et un acquittement a été inscrit. Les parties ont convenu que le juge d'appel des poursuites sommaires avait commis une erreur étant donné que les arbres avaient été enlevés et utilisés par un tiers, et non par l'intimé.

20 Le juge Vancise a examiné le critère énoncé dans l'arrêt *Simon*, précité, pour décider si la construction de la cabane était «raisonnablement accessoire» au droit de chasse protégé par la Constitution. Il a considéré que le mot «accessoire» employé par le juge Dickson décrivait des [TRADUCTION] «activités qui sont raisonnablement liées à l'acte de chasser pour permettre l'exercice effectif du droit de chasse» (p. 257). Il a conclu que la construction et l'utilisation de la cabane étaient liées à la chasse de subsistance, mais qu'il restait encore à décider si elles étaient «raisonnablement accessoires» au droit de chasse protégé par la Constitution.

21 Il a reconnu qu'un droit de chasse issu de traité pouvait être exercé sous une forme moderne. Il a fait observer que la méthode de chasse préférée de l'intimé était celle des expéditions de chasse, qu'avaient utilisée son père et son grand-père avant lui. Ces expéditions durent généralement de quatre à sept jours et la cabane sert de camp de base pour s'abriter et pour transformer le gibier et le poisson. Le juge Vancise a décidé que l'utilisation de la cabane était [TRADUCTION] «un moyen de faciliter l'exercice de l'acte de chasser» (p. 258).

22 Il a statué que le règlement provincial n'était pas applicable à l'intimé parce que son objectif — la mise en valeur ordonnée des parcs provinciaux — ne justifiait pas la violation du droit de chasse garanti à l'intimé par la Constitution.

(2) Wakeling J.A. in dissent

23 Wakeling J.A. disagreed with the majority's conclusions respecting the use of the cabin and ruled that the building of a shelter was not reasonably incidental to the right to hunt. He was of the view that the respondent had other means of obtaining the customary shelter than by building a permanent cabin and that treaty rights should be balanced with the province's interest in the orderly development of resources. Wakeling J.A. referred to *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, in support of his position that the public interest in the use of park lands had to be taken into consideration. He concluded that the construction of the log cabin was not reasonably incidental to the right to hunt.

IV. Analysis

A. *General Principles of Treaty Interpretation*

24 The principles of interpretation to be followed in considering treaties signed with the First Nations are summarized in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. It was put in this way at para. 41:

> First, it must be remembered that a treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and the various Indian nations. It is an agreement whose nature is sacred. . . . Second, the honour of the Crown is always at stake in its dealing with Indian people. Interpretations of treaties and statutory provisions which have an impact upon treaty or aboriginal rights must be approached in a manner which maintains the integrity of the Crown. It is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises. No appearance of "sharp dealing" will be sanctioned. . . . Third, any ambiguities or doubtful expressions in the wording of the treaty or document must be resolved in favour of the Indians. A corollary to this principle is that any limitations which restrict the rights of Indians under treaties must be narrowly construed. . . . Fourth, the onus of proving that a treaty or aboriginal right has been extinguished lies upon the Crown. There must be "strict proof of the fact of extinguishment" and evidence of a clear and plain intention

(2) Le juge Wakeling, dissident

Le juge Wakeling n'a pas souscrit aux conclusions de la majorité au sujet de l'utilisation de la cabane, et il a jugé que la construction d'un abri n'était pas raisonnablement accessoire au droit de chasse. À son avis, l'intimé disposait d'autres moyens que la construction d'une cabane permanente pour s'abriter selon la coutume, et qu'il fallait mettre en équilibre les droits issus de traités et l'intérêt de la province dans la mise en valeur ordonnée des ressources. Le juge Wakeling a invoqué l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, au soutien de son affirmation que l'intérêt du public en ce qui concerne l'utilisation des terres des parcs devait être pris en considération. Il a conclu que la construction de la cabane en rondins n'était pas raisonnablement accessoire au droit de chasse.

IV. L'analyse

A. *Principes généraux d'interprétation des traités*

Les principes d'interprétation qui doivent être suivis à l'égard des traités signés par les premières nations ont été résumés ainsi dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 41:

> Premièrement, il convient de rappeler qu'un traité est un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées, un accord dont le caractère est sacré. [. . .] Deuxièmement, l'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses. Aucune apparence de «manœuvres malhonnêtes» ne doit être tolérée [. . .] Troisièmement, toute ambiguïté dans le texte du traité ou du document en cause doit profiter aux Indiens. Ce principe a pour corollaire que toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont les Indiens en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. [. . .] Quatrièmement, il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit ancestral ou issu de traité a été éteint. Il faut apporter la «preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction» ainsi que la preuve de l'intention claire et expresse du gouvernement

on the part of the government to extinguish treaty rights. [Citations omitted.]

Treaties may appear to be no more than contracts. Yet they are far more. They are a solemn exchange of promises made by the Crown and various First Nations. They often formed the basis for peace and the expansion of European settlement. In many if not most treaty negotiations, members of the First Nations could not read or write English and relied completely on the oral promises made by the Canadian negotiators. There is a sound historical basis for interpreting treaties in the manner summarized in *Badger*. Anything else would amount to be a denial of fair dealing and justice between the parties.

Treaty rights, like aboriginal rights, are specific and may be exercised exclusively by the First Nation that signed the treaty. The interpretation of each treaty must take into account the First Nation signatory and the circumstances that surrounded the signing of the treaty. Lamer C.J. was careful to stress the specific nature of aboriginal rights in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. At para. 69 he wrote:

The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community. [Emphasis added.]

This principle is equally applicable to treaty rights. Dickson C.J. and La Forest J. also emphasized the specific nature of aboriginal and treaty rights in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, when they discussed the correct test to apply under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. At p. 1111 this appears:

We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially

d'éteindre des droits issus de traité. [Références omises.]

Les traités peuvent sembler n'être que de simples contrats. Pourtant, ils sont bien plus que cela. En effet, ils constatent un échange solennel de promesses entre Sa Majesté et diverses premières nations. Ils ont souvent constitué le fondement de la paix et de l'expansion de la colonisation européenne. Bien souvent, sinon dans la plupart des cas, les membres des premières nations qui participaient à la négociation des traités ne savaient ni lire ni parler l'anglais, et ils se fiaient entièrement aux promesses verbales des négociateurs canadiens. Il existe de solides raisons historiques justifiant d'interpréter les traités de la manière résumée dans l'arrêt *Badger*. Appliquer toute autre méthode équivaudrait à refuser d'assurer l'équité et la justice dans les rapports entre les parties.

Tout comme les droits ancestraux, les droits issus de traités ont un caractère spécifique et ils ne peuvent être exercés que par la première nation signataire du traité en cause. Dans l'interprétation de chaque traité, il faut tenir compte de la situation de la première nation signataire et des circonstances de la signature du traité. Le juge en chef Lamer a pris soin d'insister sur le caractère spécifique des droits ancestraux dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Au paragraphe 69, il a écrit ceci: 25

Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone. [Je souligne.]

Ce principe est également applicable aux droits issus de traités. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont eux aussi souligné le caractère spécifique des droits ancestraux et issus de traités dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, lorsqu'ils ont parlé du critère qui doit être utilisé pour l'application du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à la p. 1111:

Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitu-

in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case. [Emphasis added.]

Thus, in addition to applying the guiding principles of treaty interpretation, it is necessary to take into account the circumstances surrounding the signing of the treaty and the First Nations who later adhered to it. For example, consideration should be given to the evidence as to where the hunting and fishing were done and how the members of the First Nation carried out these activities.

B. *The Nature of the Right to Hunt Under Treaty No. 6*

26 Meadow Lake Provincial Park is Crown land and members of the public can hunt in it during the specified season. The parties agree that Mr. Sundown has the right to hunt in the park. Like other adherents to Treaty No. 6 he is entitled to hunt for food. This he can do at any time so long as he does not endanger others and complies with the appropriate safety regulations and the conservation regulations, which are justifiable under *Sparrow*. See *Sutherland*, *supra*, at p. 460.

27 Both parties submitted that, in order to determine whether the right to shelter is reasonably incidental to the right to hunt, the test set out in *Simon*, *supra*, must be applied. In that case, Mr. Simon was charged under a provincial statute with unlawfully carrying a rifle and shotgun shells. In his defence, he argued that he was immune from prosecution as a result of his treaty right to hunt and the application of s. 88 of the *Indian Act*. Writing for the Court, Dickson C.J. stated at p. 403:

It should be clarified at this point that the right to hunt to be effective must embody those activities reasonably incidental to the act of hunting itself, an example of which is travelling with the requisite hunting equipment to the hunting grounds. [Emphasis added.]

tionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas. [Je souligne.]

Ainsi, en plus d'appliquer les principes directeurs d'interprétation des traités, il est nécessaire de tenir compte des circonstances de la signature du traité et de la situation des premières nations qui y ont adhéré par la suite. Par exemple, il faut prendre en considération la preuve relative aux lieux où la chasse et la pêche étaient pratiquées et aux modalités d'exercice de ces activités par les membres des premières nations concernées.

B. *La nature du droit de chasse prévu au Traité nº 6*

Le parc provincial Meadow Lake est constitué de terres domaniales et le public peut y chasser durant la période prévue. Les parties reconnaissent que M. Sundown a le droit de chasser dans le parc. À l'instar des autres adhérents au Traité nº 6, il a le droit d'y chasser pour se nourrir. Il peut le faire en tout temps, à condition de ne pas mettre la vie d'autrui en danger et de se conformer à la réglementation applicable en matière de sécurité et de conservation, réglementation qui est justifiable suivant l'arrêt *Sparrow*. Voir l'arrêt *Sutherland*, précité, à la p. 460.

Les deux parties ont affirmé que, pour décider si le droit à un abri est raisonnablement accessoire au droit de chasser, il faut appliquer le critère énoncé dans *Simon*, précité. Dans cette affaire, M. Simon avait été inculpé, aux termes d'une loi provinciale, d'avoir transporté illégalement une carabine et des cartouches de fusil. En défense, il a plaidé qu'il bénéficiait de l'immunité en raison de son droit de chasse issu de traité et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. S'exprimant pour la Cour, le juge en chef Dickson a dit ceci, à la p. 403:

Il faudrait préciser à ce stade que, pour être réel, le droit de chasser doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même, par exemple, se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel de chasse nécessaire. [Je souligne.]

How should the term "reasonably incidental" be defined and applied? In my view it should be approached in this manner. Would a reasonable person, fully apprised of the relevant manner of hunting or fishing, consider the activity in question reasonably related to the act of hunting or fishing? It may seem old fashioned to apply a reasonable person test but I believe it is both useful and appropriate.

The reasonable person must be dispassionate and fully apprised of the circumstances of the treaty rights holder. That reasonable person must also be aware of the manner in which the First Nation hunted and fished at the time the treaty was signed. That knowledge must, of course, be placed to some extent in today's context. For example, in the past it was reasonably incidental to hunting rights to carry a quiver of arrows. Today it is reasonably incidental to hunting rights to carry the appropriate box of shotgun shells or rifle cartridges. A form of shelter was always necessary to carry out the expeditionary hunting of the Joseph Bighead First Nation. At the time of the treaty, the shelter may have been a carefully built lean-to. That shelter appropriately evolved to a tent and then a small cabin. Thus, the reasonable person, informed of the manner of hunting at the time of the treaty, can consider it in the light of modern hunting methods and can determine whether the activity in question — the shelter — is reasonably incidental to the right to hunt.

In order to determine what is reasonably incidental to a treaty right to hunt, the reasonable person must examine the historical and contemporary practice of that specific treaty right by the aboriginal group in question to see how the treaty right has been and continues to be exercised. That which is reasonably incidental is something which allows the claimant to exercise the right in the manner

Comment devrait-on définir et appliquer l'expression «raisonnablement accessoire»? À mon avis, il faut répondre à la question suivante. Est-ce qu'une personne raisonnable, bien informée des méthodes de chasse ou de pêche pertinentes, jugerait l'activité en question raisonnablement liée à l'acte de chasser ou de pêcher? Le critère de la personne raisonnable peut peut-être sembler dépassé, mais je crois qu'il est à la fois utile et approprié. 28

La personne raisonnable doit être une personne impartiale et bien informée de la situation du titulaire des droits issus du traité. Cette personne raisonnable doit également être au fait de la manière dont la première nation concernée chassait et pêchait à l'époque de la signature du traité. Évidemment, ces méthodes doivent dans une certaine mesure être considérées sous l'éclairage du contexte moderne. Par exemple, dans le passé, porter un carquois rempli de flèches était une activité raisonnablement accessoire à l'exercice des droits de chasse, alors qu'aujourd'hui il est raisonnablement accessoire de transporter une boîte contenant des cartouches de fusil de chasse ou de carabine appropriées. La première nation de Joseph Bighead a toujours eu besoin d'utiliser des abris d'une forme ou d'une autre dans le cadre de ses expéditions de chasse. À l'époque de la signature du traité, il est possible qu'on ait utilisé des abris en appentis soigneusement construits. Naturellement, cette forme d'abri a ultérieurement fait place à la tente d'abord puis à une petite cabane. En conséquence, la personne raisonnable, informée de la manière dont la chasse était pratiquée à l'époque de la signature du traité peut l'apprécier sous l'éclairage des méthodes de chasse modernes et ainsi déterminer si l'activité en question — l'utilisation d'un abri — est raisonnablement accessoire à l'exercice du droit de chasse. 29

Afin de décider si une activité est raisonnablement accessoire à un droit de chasse issu de traité, la personne raisonnable doit examiner les modalités historiques et contemporaines de pratique de ce droit particulier par le groupe autochtone en question pour déterminer comment le droit a été exercé et continue de l'être. Est raisonnablement accessoire une activité qui permet au demandeur 30

that his or her ancestors did, taking into account acceptable modern developments or unforeseen alterations in the right. The question is whether the activity asserted as being reasonably incidental is in fact incidental to an actually practised treaty right to hunt. The inquiry is largely a factual and historical one. Its focus is not upon the abstract question of whether a particular activity is "essential" in order for hunting to be possible but rather upon the concrete question of whether the activity was understood in the past and is understood today as significantly connected to hunting. Incidental activities are not only those which are essential, or integral, but include, more broadly, activities which are meaningfully related or linked.

d'exercer son droit à la manière de ses ancêtres, compte tenu des méthodes modernes acceptables ou des modifications imprévues du droit en cause. Il faut se demander si l'activité que l'on prétend raisonnablement accessoire est en fait accessoire à un droit de chasse issu de traité vraiment pratiqué. Il s'agit dans une large mesure d'une analyse historique et factuelle. Le point central de cette analyse ne doit pas être la question abstraite de savoir si une activité donnée est «essentielle» pour permettre la pratique de chasse, mais plutôt la question concrète de savoir si, dans le passé, cette activité était considérée comme étant liée de manière appréciable à la chasse et si elle l'est encore aujourd'hui. Sont comprises parmi les activités accessoires non seulement celles qui sont essentielles au droit de chasse ou qui en font partie intégrante, mais aussi, de façon plus générale, celles qui y sont liées ou rattachées de façon significative.

31 It is uncontroverted that the Joseph Bighead First Nation has traditionally hunted in what was described as an expeditionary style. Like the spokes of a wheel the hunters radiate out from the base each day to search for game. The hunt may continue for two weeks. The base provides a place for dressing the game and smoking the fish. Further, it provides the hunters with shelter for the duration of the hunt. Without shelter, expeditionary hunting, the traditional method used by this First Nation, would be impossible. There is no doubt, in the context of this treaty and of this First Nation, that some form of shelter is in fact a necessary part of expeditionary hunting. Accordingly, shelter is also reasonably incidental to this method of hunting.

Il n'est pas contesté que la première nation de Joseph Bighead s'est traditionnellement adonnée à ce qu'on a appelé des expéditions de chasse. Tout comme les rayons d'une roue, les chasseurs partent chaque jour de cette base à la recherche de gibier. La chasse peut durer deux semaines. La base d'opérations sert de lieu où l'on peut dépecer le gibier et fumer le poisson. De plus, elle sert d'abri aux chasseurs pendant la durée de la chasse. Sans abri, les expéditions de chasse — méthode traditionnelle employée par cette première nation — seraient impossibles. Dans le contexte du traité en cause et de la première nation concernée, il ne fait aucun doute que l'utilisation d'une certaine forme d'abri est dans les faits un élément nécessaire des expéditions de chasse. En conséquence, l'utilisation d'un abri est également raisonnablement accessoire à cette méthode de chasse.

32 It was argued that, even if shelter is encompassed by the treaty right to hunt, a permanent structure such as a cabin is not. More will be said on the aspect of permanence later. At this juncture I would simply observe that it has often been observed, most recently in *Van der Peet*, *supra*, that judges must not adopt a "frozen-in-time" approach to aboriginal or treaty rights. The words

On a fait valoir que, même si le droit de chasse issu du traité inclut le droit à un abri, ce n'est pas une structure permanente telle une cabane qui est visée. Cet aspect de permanence sera examiné de manière plus approfondie plus loin. Pour l'instant, je tiens simplement à souligner qu'il a souvent été indiqué, par exemple tout récemment dans *Van der Peet*, précité, que les juges ne doivent pas adopter

of Dickson C.J. and La Forest J. in *Sparrow*, *supra*, at p. 1093 in regard to aboriginal rights apply equally to treaty rights:

> . . . the phrase "existing aboriginal rights" must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. To use Professor Slattery's expression, in "Understanding Aboriginal Rights" [(1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727], at p. 782, the word "existing" suggests that those rights are "affirmed in contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour". Clearly, then, an approach to the constitutional guarantee embodied in s. 35(1) which would incorporate "frozen rights" must be rejected. [Emphasis added.]

A hunting cabin is, in these circumstances, reasonably incidental to this First Nation's right to hunt in their traditional expeditionary style. This method of hunting is not only traditional but appropriate and shelter is an important component of it. Without a shelter, it would be impossible for this First Nation to exercise its traditional method of hunting and their members would be denied their treaty rights to hunt. A reasonable person apprised of the traditional expeditionary method of hunting would conclude that for this First Nation the treaty right to hunt encompasses the right to build shelters as a reasonable incident to that right. The shelter was originally a moss-covered lean-to and then a tent. It has evolved to the small log cabin, which is an appropriate shelter for expeditionary hunting in today's society.

C. *The Issue of Permanency*

The issue of the permanency of the cabin was raised by the Crown in this appeal and was a key point in the dissent of Wakeling J.A. It was argued that, by building a permanent structure such as a log cabin, the respondent was asserting a proprietary interest in park land. For a First Nation member to assert a proprietary right would, it is said, be

une approche «figée dans le temps» à l'égard des droits ancestraux ou issus de traités. Les propos qu'ont formulés le juge en chef Dickson et le juge La Forest dans l'arrêt *Sparrow*, précité, à la p. 1093, à l'égard des droits ancestraux s'appliquent également aux droits issus de traités:

> . . . l'expression «droits ancestraux existants» doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. Pour reprendre l'expression du professeur Slattery, dans «Understanding Aboriginal Rights» [(1987), 66 *R. du B. can.* 727], à la p. 782, le mot «existants» laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives». Il est alors évident qu'il faut rejeter une interprétation de la garantie constitutionnelle énoncée au par. 35(1) qui engloberait des «droits figés». [Je souligne.]

33 Dans les circonstances, une cabane de chasse est raisonnablement accessoire au droit de la première nation en cause de s'adonner à ses expéditions de chasse traditionnelles. Cette méthode de chasse est non seulement traditionnelle mais également appropriée, et l'utilisation d'un abri en est un élément important. Sans abri, il serait impossible pour cette première nation d'utiliser sa méthode de chasse traditionnelle, et ses membres seraient privés de leurs droits de chasse issus du traité. Une personne raisonnable et bien informée de la méthode des expéditions de chasse traditionnelles conclurait que, dans le cas de la première nation concernée, le droit de chasse issu du traité emporte, en tant qu'accessoire raisonnable, le droit de construire des abris. Les abris en appentis recouverts de mousse qui étaient utilisés à l'origine ont ensuite été remplacés par des tentes. Au fil du temps, la tente a fait place à une petite cabane en rondins, qui est un abri approprié pour les expéditions de chasse dans la société d'aujourd'hui.

C. *La question de la permanence*

34 La question de la permanence de la cabane a été soulevée par le ministère public dans le présent pourvoi et a constitué un point clé de la dissidence du juge Wakeling de la Cour d'appel. Il a été plaidé que, en construisant une structure permanente telle une cabane en rondins, l'intimé faisait valoir un droit de propriété sur les terres du parc.

contrary to the essential purpose of the Crown in negotiating the treaty and contrary to its terms.

35 I cannot accept this argument. Treaty rights, like aboriginal rights, must not be interpreted as if they were common law property rights. Chief Justice Dickson and La Forest J. made this point in *Sparrow*, *supra*, at pp. 1111-12:

> Our earlier observations regarding the scope of the aboriginal right to fish are relevant here. Fishing rights are not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group. Courts must be careful, then, to avoid the application of traditional common law concepts of property as they develop their understanding of what the reasons for judgment in *Guerin* [*v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335], at p. 382, referred to as the "*sui generis*" nature of aboriginal rights. [Emphasis added.]

Aboriginal and treaty rights cannot be defined in a manner which would accord with common law concepts of title to land or the right to use another's land. Rather, they are the right of aboriginal people in common with other aboriginal people to participate in certain practices traditionally engaged in by particular aboriginal nations in particular territories.

36 Any interest in the hunting cabin is a collective right that is derived from the treaty and the traditional expeditionary method of hunting. It belongs to the Band as a whole and not to Mr. Sundown or any individual member of the Joseph Bighead First Nation. It would not be possible, for example, for Mr. Sundown to exclude other members of this First Nation who have the same treaty right to hunt in Meadow Lake Provincial Park.

37 Furthermore there are limitations on permanency implicit within the right itself. Three such

La revendication d'un droit de propriété par un membre d'une première nation serait, affirme-t-on, contraire à l'objectif essentiel que poursuivait Sa Majesté en négociant le traité et également contraire aux dispositions de celui-ci.

Je ne peux accepter cet argument. Tout comme les droits ancestraux, les droits issus de traités ne doivent pas être interprétés comme s'il s'agissait de droits de propriété de common law. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont souligné ce point dans l'arrêt *Sparrow*, précité, aux pp. 1111 et 1112:

> Nos observations précédentes concernant la portée du droit de pêche ancestral sont pertinentes à ce propos. Les droits de pêche ne sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. Les tribunaux doivent donc prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law en tentant de saisir ce qu'on appelle, dans les motifs de jugement de l'affaire *Guerin* [*c. La Reine* [1984] 2 R.C.S. 335], à la p. 382, la nature «*sui generis*» des droits ancestraux. [Je souligne.]

Les droits ancestraux ou issus de traités ne peuvent pas être définis d'une manière conforme aux notions de titre foncier ou de droit d'usage du fonds d'autrui reconnues en common law. Ils correspondent plutôt au droit que partagent des autochtones de participer à certaines pratiques auxquelles s'adonnent traditionnellement des nations autochtones déterminées dans des territoires donnés.

Tout droit sur la cabane de chasse est un droit collectif découlant du traité et de la méthode de chasse traditionnelle utilisée, en l'occurrence celle des expéditions de chasse. Ce droit appartient à l'ensemble de la bande et non à M. Sundown ou à quelque autre membre particulier de la première nation de Joseph Bighead. Par exemple, M. Sundown ne pourrait pas interdire l'accès à la cabane aux autres membres de cette première nation qui jouissent du même droit de chasse issu de traité dans le parc provincial Meadow Lake.

En outre, le droit lui-même est assorti de restrictions implicites pour ce qui est du caractère perma-

limitations were properly conceded by the respondent.

First, provincial legislation that relates to conservation and that passes the justificatory standard set out in *Sparrow*, *supra*, at pp. 1111-13, could validly restrict the building of hunting cabins. *Badger*, *supra*, specifically considered the ability of the Alberta government to legislate pursuant to the provisions of para. 12 of its NRTA which is identical to para. 12 of the Saskatchewan NRTA. *Badger* held that both Treaty No. 8 and the NRTA specifically provided that hunting rights would be subject to regulation pertaining to conservation. It was put in these words at para. 70:

> [B]y the terms of both the Treaty and the *NRTA*, provincial game laws would be applicable to Indians so long as they were aimed at conserving the supply of game. However, the provincial government's regulatory authority under the Treaty and the *NRTA* did not extend beyond the realm of conservation. [Emphasis added.]

Thus, provincial laws that pertain to conservation could properly restrict treaty rights to hunt provided they could be justified under *Sparrow*. In many, if not most, situations, the conservation of fish and game requires the preservation of their habitat.

The second limitation on permanency is that imposed by the requirement that there be compatibility between the Crown's use of the land and the treaty right claimed. See *Sioui*, *supra*. In *Sioui*, a group of Huron argued that they had a treaty right to perform religious rites within the Jacques Cartier Park. These rites included cutting down branches, camping and making fires, contrary to provincial regulations. The Crown contended in response, *inter alia*, that the territorial scope of the treaty did not include the park. To decide the case it was necessary to determine the scope of the territory the parties to the treaty had intended to come

nent de la cabane. L'intimé a avec raison concédé l'existence de trois limites de ce genre.

Premièrement, une mesure législative provinciale en matière de conservation qui respecterait la norme de justification énoncée dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1111 à 1113, pourrait validement restreindre la construction de cabanes de chasse. Dans *Badger*, précité, la Cour a précisément examiné le pouvoir de légiférer du gouvernement de l'Alberta visé par les dispositions du par. 12 de la Convention conclue par cette province, paragraphe identique au par. 12 de la Convention de la Saskatchewan. Dans *Badger*, il a été jugé que tant le Traité nº 8 que la Convention indiquaient expressément que les droits de chasse seraient réglementés à des fins de conservation. Voici comment cette conclusion a été énoncée, au par. 70: 38

> [S]uivant les termes du Traité et de la *Convention*, les lois provinciales relatives à la protection de la faune s'appliquaient aux Indiens, dans la mesure où elles visaient à assurer l'approvisionnement en gibier. Toutefois, le gouvernement provincial n'avait pas, en vertu du Traité et de la *Convention*, le pouvoir de réglementer autre chose que la conservation. [Je souligne.]

Par conséquent, les lois provinciales en matière de conservation peuvent à bon droit restreindre des droits de chasse issus de traités si elles peuvent être justifiées conformément à l'arrêt *Sparrow*. Bien souvent, sinon dans la plupart des cas, la conservation du poisson et du gibier exige que l'on préserve leur habitat. Il s'ensuit qu'il faut définir largement la notion de «conservation».

La deuxième limite à la permanence est celle imposée par l'obligation de compatibilité entre l'utilisation que fait Sa Majesté des terres en cause et le droit issu de traité revendiqué. Voir *Sioui*, précité. Dans cet arrêt, un groupe de Hurons affirmaient posséder un droit issu de traité leur permettant de pratiquer des rites religieux dans le Parc de la Jacques-Cartier. Ces rites comportaient le fait de couper des branches, de camper et de faire des feux, activités contraires aux dispositions du règlement provincial. Un des arguments qui a été plaidés en réponse par le ministère public était que la portée territoriale du traité ne s'étendait pas au 39

within its purview. That is to say, exactly where could the Huron practise their religion?

40 Lamer J. (as he then was), for the Court, answered this question in this way at p. 1070:

> The interpretation which I think is called for when we give the historical context its full meaning is that Murray and the Hurons contemplated that the rights guaranteed by the treaty could be exercised over the entire territory frequented by the Hurons at the time, so long as the carrying on of the customs and rites is not incompatible with the particular use made by the Crown of this territory. [Emphasis added.]

He went on to say at p. 1071:

> Accordingly, I conclude that in view of the absence of any express mention of the territorial scope of the treaty, it has to be assumed that the parties to the treaty of September 5 intended to reconcile the Hurons' need to protect the exercise of their customs and the desire of the British conquerors to expand. Protecting the exercise of the customs in all parts of the territory frequented when it is not incompatible with its occupancy is in my opinion the most reasonable way of reconciling the competing interests. [Emphasis added.]

Moreover, at p. 1073, "[f]or the exercise of rites and customs to be incompatible with the occupancy of the park by the Crown, it must not only be contrary to the purpose underlying that occupancy, it must prevent the realization of that purpose" (emphasis added).

41 Thus, if the exercise of the respondent's hunting right were wholly incompatible with the Crown's use of the land, hunting would be disallowed and any rights in the hunting cabin would be extinguished. For example, if the park were turned into a game preserve and all hunting was prohibited, the treaty right to hunt might be entirely incompatible with the Crown's use of the land. See in this respect *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (Sask. C.A.). This position accords as well with *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, which held that there was no inconsistency in principle between a treaty right to hunt and the statutory requirement

parc. Pour trancher l'affaire, il fallait déterminer quel était le territoire que les parties au traité avaient voulu assujettir à son application. En d'autres mots, où exactement les Hurons pouvaient-ils pratiquer leur religion?

Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), s'exprimant pour la Cour, a répondu ainsi à cette question, à la p. 1070:

> L'interprétation qui selon moi s'impose lorsqu'on donne toute son importance au contexte historique, c'est que Murray et les Hurons envisageaient que les droits garantis par le traité pourraient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons à l'époque en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire. [Je souligne.]

Il a poursuivi ainsi, à la p. 1071:

> Je conclus donc que vu l'absence d'indication expresse de la portée territoriale du traité, il faut tenir pour acquis que les parties au traité du 5 septembre entendaient concilier le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes et le désir d'expansion du conquérant britannique. Que l'exercice des coutumes soit protégé sur toutes les parties du territoire fréquenté lorsqu'il n'est pas incompatible avec son occupation est, à mon avis, la façon la plus raisonnable de concilier les intérêts en jeu. [Je souligne.]

Il a ajouté ceci, à la p. 1073, «[p]our que l'exercice des rites et des coutumes soit incompatible avec l'occupation que la Couronne fait du Parc, il faudrait non seulement qu'il soit contraire à l'objectif qui sous-tend l'occupation, mais encore qu'il en empêche la réalisation» (je souligne).

Par conséquent, si l'exercice du droit de chasse de l'intimé était tout à fait incompatible avec l'utilisation que Sa Majesté fait des terres, la chasse ne serait pas permise et tout droit relatif à la cabane de chasse serait éteint. Par exemple, si le parc était transformé en réserve de gibier et que la chasse y était interdite, le droit de chasse issu de traité pourrait être tout à fait incompatible avec l'utilisation que Sa Majesté fait des terres. Voir, à cet égard, *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.). Cette position concorde également avec l'arrêt *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, dans lequel il a été jugé qu'il n'y avait, en principe, aucune incompati-

that the right be exercised in a manner that ensured the safety of the hunter and of others.

bilité entre un droit de chasse issu de traité et l'obligation que faisait la loi que ce droit soit exercé d'une manière qui ne compromette pas la sécurité du chasseur lui-même et celle d'autrui.

The third limitation on the treaty right to hunt is found in the term of the treaty that restricts the right to hunt to lands not "required or taken up for settlement". This is in essence a subset of the second limitation since by definition the use of lands taken up for settlement is a Crown use of land wholly incompatible with the right to hunt. Thus, if the park lands were to be converted into lands used for settlement, any rights in a hunting cabin would disappear if it was found that the right to hunt itself had been extinguished.

42 La troisième limite au droit de chasse issu du traité réside dans la clause qui restreint l'exercice du droit de chasse aux terrains non «requis ou pris pour des fins d'établissement». Il s'agit essentiellement d'un sous-ensemble de la deuxième limite puisque, par définition, la prise de terres pour des fins d'établissement est une utilisation de terres par Sa Majesté tout à fait incompatible avec l'exercice du droit de chasse. En conséquence, si les terres du parc étaient transformées en terres destinées à l'établissement, tous les droits sur une cabane de chasse cesseraient d'exister s'il était jugé que le droit de chasse lui-même a été éteint.

Neither the second nor the third of these three limitations applies in the case at bar to limit the rights of the respondent to hunt or to build a shelter to facilitate that hunt. Meadow Lake Provincial Park is not virgin forest. It currently contains many cabins, as well as numerous facilities to assist park users, including boat launches, picnic areas and gas stations. It is clear that the Crown's use of the land is not wholly incompatible with the respondent's right to hunt. In other words, the respondent's right to hunt does not prevent the realization of the Crown's purpose. Neither have the park lands been taken up for settlement. It remains to be seen whether the regulation in issue is related to conservation and was therefore contemplated by the treaty. If it was, the question then becomes whether it can be justified under the *Sparrow* test.

43 Ni la deuxième ni la troisième de ces trois limites ne s'appliquent en l'espèce, et elles n'ont donc pour effet de restreindre le droit de chasse de l'intimé ou son droit de construire un abri pour faciliter ses activités de chasse. Le parc provincial Meadow Lake n'est pas une forêt vierge. Il renferme actuellement de nombreuses cabanes, ainsi qu'un grand nombre d'installations destinées à aider les utilisateurs du parc, notamment des rampes pour la mise à l'eau des embarcations, des terrains de pique-nique et des stations-service. De toute évidence, l'utilisation que fait Sa Majesté du parc n'est pas tout à fait incompatible avec le droit de chasse de l'intimé. Autrement dit, le droit de chasse de l'intimé n'empêche pas la réalisation de l'objectif de Sa Majesté. Les terres du parc n'ont pas non plus été prises pour des fins d'établissement. Il reste à décider si le texte réglementaire en litige a trait à la conservation et est donc visé par le traité. Dans l'affirmative, il faut alors se demander s'il peut être justifié selon le critère établi dans l'arrêt *Sparrow*.

D. *The Regulation at Issue*

D. *Le texte réglementaire en litige*

For ease of reference, I repeat the regulation under which the respondent was charged:

44 Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau le texte réglementaire en vertu duquel l'intimé a été inculpé:

41(1) No person shall:

(a) occupy;

(b) undertake research on;

(c) alter;

(d) use or exploit any resource in, on or under; or

(e) develop;

park land without a disposition.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), no person shall:

. . .

(j) construct or occupy a temporary or permanent dwelling on park land

. . .

without a disposition or the prior written consent of the minister.

These regulations prohibit the construction of either a temporary or permanent structure without the written permission of the minister.

45 The Crown has expressly disavowed the idea that these regulations are related to an overall scheme of conservation. In its factum, the Crown wrote, "These regulations are unrelated to the conservation of fish, fur bearing animals and big game and, therefore, consideration of the various conservation schemes that are in place in the Park is unnecessary." It is possible that the Crown may be employing an unnecessarily restrictive definition of conservation. These regulations appear to have some environmental concerns. For example, a requirement that cabins be built at least 150 feet away from the shore may be concerned with possible pollution of the lake, the erosion of the shoreline and the effects of that erosion on water quality. It may well be that the conservation laws discussed in *Badger* should be construed generously to refer not only to the conservation of game and fish but also to the environment they inhabit. Legislation aimed at preserving habitat and biodiversity, the water quality of ground water and

[TRADUCTION] **41**(1) Seules les personnes titulaires d'un acte de disposition sont autorisées:

a) à occuper des terres faisant partie d'un parc;

b) à y effectuer des recherches;

c) à les transformer;

d) à utiliser ou à exploiter des ressources s'y trouvant, en surface ou dans le sous-sol;

e) à mettre en valeur de telles terres.

(2) Sans que soit limitée la portée générale du par. (1), seules les personnes qui sont titulaires d'un acte de disposition ou qui ont obtenu au préalable le consentement écrit du ministre peuvent:

. . .

j) construire ou occuper une habitation temporaire ou permanente dans les terres faisant partie d'un parc.

Ces dispositions réglementaires interdisent la construction de toute structure — temporaire ou permanente — sans la permission écrite du ministre.

Le ministère public a expressément rejeté l'idée selon laquelle ces dispositions réglementaires seraient liées à un mécanisme général de conservation. Dans son mémoire, il a écrit: [TRADUCTION] «Ces dispositions réglementaires ne se rapportent aucunement à la conservation du poisson, des animaux à fourrure et du gros gibier, et, en conséquence, il n'est pas nécessaire de prendre en considération les divers mécanismes de conservation en place dans le parc.» Il est possible que le ministère public applique une définition inutilement limitative de la notion de conservation. Les dispositions réglementaires semblent avoir certains aspects environnementaux. Par exemple, l'obligation de construire les cabanes à au moins 150 pieds des berges du lac visent peut-être à parer aux risques de pollution du lac, ainsi qu'à l'érosion des berges et aux effets de l'érosion sur la qualité de l'eau. Il est bien possible que les mesures législatives en matière de conservation évoquées dans Badger doivent être interprétées généreusement et qu'elles

of lakes, rivers and streams, topsoil conservancy and the prevention of erosion may be laws in relation to conservation. However, in light of the Crown's concession, this issue should not be considered in this appeal.

This is not to foreclose the possibility that the Crown could, in properly drafted regulations, reasonably limit the hunting rights of Treaty No. 6 adherents. Regulations clearly aimed at conservation that carefully consider the treaty rights of the respondent and others in his position may very well pass the *Sparrow* justification test. However, both the purpose of the regulations and the accommodation of the treaty rights in issue would have to be clear from the wording of the legislation. It would not be sufficient for the Crown to simply assert that the regulations are "necessary" for conservation. Evidence on this issue would have to be adduced. The Crown would also have to demonstrate that the legislation does not unduly impair treaty rights. The solemn promises of the treaty must be fairly interpreted and the honour of the Crown upheld. Treaty rights must not be lightly infringed. Clear evidence of justification would be required before that infringement could be accepted.

Section 88 of the *Indian Act*

Section 88 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, reads as follows:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision

ne visent pas uniquement la conservation du gibier et du poisson mais également la protection de leur habitat. Les textes de loi visant la préservation de l'habitat, de la biodiversité ou de la qualité de l'eau de la nappe souterraine et des lacs, rivières et ruisseaux, la conservation du sol arable ou la prévention de l'érosion peuvent constituer des mesures législatives en matière de conservation. Toutefois, à la lumière des concessions faites par le ministère public, cette question n'a pas à être examinée dans le présent pourvoi.

Cela ne signifie toutefois pas que Sa Majesté ne pourrait pas, au moyen d'un règlement convenablement rédigé, restreindre raisonnablement les droits de chasse des adhérents au Traité nº 6. Un règlement qui aurait clairement pour objet la conservation et tiendrait soigneusement compte des droits issus de traités de l'intimé et d'autres personnes dans la même situation pourrait très bien satisfaire au critère de justification établi dans *Sparrow*. Toutefois, tant l'objet du règlement que la conciliation de cet objet avec les droits issus de traité en cause devraient ressortir clairement du libellé du texte de loi. Le ministère public ne pourrait se contenter d'affirmer que les dispositions réglementaires sont «nécessaires» à des fins de conservation. Il faudrait produire des éléments de preuve sur ce point. Le ministère public devrait aussi démontrer que le texte de loi ne porte pas atteinte indûment à des droits issus de traité. Les promesses solennelles inscrites dans le traité doivent être interprétées avec équité et l'honneur de la Couronne doit être soutenu. Les droits issus de traités ne doivent pas être enfreints à la légère. Il faudrait une preuve de justification claire pour qu'une atteinte puisse être acceptée.

46

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, est ainsi rédigé:

47

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et

for any matter for which provision is made by or under this Act.

The regulations in issue are provincial laws of general application that, if they were to apply to Mr. Sundown, would conflict with the treaty. Accordingly, they must give way to "the terms of any treaty". The rights of Mr. Sundown under Treaty No. 6 permit him to build a cabin as a reasonably incidental activity to his right to hunt. Thus, the regulations are inapplicable to him under s. 88. See, for example, *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309.

48 The Crown argued, not in its factum but briefly in its oral submissions, that "an implicit justification requirement" can be found in s. 88. The Chief Justice raised this same issue in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 87, without resolving it. He stated, "I know of no case which has authoritatively discounted the potential existence of an implicit justification stage under s. 88" (emphasis in original). In the absence of any significant argument on this issue, it is not appropriate to consider it, important as it may be.

49 In the result, I would dismiss the appeal.

50 A constitutional question was stated. It read:

Question: Are ss. 41(2)(j) and 59(a) of *The Parks Regulations, 1991*, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, constitutionally inapplicable to the respondent by virtue of his treaty right to hunt as recognized by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*?

Answer: As this appeal was resolved without reference to the *Constitution Act, 1982*, this question need not be answered.

Appeal dismissed.

sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Les dispositions réglementaires en litige sont des lois provinciales d'application générale qui, si elles étaient applicables à M. Sundown, seraient incompatibles avec le traité. Par conséquent, elles doivent céder le pas aux «dispositions de quelque traité». En vertu des droits que lui reconnaît le Traité nº 6, M. Sundown peut construire une cabane, puisqu'il s'agit d'une activité raisonnablement accessoire à son droit de chasse. En conséquence, les dispositions réglementaires en litige sont inapplicables à son égard sous l'effet de l'art. 88. Voir, par exemple, *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309.

Le ministère public a prétendu, non pas dans son mémoire mais brièvement dans ses plaidoiries, que l'art. 88 comporte [TRADUCTION] «une obligation implicite de justification». Le Juge en chef a fait état de cette question dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, au par. 87, sans toutefois y répondre. Il a déclaré ceci: «Je ne connais pas de décision faisant autorité qui aurait écarté l'existence possible d'une étape implicite de justification dans l'application de l'art. 88» (souligné dans l'original). En l'absence d'argumentation approfondie sur cette question, il ne convient pas de l'examiner, aussi importante soit-elle.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

La question constitutionnelle suivante a été formulée:

Question: Les alinéas 41(2)j) et 59a) de *The Parks Regulations, 1991*, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, sont-ils inapplicables à l'intimé sur le plan constitutionnel en vertu du droit de chasse issu de traités qui lui est reconnu par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Comme le présent pourvoi a été tranché sans référence à la *Loi constitutionnelle de 1982*, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté.

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

Solicitors for the respondent: Woloshyn Mattison, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: René Morin, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Robert J. Normey, Edmonton.

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

Procureurs de l'intimé: Woloshyn Mattison, Saskatoon.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: René Morin, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Robert J. Normey, Edmonton.

Sharon Marie Bracklow *Appellant*

v.

Frank Patrick Bracklow *Respondent*

INDEXED AS: BRACKLOW *v.* BRACKLOW

File No.: 26178.

1998: November 6; 1999: March 25.

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

Family law — Spousal support — Parties living together for seven years including three years of marriage — Wife having various health problems from beginning of relationship and becoming disabled and unable to work and support herself — Whether disabled spouse entitled to spousal support — Obligation owed by healthy spouse to sick one when marriage collapses — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 89, 93(2) — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2(1), (4), (6).

The parties were married in December 1989 after living together for four years. During the first two years of their relationship, the appellant paid two-thirds of the household expenses because she was earning more money than the respondent and because her two children from a previous marriage were living with them. After 1987, they shared the household expenses equally. This continued while the appellant was working. When she became unemployed, the respondent kept the family going. The appellant had had various health problems from the beginning of the relationship and, in 1991, she was admitted to hospital suffering from psychiatric problems. She has not worked since and it is unlikely that she will ever work again. Except for periods when the appellant was too ill, the parties divided household chores. They separated in 1992 and were divorced in 1995. The respondent has remarried and his new wife is employed. The appellant obtained an interim spousal support order of $275 per month, increasing to $400 per month on May 15, 1994. She also receives $787 monthly in disability benefits. The trial judge found that no economic hardship befell the appellant as a consequence of the marriage or its breakdown. Nor were her

Sharon Marie Bracklow *Appelante*

c.

Frank Patrick Bracklow *Intimé*

RÉPERTORIÉ: BRACKLOW *c.* BRACKLOW

N° du greffe: 26178.

1998: 6 novembre; 1999: 25 mars.

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 de la famille — Aliments au profit d'un époux — Cohabitation des parties pendant une période de sept années, dont trois années de mariage — Épouse devenant handicapée et incapable de travailler et de subvenir à ses besoins après avoir eu divers problèmes de santé dès le début de la relation — L'époux handicapé a-t-il droit à une pension alimentaire? — Obligation de l'époux bien portant envers l'époux malade à la rupture du mariage — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 89, 93(2) — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2(1), (4), (6).

Les parties se sont mariées en décembre 1989 après avoir vécu ensemble pendant quatre ans. Au cours des deux premières années de leur relation, l'appelante payait les deux tiers des dépenses du ménage parce qu'elle gagnait plus que l'intimé et que ses deux enfants issus d'un mariage antérieur vivaient avec eux. Après 1987, ils ont partagé les dépenses du ménage également. Cette situation a duré tant que l'appelante travaillait. Quand cette dernière s'est retrouvée sans emploi, l'intimé a continué à subvenir aux besoins de la famille. L'appelante avait eu divers problèmes de santé dès le début de la relation et, en 1991, elle a été admise à l'hôpital parce qu'elle souffrait de troubles mentaux. Elle n'a pas travaillé depuis, et il est peu probable qu'elle recommence à travailler un jour. À l'exception des périodes pendant lesquelles l'appelante était trop malade, les parties se partageaient les tâches ménagères. Elles se sont séparées en 1992 et ont divorcé en 1995. L'intimé s'est remarié et sa nouvelle épouse a un emploi. L'appelante a obtenu une ordonnance provisoire lui accordant une pension alimentaire de 275 $ par mois, qui passerait à 400 $ par mois le 15 mai 1994. Elle touche également un montant de prestations d'invalidité de

health problems due to the marriage. He also found that there was no express or implied agreement between the parties that they were responsible for each other's support. The trial judge concluded that the appellant was not entitled to support from the respondent. However, he ordered the $400 per month payments to continue until September 1996, "a decision based upon the [respondent's] proposal not upon the necessity of law". The Court of Appeal affirmed the decision.

Held: The appeal should be allowed. The matter is remitted to the trial judge for assessment of the amount and duration of the support award on the basis that the appellant is legally eligible for post-marital support.

In analysing the respective obligations of husbands and wives, it is critical to distinguish between the roles of the spouses during marriage and the different roles that are assumed upon marriage breakdown. Absent indications to the contrary, when two spouses are married, they owe each other a mutual duty of support. Marriage is a joint endeavour. When a marriage breaks down, however, the presumption of mutual support no longer applies. This is reflected in the *Divorce Act* and the provincial support statutes, which require a court to determine issues of support by reference to a variety of objectives and factors. A general presumption of post-marital support would be inappropriate because of the presence of two "competing" theories of marriage and post-marital obligation. The independent, clean-break model of marriage provides the theoretical basis for compensatory spousal support. The basic social obligation model undergirds "non-compensatory" support. Both models of marriage and their corresponding theories of spousal support permit individual variation by contract, and hence provide a third basis for a legal entitlement to support. Parliament and the provincial legislatures, through their respective statutes, have acknowledged both models.

The *Divorce Act* and the provincial support statutes are intended to deal with the economic consequences of the marriage breakdown for both parties. In determining a support dispute, the starting point is the objectives which the *Divorce Act*, in s. 15.2(6), stipulates the sup-

787 $ par mois. Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'avait éprouvé aucune difficulté économique à cause du mariage ou de son échec et que ses problèmes de santé ne résultaient pas du mariage non plus. Il a également décidé qu'il n'existait entre les parties aucune entente expresse ou tacite les obligeant à subvenir mutuellement à leurs besoins. Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'avait pas droit au versement d'aliments par l'intimé. Toutefois, il a ordonné que les versements de 400 $ par mois se poursuivent jusqu'en septembre 1996, «une décision fondée sur la proposition [de l'intimé] et non sur le fait que le droit l'exige». La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. L'affaire est renvoyée au juge de première instance pour qu'il évalue le montant et la durée des versements à accorder en matière d'aliments après le mariage en tenant pour acquis que l'appelante y est légalement admissible.

En analysant les obligations respectives des époux et des épouses, il est crucial d'établir une distinction entre les rôles des époux pendant le mariage et les rôles différents qui sont joués à l'échec du mariage. À défaut d'indications contraires, quand deux époux sont mariés, ils ont une obligation alimentaire mutuelle. Le mariage est une entreprise commune. Cependant, quand un mariage échoue, la présomption d'obligation alimentaire mutuelle ne s'applique plus. Cela se reflète dans la *Loi sur le divorce* et dans les lois provinciales en matière d'obligation alimentaire, qui exigent qu'un tribunal tranche les questions relatives aux aliments en fonction de toute une gamme de facteurs et d'objectifs. Une présomption générale d'obligation alimentaire après le mariage serait inappropriée en raison de l'existence de deux théories «opposées» de l'obligation pendant et après le mariage. Le modèle du mariage indépendant et de la rupture nette constitue le fondement théorique de la pension alimentaire compensatoire. Le modèle de l'obligation sociale fondamentale sous-tend la pension alimentaire «non compensatoire». Les deux modèles de mariage et leurs théories correspondantes en matière de pension alimentaire permettent aux époux d'apporter des changements par contrat et procurent donc un troisième fondement au droit à des aliments. Le Parlement et les législatures ont, par leurs lois respectives, reconnu les deux modèles.

La *Loi sur le divorce* et les lois provinciales en matière d'obligation alimentaire visent les conséquences économiques de l'échec du mariage pour les deux parties. Pour régler un litige en matière d'obligation alimentaire, ce sont les objectifs de l'ordonnance alimen-

port order should serve. No single objective is paramount; all must be borne in mind. Against the background of these objectives the court must consider the factors set out in s. 15.2(4) of the *Divorce Act*, which include non-compensatory factors, like need and means. There is no hard and fast rule. The judge must look at all the factors in the light of the stipulated objectives of support, and exercise his or her discretion in a manner that equitably alleviates the adverse consequences of the marriage breakdown and strikes the balance that best achieves justice in the particular case. The *Divorce Act* is not confined to one type of marriage or one type of support.

Like the *Divorce Act*, the *Family Relations Act*, through its various provisions, accommodates the different conceptual bases for spousal support obligations — contractual, compensatory and non-compensatory. While the law has evolved to accept compensation as an important basis of support and to encourage the self-sufficiency of each spouse when the marriage ends, where compensation is not indicated and self-sufficiency is not possible, a support obligation may nonetheless arise from the marriage relationship itself. Spouses may thus have an obligation to meet or contribute to the needs of their former partners where they have the capacity to pay, even in the absence of a contractual or compensatory foundation for the obligation.

The factors that go to entitlement have an impact on quantum. The real issue is what support, if any, should be awarded in the situation before the judge on the factors set out in the *Divorce Act* and the *Family Relations Act*. For practical purposes, however, it may be useful to proceed by establishing entitlement first and then effecting necessary adjustments through quantum. While some factors may be more important than others in particular cases, the judge cannot proceed at the outset by fixing on only one variable. The quantum awarded, in the sense of both amount and duration, will vary with the circumstances and the practical and policy considerations affecting particular cases. Limited means of the supporting spouse may dictate a reduction. So may obligations arising from new relationships in so far as they impact on means. Factors within the marriage itself may also affect the quantum of a non-compensatory support obligation. Finally, subject to judicial discretion, the parties by contract or conduct may enhance, diminish or negate the obligation of mutual support. It follows that diverse aspects of the marital relationship

taire, définis au par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*, qui servent de point de départ. Aucun objectif en particulier n'est prédominant; il faut tous les avoir à l'esprit. Compte tenu de ces objectifs, la cour doit prendre en considération les facteurs énoncés au par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*, qui comprennent notamment des facteurs non compensatoires tels que les besoins et les ressources. Il n'y a pas de règle absolue. Le juge doit tenir compte de tous les facteurs à la lumière des objectifs mentionnés de l'obligation alimentaire et exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à atténuer équitablement les conséquences néfastes de l'échec du mariage et à établir l'équilibre qui sert le mieux la justice dans l'affaire en cause. La *Loi sur le divorce* ne se limite ni à un type de mariage ni à un type d'obligation alimentaire.

À l'instar de la *Loi sur le divorce*, la *Family Relations Act*, par ses différentes dispositions, tient compte des différents fondements conceptuels des obligations alimentaires — contractuel, compensatoire et non compensatoire. Bien que le droit ait évolué de façon à admettre l'indemnisation comme motif important de verser des aliments et à favoriser l'indépendance économique des deux époux à la fin du mariage, quand l'indemnisation n'est pas indiquée et que l'indépendance économique est impossible, une obligation alimentaire peut néanmoins découler de la relation maritale elle-même. Les époux peuvent donc être tenus de subvenir aux besoins de leurs ex-partenaires s'ils ont la capacité de payer, même si cette obligation est sans fondement contractuel ou compensatoire.

Les facteurs qui touchent le droit aux aliments influent sur leur quantum. La véritable question qui se pose est de savoir quels aliments, s'il y a lieu, le juge devrait accorder dans la situation dont il est saisi, compte tenu des facteurs énoncés dans la *Loi sur le divorce* et la *Family Relations Act*. Cependant, il peut être utile en pratique de commencer par établir le droit aux aliments, pour ensuite effectuer les ajustements nécessaires au moyen du quantum. Bien que certains facteurs puissent être plus importants que d'autres dans certains cas, le juge ne peut pas, au départ, s'intéresser à une seule variable. Le quantum des aliments accordés, qui en désigne à la fois le montant et la durée, variera selon les circonstances et les considérations pratiques et de politique générale relatives à l'affaire en cause. Les ressources limitées de l'époux qui verse des aliments peuvent commander une diminution, de même que les obligations découlant de nouvelles relations, dans la mesure où elles ont une incidence sur ses ressources. Des facteurs au sein du mariage lui-même peuvent aussi influer sur le quantum de l'obligation alimentaire non

may be relevant to the quantum of non-compensatory support.

In this case, while the early years of the parties' union might indicate the atypical partnership of strict independence, and thus rebut the presumption of intra-marital mutual interdependency, by the end the parties had established a more interdependent relationship. In addition to adjusting their expenses to a more even ratio, it is evident that the respondent covered the appellant's needs in the early stages of her illness. Accordingly, it follows that divorce did in fact render the appellant in a state of economic hardship, as contemplated by s. 15.2(6)(*c*) of the *Divorce Act*. In view of the statutory objectives of support and the relevant factors, the appellant is eligible for support based on the length of cohabitation, the hardship marriage breakdown imposed on her, her palpable need, and the respondent's financial ability to pay. The determination of the quantum of support, however, should be left to the trial judge, who is in a better position to address the facts of this case. All the relevant statutory factors must be considered, together with the amount of support the respondent has already paid to the appellant. The possibility that the respondent's contributions to date have discharged the just and appropriate quantum is not excluded.

Cases Cited

Considered: *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; **referred to:** *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147; *Story v. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225; *Parish v. Parish* (1993), 46 R.F.L. (3d) 117; *Ashworth v. Ashworth* (1995), 15 R.F.L. (4th) 379.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2(1) [ad. 1997, c. 1, s. 2], (4) [*idem*], (6) [*idem*].
Divorce Act, S.C. 1967-68, c. 24.
Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4 [now R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)].
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, preamble.

compensatoire. Enfin, sous réserve du pouvoir discrétionnaire judiciaire, les parties peuvent, par contrat ou par leur conduite, augmenter, diminuer ou annuler l'obligation alimentaire mutuelle. Il s'ensuit que différents aspects de la relation maritale peuvent être pertinents pour évaluer le quantum des aliments non compensatoires.

En l'espèce, bien que les premières années de leur union puissent indiquer l'existence de l'association atypique d'indépendance stricte et ainsi réfuter la présomption d'interdépendance mutuelle pendant le mariage, à la fin, les parties avaient établi une relation plus interdépendante. Outre le partage plus égal de leurs dépenses, il est évident que l'intimé subvenait aux besoins de l'appelante pendant les premières phases de sa maladie. Il s'ensuit donc que le divorce a vraiment placé l'appelante dans la situation de difficultés économiques envisagée à l'al. 15.2(6)*c*) de la *Loi sur le divorce*. Compte tenu des objectifs légaux en matière d'aliments et des facteurs pertinents, l'appelante est admissible à des aliments en raison de la durée de la cohabitation, des difficultés que l'échec du mariage lui a causées, de ses besoins manifestes et de la capacité de payer de l'intimé. Il y a toutefois lieu de laisser le soin de déterminer le quantum des aliments au juge de première instance, qui est mieux placé pour aborder les faits de la présente affaire. Il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents prévus par les lois ainsi que du montant de pension alimentaire que l'intimé a déjà versé à l'appelante. La possibilité que les versements effectués jusqu'à maintenant par l'intimé aient permis d'acquitter le quantum juste et approprié n'est pas écartée.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; **arrêts mentionnés:** *Ross c. Ross* (1995), 168 R.N.-B. (2e) 147; *Story c. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225; *Parish c. Parish* (1993), 46 R.F.L. (3d) 117; *Ashworth c. Ashworth* (1995), 15 R.F.L. (4th) 379.

Lois et règlements cités

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 89(1), 93(2)a), e).
Loi de 1985 sur le divorce, S.C. 1986, ch. 4 [maintenant L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.)].
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2(1) [aj. 1997, ch. 1, art. 2], (4) [*idem*], (6) [*idem*].
Loi sur le divorce, S.C. 1967-68, ch. 24.

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 89(1), 93(2)(a), (e).

Authors Cited

Martin, Craig. "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.

Payne on Divorce, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Rogerson, Carol J. "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 155.

Rogerson, Carol J. "Spousal Support After *Moge*" (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 281.

United Kingdom. Scottish Law Commission. *Family Law: Report on Aliment and Financial Provision.* Edinburgh: H.M.S.O., 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 375, [1997] 8 W.W.R. 696, 94 B.C.A.C. 153, 152 W.A.C. 153, 30 R.F.L. (4th) 313, [1997] B.C.J. No. 1376 (QL), affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1995), 13 R.F.L. (4th) 184, [1995] B.C.J. No. 457 (QL), dismissing an application for permanent maintenance. Appeal allowed.

Barbara M. Young, for the appellant.

Carol W. Hickman and *Bruce B. Clark*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

1 What duty does a healthy spouse owe a sick one when the marriage collapses? It is now well-settled law that spouses must compensate each other for foregone careers and missed opportunities during the marriage upon the breakdown of their union. But what happens when a divorce — through no consequence of sacrifices, but simply through economic hardship — leaves one former spouse self-sufficient and the other, perhaps due to the onset of a debilitating illness, incapable of self-support?

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule.

Doctrine citée

Martin, Craig. «Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law» (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135.

Payne on Divorce, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Rogerson, Carol J. «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 155.

Rogerson, Carol J. «Spousal Support After *Moge*» (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 281.

Royaume-Uni. Scottish Law Commission. *Family Law: Report on Aliment and Financial Provision.* Edinburgh: H.M.S.O., 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 375, [1997] 8 W.W.R. 696, 94 B.C.A.C. 153, 152 W.A.C. 153, 30 R.F.L. (4th) 313, [1997] B.C.J. No. 1376 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1995), 13 R.F.L. (4th) 184, [1995] B.C.J. No. 457 (QL), qui avait rejeté une demande de pension alimentaire permanente. Pourvoi accueilli.

Barbara M. Young, pour l'appelante.

Carol W. Hickman et *Bruce B. Clark*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

Quelle obligation un époux bien portant a-t-il envers son conjoint malade lorsque le mariage prend fin? Il est désormais bien établi en droit que, en cas de rupture de mariage, les époux doivent s'indemniser mutuellement des carrières abandonnées et des occasions ratées pendant leur vie maritale. Qu'arrive-t-il cependant si, après un divorce, en raison non pas de sacrifices, mais simplement de difficultés économiques, un ex-époux se trouve financièrement autonome, alors que l'autre, peut-

Must the healthy spouse continue to support the sick spouse? Or can he or she move on, free of obligation? That is the question posed by this appeal. It is a difficult issue. It is also an important issue, given the trend in our society toward shorter marriages and successive relationships.

II. Facts

Sharon Marie Bracklow, an accountant and data processor, began living with Frank Bracklow, a heavy duty mechanic, in 1985. Four years later, in December 1989, they married. Both Marie and Frank Bracklow had been married before. She had two children, which she brought to the marriage. The children were supported by both parties and thought of Mr. Bracklow as "Dad". The Bracklows functioned as a family. They looked after each other. Except for periods when she was too ill, Mrs. Bracklow looked after the house and the cooking, while Mr. Bracklow did the outside work, save for the flowers. Both parties worked outside the home.

The Bracklows shared expenses. For the first two years of their relationship, Mrs. Bracklow paid two-thirds of the household expenses because she was earning more money than Mr. Bracklow and her two children were living with them. Mr. Bracklow complained that this arrangement made Mrs. Bracklow "too independent". So the couple decided to split the expenses equally. It was "more of a marriage". This continued while Mrs. Bracklow was working. When she became unemployed, Mr. Bracklow kept the family going. They lived from pay cheque to pay cheque.

When the relationship started, Mrs. Bracklow held employment with full health and disability benefits. Shortly after the couple started living together, she left this job to look for a management

être en raison d'un début de maladie débilitante, ne l'est pas? L'époux bien portant doit-il continuer de subvenir aux besoins du conjoint malade, ou peut-il poursuivre son chemin, libre de toute obligation? Telle est la question soulevée dans le présent pourvoi. Il s'agit d'un sujet difficile, mais également important compte tenu de la tendance à des mariages plus courts et à des relations successives que l'on constate dans notre société.

II. Les faits

2 Sharon Marie Bracklow, comptable et informaticienne, a commencé à vivre avec Frank Bracklow, mécanicien de machinerie lourde, en 1985. Quatre années plus tard, en décembre 1989, ils se sont mariés. Marie et Frank Bracklow n'en étaient pas à leur premier mariage. Elle avait deux enfants issus d'une relation précédente. Les deux parties subvenaient aux besoins des enfants qui considéraient M. Bracklow comme leur père. Les Bracklow fonctionnaient comme une famille. Ils veillaient les uns sur les autres. À l'exception des périodes pendant lesquelles elle était trop malade, Mme Bracklow s'occupait de la maison et des repas, tandis que M. Bracklow effectuait tous les travaux à l'extérieur de la maison, sauf les fleurs. Tous deux travaillaient à l'extérieur du foyer.

3 Les Bracklow partageaient les dépenses. Pendant les deux premières années de leur relation, Mme Bracklow payait les deux tiers des dépenses du ménage parce qu'elle gagnait plus que M. Bracklow et que ses deux enfants vivaient avec eux. Monsieur Bracklow s'est plaint que cette entente rendait Mme Bracklow [TRADUCTION] «trop indépendante». Le couple a donc décidé de partager les dépenses également. Cela [TRADUCTION] «ressemblait plus à un mariage». Cette situation a duré tant que Mme Bracklow travaillait. Quand cette dernière s'est retrouvée sans emploi, M. Bracklow a continué à subvenir aux besoins de la famille. Ils vivaient d'un chèque de paye à l'autre.

4 Au début de la relation, Mme Bracklow occupait un emploi assorti d'un régime complet d'assurance santé et de prestations d'invalidité. Peu après que le couple eut commencé à vivre ensemble, elle a

position. Mr. Bracklow supported this decision. Mrs. Bracklow took a year off and collected unemployment insurance. She went back to work in May 1988. However, her health was not good. She suffered from migraine headaches and found the overtime she was required to work very stressful. Mr. Bracklow was not keen on her working overtime (according to Mrs. Bracklow) and was adamant for a time that she leave this position. In December 1989, she did so. From December 1989 to November 1990, Mrs. Bracklow worked at odd jobs such as pizza delivery, house cleaning and making chocolates for craft fairs. In late 1990, she found a more permanent position with a firm, where she worked from November 1990 to October 1991. In October 1991, Mrs. Bracklow was admitted to hospital, suffering from psychiatric problems. She has not worked since.

quitté cet emploi pour chercher un poste de gestionnaire. Monsieur Bracklow était d'accord avec cette décision. Madame Bracklow a pris une année de congé et a touché des prestations d'assurance-chômage. Elle est retournée travailler en mai 1988. Toutefois, sa santé n'était pas bonne. Elle souffrait de migraines et trouvait très stressant le temps supplémentaire qu'elle devait faire. Monsieur Bracklow n'était pas très friand des heures supplémentaires qu'elle faisait (selon Mme Bracklow) et a insisté, à un moment donné, pour qu'elle quitte son emploi, ce qu'elle a fait en décembre 1989. De décembre 1989 à novembre 1990, Mme Bracklow a vaqué à de menues occupations comme la livraison de pizza, l'entretien ménager et la fabrication de chocolats pour des foires artisanales. À la fin de 1990, elle a obtenu un emploi plus régulier dans une entreprise, où elle a travaillé de novembre 1990 à octobre 1991. En octobre 1991, Mme Bracklow a été admise à l'hôpital parce qu'elle souffrait de troubles mentaux. Elle n'a pas travaillé depuis.

5 In December of 1992, the Bracklows separated. They were divorced on February 28, 1995. Mr. Bracklow has remarried and his new wife is employed. They share expenses. At the time of trial, Mr. Bracklow was earning $3,764 per month and his portion of the new household expenses was $2,284 per month.

En décembre 1992, les Bracklow se sont séparés. Ils ont divorcé le 28 février 1995. Monsieur Bracklow s'est remarié et sa nouvelle épouse a un emploi. Ils partagent les dépenses. Au moment du procès, M. Bracklow gagnait 3 764 $ par mois et sa partie des dépenses du nouveau ménage était de 2 284 $ par mois.

6 When Mr. and Mrs. Bracklow separated, Mrs. Bracklow was ill and with no means of support. Mr. Bracklow agreed to pay her $200 a month. He stopped making the payments almost immediately. Mrs. Bracklow obtained an interim order for spousal support of $275 per month, increasing to $400 per month on May 15, 1994. The trial judge terminated the support as of September 1, 1996. This was upheld on appeal. Mrs. Bracklow used a Canada Pension disability lump sum payment ($8,300) to purchase a vehicle and some furniture, and a pay-out of her pension from earlier employment ($11,650) to pay debts and living expenses.

Quand M. et Mme Bracklow se sont séparés, Mme Bracklow était malade et n'avait pas de moyens de subsistance. Monsieur Bracklow a accepté de lui verser 200 $ par mois. Il a presque aussitôt cessé d'effectuer les versements. Madame Bracklow a obtenu une ordonnance provisoire lui accordant une pension alimentaire de 275 $ par mois, qui passerait à 400 $ par mois le 15 mai 1994. Le juge de première instance a décidé que la pension prendrait fin le 1er septembre 1996. Cette décision a été confirmée en appel. Madame Bracklow a utilisé un paiement forfaitaire de prestations d'invalidité du Régime de pension du Canada (8 300 $) pour acheter un véhicule et des meubles, et un remboursement final de pension émanant d'un emploi antérieur (11 650 $) pour payer des dettes et des frais de subsistance. Elle vit

She lives in subsidized housing and receives $787 monthly in disability benefits.

Mr. Bracklow knew when the relationship started that Mrs. Bracklow had health problems. In the first year of the relationship she "got [to] the point where she would come home and just go to bed". "[T]hat carried on for quite a while." She had a hysterectomy in this period, which involved two months' sick leave. In 1989, she developed a migraine headache that lasted for seven months. She started experiencing joint pain and trouble sleeping at night. In 1991, she experienced acute psychiatric problems, involving a month's hospitalization. She was again in hospital from February to April 1992 and July to October 1994. She continues to suffer from bipolar mood disorder, obsessive compulsive disorder, and fibromyalgia. There was evidence that the fibromyalgia was aggravated by the stress of the marriage breakup. Mrs. Bracklow is unlikely ever to work again.

III. Statutory Provisions

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128

Obligation to support spouse

89 (1) A spouse is responsible and liable for the support and maintenance of the other spouse having regard to the following:

(a) the role of each spouse in their family;

(b) an express or implied agreement between the spouses that one has the responsibility to support and maintain the other;

(c) custodial obligations respecting a child;

(d) the ability and capacity of, and the reasonable efforts made by, either or both spouses to support themselves;

(e) economic circumstances. [Emphasis added.]

dans un logement subventionné et touche un montant de prestations d'invalidité de 787 $ par mois.

7 Monsieur Bracklow savait, dès le début de sa relation avec Mme Bracklow, que celle-ci avait des problèmes de santé. Pendant la première année de la relation, elle [TRADUCTION] «en [est] venue à rentrer à la maison et à aller simplement se coucher». «[C]ela s'est poursuivi pendant un bon bout de temps.» L'hystérectomie qu'elle a subie à cette époque l'a forcée à prendre deux mois de congé de maladie. En 1989, elle a commencé à souffrir d'une migraine qui a duré sept mois. Elle s'est mise à ressentir des douleurs articulaires et à éprouver de la difficulté à dormir la nuit. En 1991, elle a dû être hospitalisée pendant un mois en raison de troubles mentaux aigus. Elle a de nouveau été hospitalisée de février à avril 1992 et de juillet à octobre 1994. Elle souffre toujours d'un trouble affectif bipolaire, d'une névrose obsessionnelle-compulsive et de fibromyalgie. Il a été établi en preuve que la fibromyalgie a été aggravée par le stress de l'échec du mariage. Il est peu probable que Mme Bracklow recommence à travailler un jour.

III. Les dispositions législatives

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128 8

[TRADUCTION]

Obligation alimentaire au profit d'un époux

89 (1) Un époux a une obligation alimentaire au profit de l'autre époux compte tenu:

a) du rôle de chaque époux dans la famille;

b) d'une entente expresse ou tacite entre les époux en vertu de laquelle l'un des époux est tenu de fournir des aliments à l'autre époux;

c) des obligations de garde concernant un enfant;

d) de la capacité de l'un ou l'autre des époux, ou des deux à la fois, de subvenir à leurs besoins, et des efforts raisonnables qu'ils déploient en ce sens;

e) des circonstances économiques. [Je souligne.]

(2) Except as provided in subsection (1), a spouse or former spouse is required to be self sufficient in relation to the other spouse or former spouse.

Order for support and maintenance

93 . . .

(2) If a spouse . . . will be living separate and apart from the spouse . . . against whom the application is made, the court may, as it considers appropriate, adjust the amounts of its order . . . to take into account the needs, means, capacities and economic circumstances of each spouse . . . including the following:

(a) the effect on the earning capacity of each spouse arising from responsibilities assumed by each spouse during cohabitation;

. . .

(e) the capacity and reasonable prospects of a spouse . . . obtaining an education or training.

Divorce Act, R.S.C., 1985. c. 3 (2nd Supp.)

15.2 (1) [Spousal support order] A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of the other spouse.

. . .

(4) [Factors] In making an order under subsection (1) . . ., the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse, including

(*a*) the length of time the spouses cohabited;

(*b*) the functions performed by each spouse during cohabitation; and

(*c*) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse.

. . .

(6) [Objectives of spousal support order] An order made under subsection (1) . . . that provides for the support of a spouse should

(2) Sous réserve du paragraphe (1), un époux ou ex-époux est tenu d'être économiquement indépendant de son conjoint ou ex-conjoint.

Ordonnance alimentaire

93 . . .

(2) Dans le cas où un époux [. . .] vivra séparé de l'époux [. . .] visé par la demande, le tribunal peut, s'il l'estime indiqué, fixer les montants de son ordonnance [. . .] en fonction des besoins, des ressources, des capacités et de la situation économique de chaque époux [. . .], notamment:

a) l'effet des responsabilités assumées par chacun des époux pendant la cohabitation sur leur capacité respective de gagner leur vie;

. . .

e) la capacité d'un époux [. . .] de faire des études ou d'acquérir une formation, et les perspectives raisonnables qui s'offrent à lui à cet égard.

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.)

15.2 (1) [Ordonnance alimentaire au profit d'un époux] Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.

. . .

(4) [Facteurs] En rendant une ordonnance [. . .] au titre du présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris:

a) la durée de la cohabitation des époux;

b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;

c) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux.

. . .

(6) [Objectifs de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux] L'ordonnance [. . .] rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise:

(*a*) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;

(*b*) apportion between the spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage . . .;

(*c*) relieve any economic hardship of the spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(*d*) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time. [Emphasis added.]

IV. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1995), 13 R.F.L. (4th) 184

On the facts, the trial judge found that the relationship was not a long one. He also found that no economic hardship befell Mrs. Bracklow as a consequence of the marriage or its breakdown. Nor were her health problems due to the marriage, although the falling away of affection probably exacerbated them. Thus, in his view, she was "in no different circumstances than she would have been in had they not married" (p. 185). Mrs. Bracklow was a highly capable person, who brought emotional and physical illness to the relationship. Although Mr. Bracklow was aware of her medical history, neither party was prepared for her complete incapacitation. While Mrs. Bracklow had contributed more to monthly expenses in the first part of the cohabitation, she contributed little in its latter stages, and Mr. Bracklow had assumed the bulk of the family debts on the marriage breakdown.

On the law, the trial judge held that the marriage vow to support in sickness or in health carried no legal significance. He took *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, to require a tort-based approach to the question of support — compensation or support is ordered only where the marriage or its breakup caused economic disadvantage to one party. That, in his opinion, had not occurred here. The case differed from "traditional" cases in which

a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge [. . .];

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable. [Je souligne.]

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1995), 13 R.F.L. (4th) 184

9 Le juge de première instance a conclu, selon les faits, qu'il ne s'agissait pas d'une longue relation. Il a également décidé que Mme Bracklow n'avait éprouvé aucune difficulté économique à cause du mariage ou de son échec et que ses problèmes de santé ne résultaient pas du mariage non plus, bien que la perte d'affection les ait probablement aggravés. Par conséquent, il était d'avis qu'elle ne se trouvait [TRADUCTION] «pas dans une situation différente de celle dans laquelle elle aurait été s'ils ne s'étaient pas mariés» (p. 185). Madame Bracklow était une femme très compétente, qui a apporté une maladie mentale et physique dans la relation. Même si M. Bracklow était au courant des antécédents médicaux de son épouse, aucune des deux parties ne s'attendait à ce qu'elle devienne complètement invalide. Bien que Mme Bracklow ait contribué davantage aux dépenses mensuelles pendant leurs premières années de cohabitation, elle y contribuait peu vers la fin, et M. Bracklow a assumé la majeure partie des dettes de la famille lorsque le mariage a échoué.

10 Le juge de première instance a décidé que le serment que les époux prêtent le jour de leur mariage de subvenir mutuellement à leurs besoins autant lorsqu'ils seront malades ou que lorsqu'ils seront bien portants n'a aucune portée sur le plan juridique. Il a considéré que l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, exige d'aborder sous l'angle de la responsabilité délictuelle la question des aliments — l'indemnisation ou les aliments ne sont

the wife relinquished her career and financial security by assuming the child-rearing and domestic role in the family and thus impaired her ability to become self-supporting. He found that there was no express or implied agreement between the parties that they were responsible for each other's support.

11 Applying these principles to the facts, the trial judge concluded that Mrs. Bracklow was not entitled to support from Mr. Bracklow. However, he ordered the $400 per month payments, earlier ordered on an interim basis, to continue for 18 months, "a decision based upon the Defendant's proposal not upon the necessity of law" (p. 190).

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 30 R.F.L. (4th) 313

12 The Court of Appeal, *per* Proudfoot J.A., affirmed that Mr. Bracklow owed his wife no obligation of support. The trial judge's reference to tort principles was seen as directed to the need for a "causal connection" between the economic disadvantage and the marriage breakdown. His findings of fact, including the disputed division of the family debts, should stand. This was a "non-traditional" marriage, in which each party paid his or her own way. The trial judge's finding that the parties did not have an express or implied agreement that one would be responsible for the other's support would not be disturbed.

V. Issue

13 Is a sick or disabled spouse entitled to spousal support when a marriage ends, and if so, when and how much? More precisely, may a spouse have an obligation to support a former spouse over and above what is required to compensate the spouse for loss incurred as a result of the marriage and its

ordonnés que lorsque le mariage ou son échec a causé des inconvénients économiques à l'une des parties. Il a estimé que ce n'était pas le cas en l'espèce. L'affaire différait du cas «traditionnel» où la femme a renoncé à sa carrière et à la sécurité financière en décidant de rester à la maison pour élever les enfants, et a ainsi compromis sa capacité de devenir économiquement indépendante. Il a conclu qu'il n'existait entre les parties aucune entente expresse ou tacite les obligeant à subvenir mutuellement à leurs besoins.

Appliquant ces principes aux faits, le juge de première instance a conclu que Mme Bracklow n'avait pas droit au versement d'aliments par M. Bracklow. Toutefois, il a ordonné que les versements de 400 $ par mois, qui étaient faits conformément à une ordonnance provisoire antérieure, se poursuivent pendant 18 mois, [TRADUCTION] «une décision fondée sur la proposition du défendeur et non sur le fait que le droit l'exige» (p. 190).

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 30 R.F.L. (4th) 313

La Cour d'appel, sous la plume du juge Proudfoot, a confirmé que M. Bracklow n'avait aucune obligation alimentaire envers son épouse. La mention par le juge de première instance des principes de la responsabilité délictuelle a été perçue comme liée à la nécessité d'un «lien de causalité» entre l'inconvénient économique et l'échec du mariage. Ses conclusions de fait, y compris le partage contesté des dettes de la famille, devaient être maintenues. Il s'agissait d'un mariage «non traditionnel» dans lequel chacune des parties payait sa part. La conclusion du juge de première instance que les parties n'avaient pas d'entente expresse ou tacite les obligeant à subvenir mutuellement à leurs besoins n'a pas été modifiée.

V. La question en litige

Un époux malade ou handicapé a-t-il droit à une pension alimentaire lorsque le mariage prend fin, et dans l'affirmative, dans quel cas et quel devrait en être le montant? Plus précisément, un époux peut-il avoir une obligation alimentaire envers son ex-conjoint en plus de ce qui est nécessaire pour

breakdown (or to fulfill contractual support agreements)? I would answer this question in the affirmative.

VI. Analysis

As did the courts below and the parties, I will discuss the issues of entitlement to and quantum of support separately.

A. *Entitlement to Support*

The lower courts implicitly assumed that, absent a contractual agreement for post-marital assistance, entitlement to support could only be founded on compensatory principles, i.e., reimbursement of the spouse for opportunities foregone or hardships accrued as a result of the marriage. I conclude, however, that the law recognizes three conceptual grounds for entitlement to spousal support: (1) compensatory; (2) contractual; and (3) non-compensatory. These three bases of support flow from the controlling statutory provisions and the relevant case law, and are more broadly animated by differing philosophies and theories of marriage and marital breakdown.

(1) The Historical Perspective

The support obligation in Canada for most of the country's first century was governed by the common law and Quebec civil law, supplemented by a patchwork of legislative provisions aimed at alleviating its worst failings. In general terms, the law held that husbands were under a duty to support their wives and provide for their necessaries during and (in the case of separation) after marriage. The logic of support was simple. Marriage gave the husband power and property and made the wife correspondingly dependent. This dependence gave rise to a support obligation on the part of the husband toward the wife.

As the twentieth century progressed, women came increasingly to be seen as equal and autonomous. The old dependence model of support

l'indemniser de toute perte causée par le mariage et son échec (ou de respecter des ententes contractuelles relatives aux aliments)? Je suis d'avis de répondre à cette question par l'affirmative.

VI. Analyse

Comme l'ont fait les tribunaux d'instance inférieure et les parties, je vais examiner séparément les questions du droit aux aliments et de leur quantum. 14

A. *Le droit aux aliments*

Les tribunaux d'instance inférieure ont implicitement présumé que, en l'absence d'une entente contractuelle prescrivant une assistance après le mariage, le droit aux aliments ne pouvait être fondé que sur des principes d'indemnisation, c'est-à-dire le remboursement de l'époux pour les occasions qu'il a ratées ou les difficultés qu'il a éprouvées en raison du mariage. Je conclus cependant que le droit reconnaît trois fondements conceptuels au droit d'un époux à des aliments: (1) compensatoire, (2) contractuel et (3) non compensatoire. Ces trois fondements du droit à des aliments découlent des dispositions législatives applicables et de la jurisprudence pertinente, et s'inspirent plus largement des différentes philosophies et théories sur le mariage et l'échec du mariage. 15

(1) Le point de vue historique

Au Canada, durant la majeure partie de son premier siècle d'existence, l'obligation alimentaire était régie par la common law et le droit civil québécois, auxquels se sont ajoutées des mesures législatives disparates visant à combler ses pires lacunes. En général, le droit imposait au mari le devoir de subvenir aux besoins de son épouse avant et (en cas de séparation) après le mariage. La logique des aliments était simple. Le mariage accordait au mari le pouvoir et les biens et rendait en conséquence son épouse dépendante. Cette dépendance donnait naissance à une obligation alimentaire de la part du mari envers son épouse. 16

Au cours du XXe siècle, l'égalité et l'autonomie des femmes sont devenues de plus en plus reconnues. L'ancien modèle d'obligation alimentaire 17

seemed out of step with the emerging conception of women as equal partners in the marriage endeavour. The adoption of the federal *Divorce Acts* of 1968 and 1986 reflects that new perspective. The 1986 Act formally added, as a legislative objective, spousal self-sufficiency, espoused by the courts since 1968. In the 1970s and 1980s the legislatures of each province passed statutes radically changing the provincial support and property legislation. The new legislation was animated by the view that the spouses were equal. Marriage was an economic partnership to which each party contributed.

fondé sur la dépendance semblait aller à l'encontre de la nouvelle conception de la femme comme partenaire égale dans l'entreprise du mariage. L'adoption par le législateur fédéral de la *Loi sur le divorce* de 1968 et de celle de 1986 reflète ce nouveau point de vue. La Loi de 1986 ajoutait officiellement, en tant qu'objectif législatif, l'indépendance économique des époux préconisée par les tribunaux depuis 1968. Au cours des années 70 et 80, les législatures des différentes provinces ont adopté des lois qui ont modifié radicalement la législation provinciale en matière de pensions alimentaires et de biens. Cette nouvelle législation reposait sur l'idée que les époux sont égaux. Le mariage était une association économique à laquelle chaque partie contribuait.

18 The new legislation, while changing much, did not entirely supplant the traditional obligations to support. Legal equality did not translate into actual or substantive equality, and in its absence, one spouse might still be obliged to support the other. Accordingly, the *Divorce Acts* of 1968 and 1986 and provincial family support and property legislation recognized that in many circumstances one spouse might still be required to provide support for the other upon marriage breakup. The new philosophy of spousal equality brought to the fore the idea that parties' agreements on support should influence their rights and obligations during the marriage and upon its breakup, as well as the idea that compensatory support should be awarded where it would be just to compensate a spouse for his or her contributions to the marriage or for sacrifices made or hardships suffered as a result of the marriage. Contractual support obligations, while not new, were given new emphasis by statutory stipulations that the courts take into account support agreements, express or implied, between the parties. The propriety of compensatory support was recognized by this Court in *Moge*, *supra*, as flowing from the 1986 *Divorce Act*. While a few cases prior to *Moge* had acknowledged that support criteria extended beyond needs and capacity to pay, the reasons of L'Heureux-Dubé J. in *Moge* offered the first comprehensive articulation of the view that when a marriage ends, spouses are entitled to be compensated for contributions to the

Malgré les nombreuses modifications qu'elle apportait, la nouvelle législation n'a pas remplacé complètement les obligations alimentaires traditionnelles. L'égalité juridique ne signifiait pas l'égalité réelle ou matérielle, et à défaut d'égalité, l'un des époux pourrait toujours être tenu de verser des aliments à l'autre. La *Loi sur le divorce* de 1968, celle de 1986 et la législation provinciale régissant les pensions alimentaires et les biens familiaux reconnaissaient donc que, dans bien des cas, un époux pourrait toujours être tenu de verser des aliments à l'autre à l'échec du mariage. La nouvelle philosophie de l'égalité des époux faisait ressortir l'idée que les ententes alimentaires intervenues entre les parties devraient influer sur leurs droits et obligations pendant le mariage et à son échec, ainsi que l'idée que des aliments compensatoires devraient être accordés quand il serait juste d'indemniser un époux de sa contribution au mariage ou de ses sacrifices ou difficultés résultant du mariage. Les obligations alimentaires contractuelles, sans être inédites, se voyait accorder une importance nouvelle par des dispositions législatives obligeant les tribunaux à prendre en considération les ententes alimentaires, expresses ou tacites, intervenues entre les parties. Notre Cour a reconnu, dans l'arrêt *Moge*, précité, que l'opportunité des aliments compensatoires découlait de la *Loi sur le divorce* de 1986. Bien que, dans quelques arrêts antérieurs à *Moge*, les tribunaux aient reconnu que les critères relatifs aux aliments

marriage and for losses sustained as a consequence of the marriage. The same reasons, however, made it clear that compensatory considerations were not the only basis for support. Judges must exercise their discretion in light of the objectives of spousal orders as set out in s. 15.2(6), and after having considered all the factors set out in s. 15.2(4) of the *Divorce Act*. By directing that the judge consider factors like need and ability to pay (as explored below), the new *Divorce Act* left in place the possibility of non-compensatory, non-contractual support.

allaient au-delà des besoins et de la capacité de payer, c'est le juge L'Heureux-Dubé qui, dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'arrêt *Moge*, a exposé en détail pour la première fois le point de vue selon lequel, quand le mariage prend fin, les époux ont le droit d'être indemnisés de leur contribution au mariage et de leurs pertes résultant du mariage. Cependant, il était précisé dans les mêmes motifs que les facteurs compensatoires ne représentaient pas la seule raison de verser des aliments. Les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire en fonction des objectifs des ordonnances au profit d'un époux, énoncés au par. 15.2(6), et après avoir tenu compte de tous les facteurs mentionnés au par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*. En ordonnant au juge de tenir compte de facteurs comme les besoins et la capacité de payer (qui sont examinés plus loin), la nouvelle *Loi sur le divorce* maintenait la possibilité d'accorder des aliments non compensatoires et non contractuels.

(2) Modern Marriages: Marriage and Marriage Breakdown

In analysing the respective obligations of husbands and wives, it is critical to distinguish between the roles of the spouses during marriage and the different roles that are assumed upon marriage breakdown.

To begin, when two spouses are married, they owe each other a mutual duty of support: 1986 *Divorce Act*. Marriage, as this Court has said, is a joint endeavour: *Moge*, *supra*, at p. 870. The default presumption of this socio-economic partnership is mutuality and interdependence. This comports with the statutes and with the reasonable expectations of Canadian society. Thus the *Family Relations Act* states: "A spouse is responsible and liable for the support and maintenance of the other spouse . . . " (s. 89(1)). Parties, of course (subject to the Act), may alter this expectation, either through explicit contracting (usually before the union is made with a prenuptial agreement), or through the unequivocal structuring of their daily affairs, to show disavowal of financial interweaving. The starting presumption, however, is of mutual support. We need not elevate to contractual status the marital vows of support "in sickness and

(2) Les mariages modernes: le mariage et l'échec du mariage

En analysant les obligations respectives des époux et des épouses, il est crucial d'établir une distinction entre les rôles des époux pendant le mariage et les rôles différents qui sont joués à l'échec du mariage. 19

Pour commencer, quand deux époux sont mariés, ils ont une obligation alimentaire mutuelle: *Loi sur le divorce* de 1986. Le mariage, comme notre Cour l'a dit, est une entreprise commune: *Moge*, précité, à la p. 870. La présomption par défaut de cette association socio-économique est la mutualité et l'interdépendance. Cela est conforme aux lois et aux attentes raisonnables de la société canadienne. La *Family Relations Act* précise donc: «Un époux a une obligation alimentaire au profit de l'autre époux . . .» (par. 89(1)). Les parties peuvent évidemment (sous réserve de la Loi) modifier ces attentes, soit au moyen d'un contrat explicite (habituellement sous forme d'entente prénuptiale), soit par l'organisation non équivoque de leurs affaires quotidiennes, pour montrer leur renonciation à mettre en commun leurs finances. Il existe toutefois, au départ, une présomption d'obligation alimentaire mutuelle. Il n'est pas nécessaire 20

health, till death do us part" to conclude that, absent indications to the contrary, marriages are generally premised on obligations and expectations of mutual and co-equal support.

d'élever au rang de contrat le serment que les époux prêtent le jour de leur mariage — de subvenir mutuellement à leurs besoins autant lorsqu'ils seront malades ou que lorsqu'ils seront bien portants, jusqu'à ce que la mort les sépare — pour conclure que, à défaut d'indications contraires, les mariages sont généralement fondés sur des obligations alimentaires mutuelles et égales, et sur des attentes en ce sens.

21 When a marriage breaks down, however, the situation changes. The presumption of mutual support that existed during the marriage no longer applies. Such a presumption would be incompatible with the diverse post-marital scenarios that may arise in modern society and the liberty many claim to start their lives anew after marriage breakdown. This is reflected in the *Divorce Act* and the provincial support statutes, which require the court to determine issues of support by reference to a variety of objectives and factors.

Cependant, quand un mariage échoue, la situation change. La présomption d'obligation alimentaire mutuelle qui existait durant le mariage ne s'applique plus. Une telle présomption serait incompatible avec les divers scénarios qui, dans la société moderne, peuvent se présenter après le mariage et avec la liberté que bien des gens réclament de refaire leur vie après l'échec du mariage. Cela se reflète dans la *Loi sur le divorce* et les lois provinciales en matière d'obligation alimentaire, qui exigent que la cour tranche les questions relatives aux aliments en fonction de toute une gamme de facteurs et d'objectifs.

22 The reason that a general presumption of post-marital support would be inappropriate is the presence in the latter half of our century of two "competing" theories of marriage and post-marital obligation: Carol J. Rogerson, "Spousal Support After *Moge*" (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 281; Carol J. Rogerson, "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 155.

Une présomption générale d'obligation alimentaire après le mariage serait inappropriée en raison de l'existence, pendant la dernière moitié de notre siècle, de deux théories «opposées» de l'obligation pendant et après le mariage: Carol J. Rogerson, «Spousal Support After *Moge*» (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 281; Carol J. Rogerson, «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 155.

23 The first theory of marriage and post-marital obligation is the "basic social obligation" model, in which primary responsibility falls on the former spouse to provide for his or her ex-partner, rather than on the government. This model is founded on the historical notion that marriage is a potentially permanent obligation (although it revises the archaic concept of the wife's loss of identity with the voluntary secession of autonomy of two, co-equal actors as the basis for the ongoing duty). The payment corollary of this theory has been referred to as the "income replacement model", because the primary purpose of alimony payments, under the basic social obligation model, is to replace lost

La première théorie de l'obligation pendant et après le mariage est le modèle de [TRADUCTION] «l'obligation sociale fondamentale», en vertu duquel c'est à l'ex-époux, et non pas au gouvernement, qu'il incombe principalement de subvenir aux besoins de son ex-conjoint. Ce modèle repose sur la notion historique selon laquelle le mariage constitue une obligation potentiellement permanente (même s'il modifie le concept archaïque de la perte d'identité de l'épouse par le renoncement volontaire de deux acteurs égaux à l'autonomie comme fondement de l'obligation permanente). Le paiement qui résulte de cette théorie a été décrit comme le [TRADUCTION] «modèle de remplace-

income that the spouse used to enjoy as a partner to the marriage union. The advocates of this theory vary in degree of fidelity. For example, some espouse permanent and indefinite support under this model. Others argue that the goal should be not just to meet the dependent spouse's post-marital needs, but to elevate him or her as closely as possible to the standard of living enjoyed during the marriage. Yet others, like Rogerson, contend that the social obligation entitlement to spousal support need not translate into a permanent obligation.

ment du revenu», parce que l'objet premier du versement d'aliments, selon le modèle de l'obligation sociale fondamentale, est de remplacer le revenu perdu que l'époux avait l'habitude de toucher comme partenaire de l'union maritale. Les partisans de cette théorie n'y adhèrent pas tous de la même façon. Par exemple, certains préconisent une pension alimentaire permanente et indéfinie en vertu de ce modèle. D'autres soutiennent que l'objectif devrait être non seulement de subvenir aux besoins de l'époux dépendant après le mariage, mais de faire en sorte qu'il ait un niveau de vie aussi semblable que possible à celui dont il jouissait pendant le mariage. Cependant, d'autres, comme Rogerson, prétendent que le droit de l'époux à une pension alimentaire, fondé sur une obligation sociale, n'a pas besoin de se traduire par une obligation permanente.

At the other end of the spectrum lies what may be termed the "independent" model of marriage. This model sees each party to a marriage as an autonomous actor who retains his or her economic independence throughout marriage. The parties, while they "formally" commit to each other for life at the time of their vows, regard themselves as free agents in an enterprise that can terminate on the unilateral action of either party. The theory of spousal support that complements this model is the "clean-break" theory, in which a former spouse, having compensated in a restitutionary sense any economic costs of the marriage on the other spouse, moves on with his or her life, possibly to enter into more such relationships. Again, the proponents vary in their degree of allegiance. Some prefer to characterize the clean-break model as encompassing "transitional support", in addition to straight restitution, due to the general dislocation costs of unwinding the partnership.

24 À l'autre extrémité du spectre, il y a ce qu'on peut appeler le modèle du mariage «indépendant». D'après ce modèle, chaque partie au mariage est un acteur autonome qui conserve son indépendance économique pendant toute la durée du mariage. Bien qu'elles s'engagent «officiellement» l'une envers l'autre pour la vie au moment de prêter serment, les parties se considèrent comme des agents libres dans une entreprise qui peut prendre fin par l'action unilatérale de l'une d'elles. La théorie de l'obligation alimentaire des époux qui complète ce modèle est celle de la «rupture nette», en vertu de laquelle un ex-époux, après avoir procédé à l'indemnisation, au sens de restitution, des coûts économiques du mariage imposés à l'autre époux, poursuit son chemin, peut-être pour s'engager dans d'autres relations du même genre. Là encore, les partisans de cette théorie n'y adhèrent pas tous de la même façon. Certains préfèrent considérer que le modèle de la rupture nette englobe le «versement transitoire d'aliments», en plus de la simple restitution, en raison des coûts du bouleversement général engendré par le démantèlement de l'association.

The independent, clean-break model of marriage provides the theoretical basis for compensatory spousal support. The basic social obligation model equally undergirds what may be called "non-

25 Le modèle du mariage indépendant et de la rupture nette constitue le fondement théorique de la pension alimentaire compensatoire. Le modèle de l'obligation sociale fondamentale sous-tend égale-

compensatory" support. Both models of marriage and their corresponding theories of spousal support permit individual variation by contract, and hence provide a third basis for a legal entitlement to support.

26 These two theories (and I recognize that I paint with broad strokes, creating these two anchors for sake of simplicity) represent markedly divergent philosophies, values, and legal principles.

27 The mutual obligation model of marriage stresses the interdependence that marriage creates. The clean-break model stresses the independence of each party to the union. The problem with applying either model exclusively and stringently is that marriages may fit neither model (or both models). Many modern marriages are a complex mix of interdependence and independence, and the myriad of legislative provisions and objectives discussed below speak varyingly to both models. As *Payne on Divorce* (4th ed. 1996), at pp. 269-70 puts it, "the economic variables of marriage breakdown and divorce do not lend themselves to the application of any single objective".

28 The independent, clean-break model of marriage and marriage breakdown reflects a number of important policies. First, it is based on the widely accepted modern value of the equality and independence of both spouses. Second, it encourages rehabilitation and self-maximization of dependent spouses. Third, through its acceptance of a clean break terminating support obligations, it recognizes the social reality of shorter marriages and successive relationships.

29 These values and policies support the compensatory theory of support (and, to some extent, the contractual theory as well). The basic premise of contractual and compensatory support is that the

ment ce qui peut être qualifié de pension alimentaire «non compensatoire». Les deux modèles de mariage et leurs théories correspondantes en matière de pension alimentaire permettent aux époux d'apporter des changements par contrat et procurent donc un troisième fondement au droit à des aliments.

Ces deux théories (et je reconnais que je n'en trace que les grandes lignes, créant ces deux options par souci de simplicité) représentent des philosophies, des valeurs et des principes juridiques nettement divergents.

Le modèle de mariage fondé sur l'obligation mutuelle fait ressortir l'interdépendance que le mariage crée. Le modèle de la rupture nette fait ressortir l'indépendance de chaque partie à l'union. Le problème que pose l'application exclusive et stricte de l'un ou l'autre de ces modèles est qu'il se peut que des mariages ne correspondent à ni l'un ni l'autre de ceux-ci. De nombreux mariages modernes sont un amalgame complexe d'interdépendance et d'indépendance, et la multitude de dispositions législatives et d'objectifs analysés plus loin traite de façon différente des deux modèles. Comme on peut le lire dans *Payne on Divorce* (4e éd. 1996), aux pp. 269 et 270: [TRADUCTION] «les variables économiques liées à l'échec du mariage et au divorce ne se prêtent pas à l'application d'un seul objectif».

Le modèle du mariage indépendant et de la rupture nette en cas d'échec du mariage reflète un certain nombre de politiques générales importantes. Premièrement, il est fondé sur la valeur moderne largement reconnue de l'égalité et de l'indépendance des deux époux. Deuxièmement, il favorise la réadaptation des époux dépendants et leur maximalisation personnelle. Troisièmement, du fait qu'il reconnaît que la rupture nette met fin aux obligations alimentaires, ce modèle admet la réalité sociale des mariages plus courts et des relations successives.

Ces valeurs et politiques générales étayent la théorie du fondement compensatoire du droit à des aliments (et, dans une certaine mesure, aussi la théorie du fondement contractuel). Les aliments

parties are equal. As such, when the relationship ends, the parties are entitled to what they would receive in the commercial world — what the individuals contracted for and what they have lost due to the marriage, and its breakdown. Insofar as marriage may have created dependencies, it is the duty of dependent spouses to strive to free themselves from their dependencies and to assume full self-sufficiency, thereby mitigating the need for continued compensation.

contractuels et compensatoires ont pour prémisse fondamentale l'égalité des parties. Par conséquent, quand la relation prend fin, les parties ont droit à ce qu'elles recevraient dans le monde commercial — ce que les individus se sont engagés par contrat à faire et ce qu'ils ont perdu à cause du mariage et de son échec. Dans la mesure où le mariage peut avoir créé des dépendances, il incombe aux époux dépendants de chercher à s'en défaire et de parvenir à l'indépendance économique complète, et ainsi de limiter le besoin d'indemnisation permanente.

The mutual obligation theory of marriage and divorce, by contrast, posits marriage as a union that creates interdependencies that cannot be easily unravelled. These interdependencies in turn create expectations and obligations that the law recognizes and enforces. While historically rooted in a concept of marriage that saw one spouse as powerful and the other as dependent, in its modern version the mutual obligation theory of marriage acknowledges the theoretical and legal independence of each spouse, but equally the interdependence of two co-equals. It postulates each of the parties to the marriage agreeing, as independent individuals, to marriage and all that it entails — including the potential obligation of mutual support. The resultant loss of individual autonomy does not violate the premise of equality, because the autonomy is voluntarily ceded. At the same time, the mutual obligation model recognizes that actual independence may be a different thing from theoretical independence, and that a mutual obligation of support may arise and continue absent contractual or compensatory indicators.

30 Par contre, d'après la théorie de l'obligation mutuelle en matière de mariage et de divorce, le mariage est une union qui crée des interdépendances dont il est difficile de se défaire. Ces interdépendances créent à leur tour des attentes et des obligations que le droit reconnaît et met à exécution. Bien qu'elle tire son origine du concept du mariage, selon lequel l'un des époux était puissant et l'autre dépendant, la théorie du mariage fondée sur l'obligation mutuelle reconnaît l'indépendance théorique et juridique des deux époux, mais également l'interdépendance de deux personnes égales. Cette théorie pose comme principe que chaque partie au mariage souscrit, en tant que personne indépendante, au mariage et à tout ce qu'il entraîne, y compris la possibilité d'une obligation alimentaire mutuelle. La perte d'autonomie individuelle qui en résulte ne viole pas la prémisse d'égalité, car le renoncement à l'autonomie est volontaire. En même temps, le modèle de l'obligation mutuelle reconnaît que l'indépendance réelle peut différer de l'indépendance théorique, et qu'une obligation alimentaire mutuelle peut naître et continuer d'exister en l'absence de facteurs contractuels ou compensatoires.

The mutual obligation view of marriage also serves certain policy ends and social values. First, it recognizes the reality that when people cohabit over a period of time in a family relationship, their affairs may become intermingled and impossible to disentangle neatly. When this happens, it is not unfair to ask the partners to continue to support each other (although perhaps not indefinitely). Second, it recognizes the artificiality of assuming

31 La conception du mariage fondée sur l'obligation mutuelle satisfait également à certains objectifs de politique générale et à certaines valeurs sociales. Premièrement, elle reconnaît que, lorsque des gens cohabitent pendant un certain temps dans une relation familiale, leurs affaires peuvent devenir entremêlées et impossibles à démêler de manière ordonnée. Quand cela se produit, il n'est pas injuste de demander aux partenaires de conti-

that all separating couples can move cleanly from the mutual support status of marriage to the absolute independence status of single life, indicating the potential necessity to continue support, even after the marital "break". Finally, it places the primary burden of support for a needy partner who cannot attain post-marital self-sufficiency on the partners to the relationship, rather than on the state, recognizing the potential injustice of foisting a helpless former partner onto the public assistance rolls.

32 Both the mutual obligation model and the independent, clean-break model represent important realities and address significant policy concerns and social values. The federal and provincial legislatures, through their respective statutes, have acknowledged both models. Neither theory alone is capable of achieving a just law of spousal support. The importance of the policy objectives served by both models is beyond dispute. It is critical to recognize and encourage the self-sufficiency and independence of each spouse. It is equally vital to recognize that divorced people may move on to other relationships and acquire new obligations which they may not be able to meet if they are obliged to maintain full financial burdens from previous relationships. On the other hand, it is also important to recognize that sometimes the goals of actual independence are impeded by patterns of marital dependence, that too often self-sufficiency at the time of marriage termination is an impossible aspiration, and that marriage is an economic partnership that is built upon a premise (albeit rebuttable) of mutual support. The real question in such cases is whether the state should automatically bear the costs of these realities, or whether the family, including former spouses, should be asked to contribute to the need, means permitting. Some suggest it would be better if the state automatically picked up the costs of such cases: Rogerson, "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)", *supra*, at p. 234, n. 172. However, as will

nuer à subvenir mutuellement à leurs besoins (quoique peut-être pas indéfiniment). Deuxièmement, elle reconnaît qu'il est irréaliste de supposer que tous les couples qui se séparent pourront facilement passer de l'obligation alimentaire mutuelle du mariage à l'indépendance absolue du célibat, d'où la nécessité éventuelle de poursuivre le versement d'aliments même après la «rupture» du mariage. Enfin, elle impose aux partenaires de la relation, plutôt qu'à l'État, l'obligation principale de verser des aliments au partenaire dans le besoin qui est incapable de parvenir à l'indépendance économique après le mariage, reconnaissant qu'il pourrait être injuste d'obliger un ex-partenaire sans ressources à joindre les rangs des assistés sociaux.

Le modèle de l'obligation mutuelle et le modèle de l'indépendance et de la rupture nette représentent des réalités importantes et abordent des questions de politique générale et des valeurs sociales importantes. Le Parlement et les législatures ont, par leurs lois respectives, reconnu les deux modèles. Ni l'une ni l'autre des théories ne permet à elle seule de parvenir à une loi équitable en matière de pension alimentaire au profit d'un époux. L'importance des objectifs de politique générale servis par les deux modèles est incontestable. Il est primordial de reconnaître et d'encourager l'autonomie et l'indépendance des deux époux. Il est également essentiel de reconnaître que les personnes divorcées peuvent passer à d'autres relations et assumer de nouvelles obligations qu'elles ne pourront peut-être pas remplir si elles sont tenues de conserver au complet leurs fardeaux financiers découlant de relations antérieures. Par ailleurs, il est également important de reconnaître que les objectifs d'indépendance réelle sont parfois entravés par des formes de dépendance maritale, que trop souvent l'indépendance économique à la fin du mariage est une utopie et que le mariage est une association économique qui repose sur la prémisse (bien que réfutable) de l'obligation alimentaire mutuelle. La vraie question dans de tels cas est de savoir si l'État devrait automatiquement assumer les coûts de ces réalités, ou si on devrait demander à la famille, y compris les ex-époux, de subvenir aux besoins selon les ressources disponibles. Certains laissent entendre qu'il serait préfé-

be seen, Parliament and the legislatures have decreed otherwise by requiring courts to consider not only compensatory factors, but the "needs" and "means" of the parties. It is not a question of either one model or the other. It is rather a matter of applying the relevant factors and striking the balance that best achieves justice in the particular case before the court.

With these theories and policy concerns of marriage and marriage breakdown in mind, I turn to the pertinent statutes. They reveal the joint operation, in different provisions, of both legal paradigms, and hence the compensatory, non-compensatory, and contractual foundations for an entitlement to post-marital spousal support.

(3) The Statutes

The *Divorce Act* and the provincial support statutes are intended to deal with the economic consequences of the marriage breakdown for both parties. See, e.g., *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, preamble, which characterizes its purpose as "to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership". The statutes require a fair and equitable distribution of resources to alleviate these consequences, regardless of gender. See C. Martin, "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135, at p. 139 (identifying increased equity in distribution as a "primary objective" of the new *Divorce Act*). As this Court pointed out in *Moge*, *supra*, *per* L'Heureux-Dubé J., the *Divorce Act* is premised on the doctrine of the equitable sharing of the economic consequences of the marriage and

rable que l'État assume automatiquement les coûts dans ces situations: Rogerson, «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)», *loc. cit.*, à la p. 234, n. 172. Toutefois, comme nous le verrons, le Parlement et les législatures en ont décidé autrement en exigeant que les tribunaux tiennent compte non seulement des facteurs compensatoires, mais également des «besoins» et des «ressources» des parties. Il ne s'agit pas de choisir un modèle ou l'autre. Il s'agit plutôt d'appliquer les facteurs pertinents et d'établir l'équilibre qui sert le mieux la justice dans l'affaire particulière dont le tribunal est saisi.

Gardant à l'esprit ces théories et questions de politique générale concernant le mariage et l'échec du mariage, je passe maintenant à l'examen des lois pertinentes. Elles témoignent de l'application conjointe, dans différentes dispositions, des deux paradigmes juridiques, et, en conséquence, des fondements compensatoires, non compensatoires et contractuels d'un droit des époux à une pension alimentaire après le mariage. 33

(3) Les lois

La *Loi sur le divorce* et les lois provinciales en matière d'obligation alimentaire visent les conséquences économiques de l'échec du mariage pour les deux parties. Voir, par exemple, le préambule de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, qui indique que l'objectif de la Loi est de «prévoi[r] le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société». Les lois exigent un partage juste et équitable des ressources afin d'atténuer ces conséquences, sans distinction de sexe. Voir C. Martin, «Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law» (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135, à la p. 139 (qui décrit le partage plus équitable comme un [TRADUCTION] «objectif premier» de la nouvelle *Loi sur le divorce*). Comme notre Cour l'a souligné, par l'intermédiaire du juge L'Heureux-Dubé, dans *Moge*, précité, la *Loi sur le divorce* repose sur le principe du partage équitable des con- 34

its breakdown. It is not confined to one type of marriage or one type of support.

séquences économiques du mariage et de son échec. Elle ne se limite ni à un type de mariage ni à un type d'obligation alimentaire.

35 *Moge, supra*, sets out the method to be followed in determining a support dispute. The starting point is the objectives which the *Divorce Act* stipulates the support order should serve: (1) recognition of economic advantage or disadvantage arising from the marriage or its breakdown; (2) apportionment of the financial burden of child care; (3) relief of economic hardship arising from the breakdown of the marriage, and (4) promotion of the economic self-sufficiency of the spouses: s. 15.2(6). No single objective is paramount; all must be borne in mind. The objectives reflect the diverse dynamics of the many unique marital relationships.

L'arrêt *Moge*, précité, établit la méthode à suivre pour régler un litige en matière d'obligation alimentaire. Ce sont les objectifs de l'ordonnance alimentaire, définis par la *Loi sur le divorce*, qui servent de point de départ: (1) la prise en compte des avantages ou des inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec, (2) la répartition du fardeau économique découlant du soin de tout enfant à charge, (3) l'aplanissement de toute difficulté économique causée par l'échec du mariage, et (4) la promotion de l'indépendance économique des époux: par. 15.2(6). Aucun objectif en particulier n'est prédominant; il faut tous les avoir à l'esprit. Ces objectifs reflètent la dynamique variée des nombreuses formes singulières de relation maritale.

36 Against the background of these objectives the court must consider the factors set out in s. 15.2(4) of the *Divorce Act*. Generally, the court must look at the "condition, means, needs and other circumstances of each spouse". This balancing includes, but is not limited to, the length of cohabitation, the functions each spouse performed, and any order, agreement or arrangement relating to support. Depending on the circumstances, some factors may loom larger than others. In cases where the extent of the economic loss can be determined, compensatory factors may be paramount. On the other hand, "in cases where it is not possible to determine the extent of the economic loss of a disadvantaged spouse . . . the court will consider need and standard of living as the primary criteria together with the ability to pay of the other party": *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147 (C.A.), at p. 156, *per* Bastarache J.A. (as he then was). There is no hard and fast rule. The judge must look at all the factors in the light of the stipulated objectives of support, and exercise his or her discretion in a manner that equitably alleviates the adverse consequences of the marriage breakdown.

Compte tenu de ces objectifs, la cour doit prendre en considération les facteurs énoncés au par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*. En général, elle doit tenir compte des «ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux». Cette évaluation porte notamment sur la durée de la cohabitation des époux, les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci et toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire. Selon les circonstances, certains facteurs peuvent l'emporter sur d'autres. Dans des cas où il est possible de déterminer l'importance de la perte économique, les facteurs compensatoires peuvent être ce qui compte le plus. Par ailleurs, [TRADUCTION] «dans les causes où il n'est pas possible de mesurer l'ampleur de la perte économique de l'époux désavantagé [. . .] la cour considère les besoins et le niveau de vie comme critères premiers, avec la capacité de payer de l'autre partie»: *Ross c. Ross* (1995), 168 R.N.-B. (2e) 147 (C.A.), à la p. 156, le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour). Il n'y a pas de règle absolue. Le juge doit tenir compte de tous les facteurs à la lumière des objectifs mentionnés de l'obligation alimentaire et exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à atténuer équitablement les conséquences néfastes de l'échec du mariage.

The *Divorce Act* and *Family Relations Act*, through their various provisions, accommodate both models of marriage and marriage breakdown outlined above. While the law has evolved to accept compensation as an important basis of support and to encourage the self-sufficiency of each spouse when the marriage ends, where compensation is not indicated and self-sufficiency is not possible, a support obligation may nonetheless arise from the marriage relationship itself. Turning to the specific provisions, the factors judges must consider in resolving support issues reveal the three different conceptual bases for spousal support obligations — contractual, compensatory, and non-compensatory. The judge must consider them all, and any or all of them may figure in the ultimate order, as may be appropriate in the circumstances of the case.

The contractual or consensual basis for support finds its source in s. 89(1)(b) of the *Family Relations Act*, which counsels courts to "hav[e] regard to . . . (b) an express or implied agreement between the spouses that one has the responsibility to support and maintain the other", and s. 15.2(4) of the *Divorce Act* ("In making an order under subsection (1) . . ., the court shall take into consideration . . . (*c*) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse"). Consensual considerations may either create or negate an obligation to support, under appropriate circumstances.

The compensatory basis for support finds its source in a number of factors mentioned in the statutes. In the British Columbia *Family Relations Act*, these include s. 89(1)(a) and (d). "[T]he role of each spouse in their family" embraces the contributions made by the spouses to the family for which compensation may be appropriate on the collapse of the marriage. Similarly, "the ability and capacity of . . . either or both spouses to support themselves" permits a court to examine whether spouses have foregone opportunities to develop the ability to support themselves because of the mar-

La *Loi sur le divorce* et la *Family Relations Act*, par leurs différentes dispositions, tiennent compte des deux modèles susmentionnés du mariage et de l'échec du mariage. Bien que le droit ait évolué de façon à admettre l'indemnisation comme motif important de verser des aliments et à favoriser l'indépendance économique des deux époux à la fin du mariage, quand l'indemnisation n'est pas indiquée et que l'indépendance économique est impossible, une obligation alimentaire peut néanmoins découler de la relation maritale elle-même. En ce qui concerne les dispositions particulières, les facteurs que les juges doivent considérer pour régler les questions litigieuses en matière d'aliments reflètent les trois différents fondements conceptuels des obligations alimentaires — contractuel, compensatoire et non compensatoire. Le juge doit tenir compte de tous ces facteurs, qui peuvent, en totalité ou en partie, figurer dans l'ordonnance finale, selon les circonstances de l'affaire. 37

Le fondement contractuel ou consensuel des aliments a son origine dans l'al. 89(1)b) de la *Family Relations Act*, qui recommande aux tribunaux de tenir compte «b) d'une entente expresse ou tacite entre les époux en vertu de laquelle l'un des époux est tenu de fournir des aliments à l'autre époux», et dans le par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce* («En rendant une ordonnance [. . .] au titre du présent article, le tribunal tient compte de [. . .] *c*) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux»). Des considérations consensuelles peuvent soit créer soit annuler une obligation alimentaire, dans des circonstances appropriées. 38

Le fondement compensatoire des aliments a sa source dans un certain nombre de facteurs mentionnés dans les lois. Dans la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, ces facteurs figurent notamment aux al. 89(1)a) et d). «[Le] rôle de chaque époux dans la famille» s'étend à la contribution des époux à la famille, pour laquelle l'indemnisation peut être indiquée à la rupture du mariage. De même, «la capacité de l'un ou l'autre des époux, ou des deux à la fois, de subvenir à leurs besoins» permet à un tribunal d'examiner si les époux ont renoncé à des occasions de dévelop- 39

riage, or have been rendered less able to support themselves by adverse effects of the marriage or the marriage breakdown. "[C]ustodial obligations respecting a child" (*Family Relations Act*, s. 89(1)(c)) may relate to compensation. While spousal support is distinct from child support, the need to care for children has an impact on factors relevant to spousal support. Under the *Divorce Act*, compensation arguments can be grounded in the need to consider the "condition" of the spouse; the "means, needs and other circumstances" of the spouse, which may encompass lack of ability to support oneself due to foregoing career opportunities during the marriage; and "the functions performed by each spouse during cohabitation", which may support the same argument. In sum, these compensatory statutory provisions can be seen to embrace the independent, clean-break model of marriage and marriage breakdown.

per leur capacité de subvenir à leurs propres besoins à cause du mariage, ou s'ils sont devenus moins aptes à le faire en raison d'effets néfastes du mariage ou de son échec. Les «obligations de garde concernant un enfant» (*Family Relations Act*, al. 89(1)c)) peuvent se rapporter à l'indemnisation. Bien que l'obligation alimentaire au profit d'un époux soit distincte de celle qui existe au profit d'un enfant, la nécessité de prendre soin des enfants influe sur les facteurs pertinents en matière d'obligation alimentaire au profit d'un époux. Sous le régime de la *Loi sur le divorce*, les arguments de l'indemnisation peuvent reposer sur la nécessité de tenir compte de la «situation» de l'époux, des «ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation» de l'époux, qui peut comprendre l'incapacité de subvenir à ses besoins à cause des possibilités de carrière auxquelles il a renoncé pendant le mariage, et des «fonctions [que les époux] ont remplies au cours de [la cohabitation]», qui peuvent étayer le même argument. Somme toute, ces dispositions législatives touchant l'indemnisation peuvent être considérées comme s'appliquant au modèle du mariage indépendant et de la rupture nette en cas d'échec du mariage.

40 While the statutes contemplate an obligation of support based on the grounds of contract and compensation, they do not confine the obligation to these grounds. The "ability and capacity of, and the reasonable efforts made by, either or both spouses to support themselves" (*Family Relations Act*, s. 89(1)(d)), suggests a concern with need that transcends compensation or contract. Even if a spouse has foregone no career opportunities or has not otherwise been handicapped by the marriage, the court is required to consider that spouse's actual ability to fend for himself or herself and the effort that has been made to do so, including efforts after the marriage breakdown. Similarly, "economic circumstances" (s. 89(1)(e)) invites broad consideration of all factors relating to the parties' financial positions, not just those related to compensation. The same may be said for the broad injunction of the *Divorce Act* that the court consider the "condition, means, needs and other circumstances of each spouse". To be sure, these factors may support arguments based on compen-

Bien que les lois prévoient une obligation alimentaire fondée sur le contrat et l'indemnisation, elles ne restreignent pas l'obligation à ces motifs. La «capacité de l'un ou l'autre des époux, ou des deux à la fois, de subvenir à leurs besoins, et [l]es efforts raisonnables qu'ils déploient en ce sens» (*Family Relations Act*, al. 89(1)d)), indiquent une préoccupation des besoins qui transcende l'indemnisation ou le contrat. Même si un époux n'a pas renoncé à des possibilités de carrière ou n'a pas autrement été désavantagé par le mariage, le tribunal doit tenir compte de la capacité réelle de cet époux de se débrouiller seul et des efforts qu'il a déployés en ce sens, y compris ceux déployés après l'échec du mariage. De même, les «circonstances économiques» (al. 89(1)e)) incitent à prendre en considération, de manière générale, tous les facteurs concernant la situation financière des parties, et non seulement ceux liés à l'indemnisation. On peut en dire autant de la *Loi sur le divorce* qui ordonne aux tribunaux de tenir compte «des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la

sation for what happened during the marriage and its breakdown. But they invite an inquiry that goes beyond compensation to the actual situation of the parties at the time of the application. Thus, the basic social obligation model may equally be seen to occupy the statutory provisions.

situation de chaque époux». Évidemment, ces facteurs peuvent étayer des arguments fondés sur l'indemnisation relative à ce qui s'est passé pendant le mariage et à son échec. Toutefois, ils incitent à aller plus loin que la question de l'indemnisation pour examiner la situation réelle des parties au moment de la demande. Par conséquent, le modèle de l'obligation sociale fondamentale peut également être considéré comme visé par les dispositions législatives.

Section 15.2(6) of the *Divorce Act*, which sets out the objectives of support orders, also speaks to these non-compensatory factors. The first two objectives — to recognize the economic consequences of the marriage or its breakdown and to apportion between the spouses financial consequences of child care over and above child support payments — are primarily related to compensation. But the third and fourth objectives are difficult to confine to that goal. "[E]conomic hardship . . . arising from the breakdown of the marriage" is capable of encompassing not only health or career disadvantages arising from the marriage breakdown properly the subject of compensation (perhaps more directly covered in s. 15.2(6)(*a*): see *Payne on Divorce*, *supra*, at pp. 251-53), but the mere fact that a person who formerly enjoyed intra-spousal entitlement to support now finds herself or himself without it. Looking only at compensation, one merely asks what loss the marriage or marriage breakup caused that would not have been suffered but for the marriage. But even where loss in this sense cannot be established, the breakup may cause economic hardship in a larger, non-compensatory sense. Such an interpretation supports the independent inclusion of s. 15.2(6)(*c*) as a separate consideration from s. 15.2(6)(*a*). Thus, Rogerson sees s. 15.2(6)(*c*), "the principle of compensation for the economic disadvantages of the *marriage breakdown* as distinct from the disadvantages of the marriage", as an explicit recognition of "non-compensatory"

41 Le paragraphe 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*, qui énonce les objectifs de l'ordonnance alimentaire, traite également de ces facteurs non compensatoires. Les deux premiers objectifs — reconnaître les conséquences économiques du mariage ou de son échec et répartir entre les époux les conséquences économiques du soin d'un enfant, en sus de toute obligation alimentaire au profit de l'enfant — sont essentiellement liés à l'indemnisation. Toutefois, il est difficile de limiter les troisième et quatrième objectifs à ce but. La «difficulté économique que l'échec du mariage [. . .] cause» peut englober non seulement les inconvénients en matière de santé ou de carrière qui sont causés par l'échec du mariage et qui font à juste titre l'objet d'une indemnisation (que l'al. 15.2(6)*a*) traite peut-être plus directement: voir *Payne on Divorce*, *op. cit.*, aux pp. 251 à 253), mais encore le simple fait qu'une personne qui bénéficiait auparavant d'un droit aux aliments à titre d'époux au sein du mariage se trouve désormais privée de ce droit. Sur le seul plan de l'indemnisation, il suffit d'identifier la perte que le mariage ou son échec a causée et qui n'aurait pas été subie s'il n'y avait pas eu de mariage. Cependant, même s'il est impossible d'établir l'existence d'une perte en ce sens, la rupture peut engendrer des difficultés économiques dans un sens plus large et non compensatoire. Une telle interprétation justifie l'insertion de l'al. 15.2(6)*c*) à titre de facteur distinct et indépendant de l'al. 15.2(6)*a*). Par conséquent, Rogerson voit dans l'al. 15.2(6)*c*), [TRADUCTION] «le principe de l'indemnisation des inconvénients économiques découlant de l'*échec du mariage* par opposition aux inconvénients découlant du mariage», la reconnaissance explicite des aliments «non com-

support ("Spousal Support After *Moge*", *supra*, at pp. 371-72 (emphasis in original)).

42 Similarly, the fourth objective of s. 15.2(6) of the *Divorce Act* — to promote economic self-sufficiency — may or may not be tied to compensation for disadvantages caused by the marriage or its breakup. A spouse's lack of self-sufficiency may be related to foregoing career and educational opportunities because of the marriage. But it may also arise from completely different sources, like the disappearance of the kind of work the spouse was trained to do (a career shift having nothing to do with the marriage or its breakdown) or, as in this case, ill-health.

43 In summary, nothing in the *Family Relations Act* or the *Divorce Act* suggests that the only foundations for spousal support are compensatory. Indeed, I find it difficult to confine the words of the statutes to this model. It is true that in 1986 the *Divorce Act* was amended to place greater emphasis on compensation. This represented a shift away "to some degree" from the "means and needs" approach of the 1968 Act: *Payne on Divorce*, *supra*, at p. 267. But while the focus of the Act may have shifted or broadened, it retains the older idea that spouses may have an obligation to meet or contribute to the needs of their former partners where they have the capacity to pay, even in the absence of a contractual or compensatory foundation for the obligation. Need alone may be enough. More broadly, the legislation can be seen as a sensitive compromise of the two competing philosophies of marriage, marriage breakdown, and spousal support.

(4) The Case Law

44 Turning to the jurisprudence, Mr. Bracklow cites L'Heureux-Dubé J.'s statement in *Moge*, *supra*, that "marriage *per se* does not automatically entitle a spouse to support" (p. 864). That is true. To hold otherwise would swing the pendulum too

pensatoires» («Spousal Support After *Moge*», *loc. cit.*, aux pp. 371 et 372 (en italique dans l'original)).

De même, le quatrième objectif du par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce* — favoriser l'indépendance économique — peut être lié ou non lié à l'indemnisation des inconvénients causés par le mariage ou son échec. La dépendance économique d'un époux peut être liée au renoncement à des possibilités de carrière ou d'études à cause du mariage. Toutefois, elle peut également avoir des causes tout à fait différentes, comme la disparition du genre de travail pour lequel l'époux avait reçu une formation (une réorientation de carrière n'ayant rien à voir avec le mariage ou son échec) ou, comme c'est le cas en l'espèce, une santé déficiente.

En résumé, rien dans la *Family Relations Act* ou dans la *Loi sur le divorce* n'indique que les seuls fondements de la pension alimentaire au profit d'un époux sont compensatoires. En fait, il m'est difficile de restreindre le libellé des lois à ce modèle. Il est vrai qu'en 1986 la *Loi sur le divorce* a été modifiée de manière à mettre davantage l'accent sur l'indemnisation. Cela représentait [TRADUCTION] «dans une certaine mesure» une dérogation à la méthode «des ressources et des besoins» de la Loi de 1968: *Payne on Divorce*, *op. cit.*, à la p. 267. Cependant, bien que son point de mire puisse avoir changé ou avoir été élargi, la Loi retient l'idée plus ancienne que les époux peuvent être tenus de subvenir aux besoins de leurs ex-partenaires s'ils ont la capacité de payer, même si cette obligation est sans fondement contractuel ou compensatoire. Les besoins seuls peuvent suffire. De façon plus générale, la mesure législative peut être considérée comme un compromis délicat entre les deux philosophies opposées du mariage, de l'échec du mariage et de l'obligation alimentaire.

(4) La jurisprudence

En ce qui concerne la jurisprudence, M. Bracklow cite l'affirmation du juge L'Heureux-Dubé dans *Moge*, précité, selon laquelle «le mariage en soi ne donne pas automatiquement droit aux aliments» (p. 864). C'est vrai. Affirmer

far back and completely ignore the independent, clean-break model of marriage. But, in certain circumstances, marriage may give rise to an obligation. It is not the bare fact of marriage, so much as the relationship that is established and the expectations that may reasonably flow from it that give rise to the obligation of support under the statutes. This Court in *Moge*, *per* L'Heureux-Dubé J., emphasized that the court must consider all the objectives of support and all the factors relating to its award. These include non-compensatory factors, like need and means. Indeed, L'Heureux-Dubé J. expressly alluded to the propriety of non-compensatory support in *Moge*. She held that although the 1986 *Divorce Act* shifted the focus of support toward self-sufficiency and compensation, it did not eliminate the traditional consideration of "means and needs". Although *Moge* was primarily concerned with a claim for compensatory support, L'Heureux-Dubé J. noted that in other cases, like those of sick or disabled spouses, a support obligation might well lie even in the absence of a compensatory underpinning. She pointed out that while some of the provisions of the *Divorce Act* are compensatory in character, "[they] may not be characterized as exclusively compensatory" (p. 865). She continued:

> These latter paragraphs may embrace the notion that the primary burden of spousal support should fall on family members not the state. In my view, an equitable sharing of the economic consequences of divorce does not exclude other considerations, particularly when dealing with sick or disabled spouses. While the losses or disadvantages flowing from the marriage in such cases may seem minimal . . . , the effect of its breakdown will not, and support will still be in order in most cases. [First emphasis in original; second emphasis added.]

L'Heureux-Dubé J. (at p. 845) cited with approval Proudfoot J.A.'s suggestion in *Story v. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225 (B.C.C.A.), at

le contraire nous ramènerait trop loin en arrière et ne tiendrait aucunement compte du modèle du mariage indépendant et de la rupture nette. Toutefois, le mariage peut, dans certains cas, donner naissance à une obligation. Ce n'est pas tant le seul fait du mariage que la relation qui s'établit et les attentes qui peuvent raisonnablement en découler qui donnent naissance à l'obligation alimentaire prévue par les lois. Dans l'arrêt *Moge*, notre Cour, par l'intermédiaire du juge L'Heureux-Dubé, a souligné que le tribunal doit tenir compte de tous les objectifs des aliments et de tous les facteurs relatifs à leur attribution. Ceux-ci comprennent notamment des facteurs non compensatoires tels que les besoins et les ressources. En fait, le juge L'Heureux-Dubé a expressément évoqué l'opportunité d'une pension alimentaire non compensatoire dans l'arrêt *Moge*. Elle a décidé que, même si la *Loi sur le divorce* de 1986 mettait plutôt l'accent sur l'indépendance économique et l'indemnisation en matière d'aliments, elle n'a pas écarté le facteur traditionnel des «ressources et des besoins». Même si l'arrêt *Moge* portait principalement sur une demande de pension alimentaire compensatoire, le juge L'Heureux-Dubé fait remarquer que, dans d'autres affaires, comme celles concernant des époux malades ou handicapés, une obligation alimentaire pourrait bien être justifiée même sans fondement compensatoire. Elle a souligné que même si certaines dispositions de la *Loi sur le divorce* sont de nature compensatoire, «[elles] ne peuvent être considéré[e]s comme l'étant exclusivement» (p. 865). Elle a poursuivi:

> Ces derniers alinéas peuvent embrasser la notion selon laquelle la charge première de l'obligation alimentaire conjugale devrait incomber aux membres de la famille et non à l'État. À mon avis, le partage équitable des conséquences économiques du divorce n'exclut pas d'autres facteurs, en particulier dans des cas où un conjoint souffre de maladie ou d'incapacité. Même si [. . .] les pertes ou les inconvénients découlant du mariage peuvent sembler minimes en pareils cas, il en sera tout autrement de l'effet de l'échec du mariage, et il y aura lieu d'accorder des aliments dans la plupart des cas. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

Le juge L'Heureux-Dubé (à la p. 845) a cité, en l'approuvant, la proposition du juge Proudfoot dans l'arrêt *Story c. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 45

p. 245, that in cases where self-sufficiency is impossible, there may be a support obligation flowing "from the marriage relationship and the expectations the parties had when they married" (emphasis added). In concurring reasons in *Moge*, I also emphasized that while some of the statutory factors permit compensation to be considered, this is not the sole focus of the legislation. "Neither a 'compensation model' nor a 'self-sufficiency model' captures the full content of [s. 15.2(6) of the *Divorce Act*], though both may be relevant to the judge's decision" (p. 879).

225 (C.A.C.-B.), à la p. 245, voulant que, dans les cas où l'indépendance économique est impossible, il puisse y avoir une obligation alimentaire découlant [TRADUCTION] «du lien du mariage et des attentes qu'avaient les parties au moment où elles se sont mariées» (je souligne). Dans mes motifs concordants de l'arrêt *Moge*, j'ai également fait ressortir que, bien que certains facteurs prévus par la loi permettent de tenir compte de l'indemnisation, il ne s'agit pas du seul point de mire de la mesure législative. «Ni un "modèle d'indemnisation", ni un "modèle d'indépendance économique" ne saisissent l'esprit intégral [du par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*], bien que les deux puissent être pertinents pour la décision du juge» (p. 879).

46 Following *Moge*'s broad view of causation in compensatory support and the concomitant acceptance of the availability of non-compensatory support, courts have shown increasing willingness to order support for ill and disabled spouses. Sometimes they have done this as a "transition" to self-sufficiency: *Parish v. Parish* (1993), 46 R.F.L. (3d) 117 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). But more often, they have frankly stated that the obligation flows from the marriage relationship itself. Collecting cases, Rogerson explains in "Spousal Support After *Moge*", *supra*, at p. 378 (footnotes omitted):

Suivant la conception large, dans *Moge*, du lien de causalité en matière d'aliments compensatoires et l'acceptation concomitante de la possibilité d'accorder des aliments non compensatoires, les tribunaux sont de plus en plus disposés à accorder des aliments pour les époux malades et handicapés. Ils l'ont parfois fait à titre de «mesure transitoire» en attendant que l'indépendance économique soit atteinte: *Parish c. Parish* (1993), 46 R.F.L. (3d) 117 (C. Ont. (Div. gén.)). Mais plus souvent, ils ont simplement déclaré que l'obligation découle de la relation maritale elle-même. Après avoir examiné la jurisprudence, Rogerson explique, dans «Spousal Support After *Moge*», *loc. cit.*, à la p. 378 (renvois omis):

> The [more dominant] approach, . . . particularly in cases of earning capacity permanently limited by age, illness or disability, and the one generally supported by the developing Court of Appeal jurisprudence, has been to award continuing support without regard to the source of the post-divorce need. On this approach, which I earlier referred to as the "basic social obligation" approach, causal connection arguments have been rejected not only in determining entitlement to support, but also in assessing the extent of the obligation. The message coming from the cases adopting this approach appears to be that one takes one's spouse as one finds him or her, subject to all his or her, weaknesses and limitations with respect to income-earning capacity; and a spouse with higher earning capacity has a basic obligation to make continuing provision for a spouse who is unable to become self-sufficient at the end of the marriage. One is simply not allowed to abandon a spouse to

> [TRADUCTION] La méthode [prédominante], [. . .] particulièrement dans des affaires où la capacité de gagner sa vie est limitée de façon permanente en raison de l'âge, de la maladie ou d'un handicap, et celle généralement étayée par la jurisprudence récente de la Cour d'appel, consiste à accorder une pension alimentaire permanente sans égard à l'origine des besoins après le divorce. Selon cette méthode, que j'ai déjà désignée sous le nom de méthode de l'«obligation sociale fondamentale», les arguments du lien de causalité ont été rejetés non seulement pour déterminer le droit aux aliments, mais également pour évaluer l'étendue de l'obligation. Le message émanant des décisions qui adoptent cette méthode paraît être qu'on accepte son époux comme il est, avec ses faiblesses et ses limites relativement à sa capacité de gagner un revenu; et l'époux qui a une capacité supérieure de gagner sa vie a l'obligation fondamentale de subvenir de façon permanente aux

destitution at the end of a marriage if one has financial resources which might assist in relieving the other spouse's financial circumstances. [Emphasis added.]

Rogerson concludes that "the non-compensatory principle . . . has come to play . . . a large role in the subsequent case law, providing in many cases a very generous basis for support" (p. 384): see, e.g., *Ashworth v. Ashworth* (1995), 15 R.F.L. (4th) 379 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (non-compensatory permanent support ordered for disabled spouse who, on the judge's findings of fact, benefited from the marriage, as opposed to needing any compensation). "The current approach is typically justified by reference, first, to *Moge*'s rejection of the applicability of the causal connection test, and second, to the fact that the spouse who is ill suffers disadvantage from the *breakdown* of the marriage and the loss of financial support from the other spouse" (Rogerson, "Spousal Support After *Moge*", *supra*, at pp. 378-79 (emphasis in original)).

To permit the award of support to a spouse disabled by illness is but to acknowledge the goal of equitably dealing with the economic consequences of marital breakdown that this Court in *Moge*, *supra*, recognized as lying at the heart of the *Divorce Act*. It also may well accord, in my belief, with society's sense of what is just. The Report of the Scottish Law Commission, *Family Law: Report on Aliment and Financial Provision* (1981), at pp. 111-12, a thoughtful analysis of the rationale and policy considerations of spousal support and illness, states:

Financial provision on divorce is not . . . simply a matter of abstract principle. It is essential that any system should be acceptable to public opinion and it is clear from the comments we have received that many people would find it hard to accept a system which cut off, say, an elderly or disabled spouse with no more than a three-

besoins du conjoint qui est incapable de devenir économiquement indépendant à la fin du mariage. L'on ne peut simplement pas abandonner un époux dans la misère à la fin d'un mariage si on a les moyens de l'aider à alléger ses difficultés financières. [Je souligne.]

47 Rogerson conclut que [TRADUCTION] «le principe des aliments non compensatoires [. . .] en est venu à jouer [. . .] un rôle important dans la jurisprudence subséquente, et a fourni, dans bien des cas, un motif très libéral d'accorder des aliments» (p. 384): voir, par exemple, *Ashworth c. Ashworth* (1995), 15 R.F.L. (4th) 379 (C. Ont. (Div. gén.)) (des aliments permanents non compensatoires ont été accordés à un époux handicapé qui, selon la conclusion de fait du juge, avait bénéficié du mariage et n'avait pas besoin d'une indemnisation). [TRADUCTION] «La méthode actuelle est habituellement justifiée par la mention, premièrement, du rejet dans *Moge* de l'applicabilité du critère du lien de causalité et, deuxièmement, du fait que l'époux malade subit un inconvénient à cause de l'*échec* du mariage et de la perte de soutien financier de l'autre époux» (Rogerson, «Spousal Support After *Moge*», *loc. cit.*, aux pp. 378 et 379 (en italique dans l'original)).

48 Permettre l'attribution d'une pension alimentaire à l'époux handicapé par la maladie ne fait que reconnaître l'objectif de traitement équitable des conséquences économiques de l'échec du mariage, qui, d'après notre Cour, dans l'arrêt *Moge*, précité, est au cœur de la *Loi sur le divorce*. J'estime aussi que cela peut bien être conforme à ce que la société considère comme juste. Dans le rapport de la Scottish Law Commission, intitulé *Family Law: Report on Aliment and Financial Provision* (1981), aux pp. 111 et 112, où l'on procède à une analyse approfondie de la raison d'être et des considérations de politique générale de l'obligation alimentaire en cas de maladie, on affirme:

[TRADUCTION] L'aide financière à la suite d'un divorce n'est [. . .] pas seulement une question de principe abstrait. Il est essentiel que tout système soit acceptable dans l'opinion publique et il ressort clairement des observations que nous avons reçues que bien des gens accepteraient difficilement un système qui n'accorderait, disons, à un époux âgé ou handicapé, qu'une pension dont la durée serait limitée aux trois années suivant le

year allowance after divorce, no matter how wealthy the other party might be.

Divorce ends the marriage. Yet in some circumstances the law may require that a healthy party continue to support a disabled party, absent contractual or compensatory entitlement. Justice and considerations of fairness may demand no less.

49 In summary, the statutes and the case law suggest three conceptual bases for entitlement to spousal support: (1) compensatory, (2) contractual, and (3) non-compensatory. Marriage, as this Court held in *Moge* (at p. 870), is a "joint endeavour", a socio-economic partnership. That is the starting position. Support agreements are important (although not necessarily decisive), and so is the idea that spouses should be compensated on marriage breakdown for losses and hardships caused by the marriage. Indeed, a review of cases suggests that in most circumstances compensation now serves as the main reason for support. However, contract and compensation are not the only sources of a support obligation. The obligation may alternatively arise out of the marriage relationship itself. Where a spouse achieves economic self-sufficiency on the basis of his or her own efforts, or on an award of compensatory support, the obligation founded on the marriage relationship itself lies dormant. But where need is established that is not met on a compensatory or contractual basis, the fundamental marital obligation may play a vital role. Absent negating factors, it is available, in appropriate circumstances, to provide just support.

B. *Quantum of the Award*

50 The parties segregate entitlement and quantum for purposes of analysis in their submissions on how the Court should exercise its discretion. While I am content to deal with the case in this manner, it must be emphasized that the same factors that go

divorce, peu importe les ressources financières de l'autre partie.

Le divorce met fin au mariage. Encore est-il que, dans certains cas, la loi peut exiger que l'époux bien portant continue de subvenir aux besoins de son ex-conjoint malade, en l'absence de tout droit contractuel ou compensatoire. Il se peut que la justice et des considérations d'équité ne commandent rien de moins.

En résumé, les lois et la jurisprudence proposent trois fondements conceptuels du droit d'un époux à une pension alimentaire: (1) compensatoire, (2) contractuel et (3) non compensatoire. Comme notre Cour l'a conclu dans *Moge* (à la p. 870), le mariage est une «entreprise commune», une association socio-économique. Voilà le point de départ. Les ententes relatives aux aliments sont importantes (quoique non nécessairement déterminantes), tout comme l'idée que les époux devraient, à l'échec du mariage, être indemnisés des pertes et des difficultés résultant du mariage. En fait, l'examen de la jurisprudence indique que, dans la plupart des cas, l'indemnisation est désormais le principal motif d'attribution d'aliments. Toutefois, le contrat et l'indemnisation ne sont pas les seules sources d'obligation alimentaire. L'obligation peut aussi découler de la relation maritale elle-même. Quand un époux parvient à l'indépendance économique grâce à ses propres efforts ou à la suite de l'attribution d'aliments compensatoires, l'obligation fondée sur la relation maritale elle-même est latente. Mais si on établit l'existence d'un besoin auquel il n'est pas satisfait sur une base compensatoire ou contractuelle, l'obligation maritale fondamentale peut jouer un rôle crucial. S'il n'y a pas de facteur qui annule cette obligation, elle peut être invoquée, dans les circonstances appropriées, pour accorder une juste pension alimentaire.

B. *Le quantum des aliments accordés*

Pour les fins de l'analyse, les parties distinguent le droit aux aliments de leur quantum dans leurs observations sur la façon dont la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire. Bien que je me contente de traiter l'affaire de cette façon, je dois

to entitlement have an impact on quantum. In terms of the underlying theories, there is no strong distinction. The real issue is what support, if any, should be awarded in the situation before the judge on the factors set out in the statutes. For practical purposes, however, it may be useful to proceed by establishing entitlement first and then effecting necessary adjustments through quantum. As Rogerson notes, "What is emerging as the dominant approach offers a very broad basis of entitlement, with quantum operating as the only obvious limitation" ("Spousal Support After *Moge*", *supra*, at p. 383 (footnotes omitted)), going on to note that "[i]n most of the cases, the amounts awarded to ill or disabled spouses provide only a very modest or basic standard of living, and do not result in anything approaching equalization of income or even the marital standard of living".

souligner que les mêmes facteurs qui touchent le droit aux aliments influent sur leur quantum. Sur le plan des théories sous-jacentes, il n'y pas de grande différence. La véritable question qui se pose est de savoir quels aliments, s'il y a lieu, le juge devrait accorder dans la situation dont il est saisi, compte tenu des facteurs énoncés dans les lois. Cependant, il peut être utile en pratique de commencer par établir le droit aux aliments, pour ensuite effectuer les ajustements nécessaires au moyen du quantum. Comme Rogerson le fait observer: [TRADUCTION] «Ce qui se présente comme la méthode dominante offre un fondement très large au droit aux aliments, la seule restriction manifeste étant le quantum» («Spousal Support After *Moge*», *loc. cit.*, à la p. 383 (renvois omis)). Celle-ci poursuit en signalant que [TRADUCTION] «[d]ans la plupart des cas, les montants accordés aux époux malades ou handicapés ne leur procurent qu'un niveau de vie très modeste ou rudimentaire et n'engendrent rien de comparable à l'égalisation du revenu ni même au niveau de vie pendant le mariage».

On quantum (which refers both to the amount of support payments and their duration), both parties advance different "rules" for calculation. Mrs. Bracklow segregates the amount of the monthly payments and their duration. She argues that since the basis of support is her "need", that "need" determines the (minimum) amount of the monthly support payment to which she is entitled. The only issue, in her submission, is of duration — how long should Mr. Bracklow continue to meet that need? Her answer is that he must continue as long as her need persists, on the ground there is no principled reason to terminate non-compensatory support while need persists.

51 En ce qui concerne le quantum (qui désigne à la fois le montant et la durée des versements d'aliments), les deux parties proposent des «règles» de calcul différentes. Madame Bracklow distingue le montant des mensualités de leur durée. Elle prétend qu'étant donné que ce sont ses «besoins» qui justifient le versement d'aliments, ce sont ces mêmes «besoins» qui déterminent le montant (minimal) des mensualités auxquelles elle a droit à ce chapitre. La seule question soulevée dans son argumentation est celle de la durée — pendant combien de temps M. Bracklow devrait-il continuer de subvenir à ces besoins? Madame Bracklow répond qu'il doit continuer tant que ses besoins persistent, du fait qu'il n'y aucune raison fondée sur des principes de mettre fin aux aliments non compensatoires quand les besoins persistent.

Mr. Bracklow, for his part, identifies length of the marital relationship as the critical factor in determining the amount of support. He sees the length of the marital relationship as a proxy for interdependency (and hence the moral obligation of non-compensatory support), relying on the com-

52 Monsieur Bracklow, de son côté, soutient que le facteur crucial à considérer pour fixer le montant des aliments est la durée de la relation maritale. Il considère que la durée de la relation maritale est un indice d'interdépendance (et, par conséquent, d'obligation morale de verser des aliments non

ment in *Moge* that "[a]s marriage should be regarded as a joint endeavour, the longer the relationship endures, the closer the economic union, the greater will be the presumptive claim to equal standards of living upon its dissolution" (p. 870).

53 Both these arguments miss the mark in that they fix on one factor to the exclusion of others. The short answer to Mrs. Bracklow's argument is that need is but one of a number of factors that the judge must consider. Similarly, the short answer to Mr. Bracklow's contention is that the length of the marital relationship is only one of a number of factors that may be relevant. While some factors may be more important than others in particular cases, the judge cannot proceed at the outset by fixing on only one variable. The quantum awarded, in the sense of both amount and duration, will vary with the circumstances and the practical and policy considerations affecting particular cases. Limited means of the supporting spouse may dictate a reduction. So may obligations arising from new relationships in so far as they have an impact on means. Factors within the marriage itself may affect the quantum of a non-compensatory support obligation. For example, it may be difficult to make a case for a full obligation and expectation of mutual support in a very short marriage. (Section 15.2(4)(*a*) of the *Divorce Act* requires the court to consider the length of time the parties cohabited.) Finally, subject to judicial discretion, the parties by contract or conduct may enhance, diminish or negate the obligation of mutual support. To repeat, it is not the act of saying "I do", but the marital relationship between the parties that may generate the obligation of non-compensatory support pursuant to the Act. It follows that diverse aspects of that marital relationship may be relevant to the quantum of such support. As stated in *Moge*, "[a]t the end of the day . . . , courts have an overriding discretion and the exercise of such discretion will depend on the particular facts of each

compensatoires), en invoquant l'observation dans l'arrêt *Moge*, selon laquelle «[l]e mariage devant être considéré comme une entreprise commune, plus longue est la durée de la relation et plus grande est l'union économique entre les parties, plus forte sera la présomption d'égalité du niveau de vie des deux conjoints après sa dissolution» (p. 870).

Ces deux arguments sont hors de propos car ils s'intéressent à un facteur à l'exclusion des autres. Pour répondre succinctement à l'argument de Mme Bracklow, on peut dire que les besoins ne représentent qu'un seul des nombreux facteurs dont le juge doit tenir compte. De même, pour répondre brièvement à l'argument de M. Bracklow, on peut dire que la durée de la relation maritale n'est qu'un seul des nombreux facteurs qui peuvent être pertinents. Bien que certains facteurs puissent être plus importants que d'autres dans certains cas, le juge ne peut pas, au départ, s'intéresser à une seule variable. Le quantum des aliments accordés, qui en désigne à la fois le montant et la durée, variera selon les circonstances et les considérations pratiques et de politique générale relatives à l'affaire en cause. Les ressources limitées de l'époux qui verse des aliments peuvent commander une diminution, de même que les obligations découlant de nouvelles relations, dans la mesure où elles ont une incidence sur ses ressources. Des facteurs au sein du mariage lui-même peuvent influer sur le quantum de l'obligation alimentaire non compensatoire. Par exemple, il peut être difficile d'établir l'existence d'une obligation alimentaire mutuelle complète et d'attentes à ce propos dans le cas d'un mariage très court. (L'alinéa 15.2(4)*a*) de la *Loi sur le divorce* exige que le tribunal tienne compte de la durée de la cohabitation des parties.) Enfin, sous réserve du pouvoir discrétionnaire judiciaire, les parties peuvent, par contrat ou par leur conduite, augmenter, diminuer ou annuler l'obligation alimentaire mutuelle. Là encore, ce n'est pas le fait de dire «oui, je le veux», mais plutôt la relation maritale des parties qui peut engendrer l'obligation alimentaire non compensatoire selon la Loi. Il s'ensuit que différents aspects de cette relation peuvent être pertinents pour évaluer le quantum de tels aliments. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Moge*:

case, having regard to the factors and objectives designated in the Act" (p. 866).

«En dernière analyse [. . .], les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice dépendra des faits particuliers de l'espèce, eu égard aux facteurs et aux objectifs énoncés dans la Loi» (p. 866).

Fixing on one factor to the exclusion of others leads Mrs. Bracklow to an artificial distinction between amount and duration. The two interrelate: a modest support order of indefinite duration could be collapsed into a more substantial lump-sum payment. It also leads her to the false premise that if need is the basis of the entitlement to the support award, then the quantum of the award must meet the total amount of the need. It does not follow from the fact that need serves as the predicate for support that the quantum of the support must always equal the amount of the need. Nothing in either the *Family Relations Act* or the *Divorce Act* forecloses an order for support of a portion of the claimant's need, whether viewed in terms of periodic amount or duration. Need is but one factor to be considered. This is consistent with the modern recognition, captured by the statutes, of the variety of marital relationships in modern society. A spouse who becomes disabled toward the end of a very short marriage may well be entitled to support by virtue of her need, but it may be unfair, under the circumstances, to order the full payment of that need by the supporting spouse for the indefinite future.

54 En ne s'intéressant qu'à un seul facteur à l'exclusion des autres, Mme Bracklow est amenée à établir une distinction factice entre le montant et la durée. Il existe une corrélation entre les deux: une ordonnance alimentaire modeste d'une durée indéterminée pourrait être transformée en un paiement forfaitaire plus important. Elle est également amenée à se fonder sur la prémisse erronée que si les besoins sont le fondement du droit aux aliments, alors leur quantum doit correspondre au montant total de ces besoins. Le fait que les besoins servent de fondement aux aliments ne signifie pas que le quantum des aliments doit toujours égaler le montant des besoins. Rien dans la *Family Relations Act* ni dans la *Loi sur le divorce* n'exclut une ordonnance alimentaire pour une partie des besoins du demandeur, que ce soit sous l'angle du montant périodique ou de la durée. Les besoins ne représentent qu'un seul des facteurs à considérer. Cela est conforme à la reconnaissance contemporaine, constatée dans les lois, de la diversité des relations maritales dans la société moderne. Un époux qui devient handicapé vers la fin d'un mariage très court peut bien avoir droit à des aliments en raison de ses besoins, mais il peut être injuste, dans les circonstances, d'ordonner à l'autre époux de subvenir à tous ses besoins pendant une période indéterminée.

Mr. Bracklow's fixation on the length of the marital relationship leads to other difficulties. He elevates this Court's observation in *Moge* about general expectations in long-term marriages to an immutable rule constraining the factors applicable to determining quantum of support. And he introduces "morality" into the calculation of quantum. This is unnecessary, because the statutes already state what the judge should consider. It is also unhelpful, because it does not in the end explain why the length of the marital relationship should serve as the sole "moral" determinant of support, to the exclusion of need and other factors.

55 Le fait que M. Bracklow s'intéresse à la durée de la relation maritale soulève d'autres difficultés. Il élève l'observation de notre Cour dans *Moge*, concernant les attentes générales dans le cas des mariages à long terme, au rang de règle immuable limitant les facteurs applicables pour fixer le quantum des aliments. Il fait également intervenir la «moralité» dans le calcul du quantum. Ce n'est pas nécessaire parce que les lois précisent déjà ce que le juge devrait prendre en considération. C'est également inutile parce que cela n'explique pas, en fin de compte, pourquoi la durée de la relation maritale devrait constituer le seul élément «moral»

The flexible mandate of the statutes belies such rigidity.

56 Mr. Bracklow makes a final policy argument. In an age of multiple marriages, he asserts, the law should permit closure on relationships so parties can move on. Why, he asks, should a young person whose marriage lasts less than a year be fixed with a lifelong obligation of support? When can a former spouse finally move on, knowing that he or she cannot be drawn back into the past by an unexpected application for support?

57 Again the answer is that under the statutes, the desirability of freedom to move on to new relationships is merely one of several objectives that might guide the judge. Since all the objectives must be balanced, it often will not be possible to satisfy one absolutely. The respondent in effect seeks a judicially created "statute of limitations" on marriage. The Court has no power to impose such a limitation, nor should it. It would inject a rigidity into the system that Parliament and the legislatures have rejected. Marriage, while it may not prove to be "till death do us part", is a serious commitment not to be undertaken lightly. It involves the potential for lifelong obligation. There are no magical cut-off dates.

VII. Application

58 The trial judge found that this was a modern marriage of two independent people; that the parties did not confirm expressly or by conduct that they owed each other an obligation of support; and that Mrs. Bracklow had suffered no disadvantage as a result of the marriage or its breakdown. There are two ways of interpreting these findings. The first is that the judge held that Mrs. Bracklow was entitled to neither contractual nor compensatory post-marital support. This fails to address the possibility of non-compensatory entitlement to support. Alternatively, the trial judge may be read as holding that because Mr. and Mrs. Bracklow had

déterminant des aliments, à l'exclusion des besoins et des autres facteurs. Le mandat souple des lois milite contre une telle rigidité.

Monsieur Bracklow avance un dernier argument de politique générale. À l'ère des mariages multiples, soutient-il, le droit devrait permettre de mettre un terme à des relations afin que les parties puissent poursuivre leur chemin. Pourquoi, demande-t-il, une jeune personne dont le mariage a duré moins d'un an devrait-elle se voir imposer une obligation alimentaire à vie? Quand un ex-époux peut-il enfin poursuivre son chemin, en sachant qu'il ne peut être ramené en arrière par une demande inattendue de pension alimentaire?

Là encore, on peut répondre qu'en vertu des lois en question l'avantage de la liberté de poursuivre son chemin vers de nouvelles relations n'est qu'un seul des divers objectifs susceptibles de guider le juge. Étant donné que tous les objectifs doivent être soupesés, il sera souvent impossible de satisfaire pleinement à l'un d'eux. L'intimé sollicite en réalité la «prescription» judiciaire du mariage. Notre Cour ne peut pas et ne devrait pas imposer une telle prescription. Cela aurait pour effet d'insuffler dans le système une rigidité que le Parlement et les législatures ont rejetée. Bien qu'il ne dure peut-être plus «jusqu'à ce que la mort nous sépare», le mariage est un engagement sérieux qui ne doit pas être pris à la légère. Il implique la possibilité d'une obligation à vie. Il n'existe pas de date limite magique.

VII. Application

Le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait d'un mariage moderne de deux personnes indépendantes, que les parties n'ont pas confirmé expressément ou par leur conduite qu'elles avaient l'une envers l'autre une obligation alimentaire, et que Mme Bracklow n'avait subi aucun inconvénient à cause du mariage ou de son échec. Il y a deux façons d'interpréter ces conclusions. La première interprétation est que le juge a décidé que Mme Bracklow n'avait droit, après le mariage, ni à des aliments contractuels ni à des aliments compensatoires. Cela ne touche pas la possibilité du droit à des aliments non compensatoires.

no express or implied agreement for intra-marital support, no hardship of any kind was experienced by Mrs. Bracklow on divorce, as she would have been no better off had they stayed married. To say this, however, is to deny the presumption of intra-marital support that may fairly be imputed to married couples, absent contrary indications. The trial judge — by holding that absent affirmative, proactive indications, the Bracklows shared no mutual support expectation during their marriage — turned the presumption on its head. This belies the reality that it is artificial to expect spousal couples to expressly "confirm" their mutual obligations and expectations.

Subsidiairement, on peut considérer que le juge de première instance a conclu que, parce qu'il n'existait, entre M. et Mme Bracklow, aucune entente alimentaire expresse ou tacite pendant le mariage, aucune difficulté n'a été causée à Mme Bracklow lors du divorce parce qu'elle n'aurait pas été dans une meilleure situation s'ils étaient restés mariés. Une telle affirmation revient toutefois à nier la présomption d'obligation alimentaire pendant le mariage, qui peut être imputée à juste titre aux couples mariés, en l'absence d'indications contraires. En concluant qu'en l'absence d'indications claires et positives les Bracklow n'avaient, pendant leur mariage, aucune attente mutuelle en matière d'obligation alimentaire, le juge de première instance a réfuté cette présomption. Cela va à l'encontre du fait qu'il n'est pas naturel de s'attendre à ce que les conjoints «confirment» expressément leurs obligations et attentes mutuelles.

Refocusing the facts of this case through the correct juridical lens suggests that while the early years of the Bracklows' union might indicate the atypical partnership of strict independence (rebutting the presumption of intra-marital mutual interdependency), by the end the Bracklows had established a more interdependent relationship. In addition to adjusting their expenses to a more even ratio, it is evident that Mr. Bracklow covered Mrs. Bracklow's needs in the early stages of her illness. Accordingly, it follows that divorce did in fact render Mrs. Bracklow in a state of economic hardship, as contemplated by s. 15.2(6)(*c*) of the *Divorce Act*.

59 En revoyant les faits de la présente affaire sous le bon angle juridique, on se rend compte que, bien que les premières années de leur union puissent indiquer l'existence de l'association atypique d'indépendance stricte (réfutant la présomption d'interdépendance mutuelle pendant le mariage), à la fin, les Bracklow avaient établi une relation plus interdépendante. Outre le partage plus égal de leurs dépenses, il est évident que M. Bracklow subvenait aux besoins de Mme Bracklow pendant les premières phases de sa maladie. Il s'ensuit donc que le divorce a vraiment placé Mme Bracklow dans la situation de difficultés économiques envisagée à l'al. 15.2(6)*c*) de la *Loi sur le divorce*.

Bearing in mind the statutory objectives of support and balancing the relevant factors, I conclude that Mrs. Bracklow is eligible for support based on the length of cohabitation, the hardship marriage breakdown imposed on her, her palpable need, and Mr. Bracklow's financial ability to pay. While the combined cohabitation and marriage of seven years were not long, neither were they (by today's standards) very short. Mrs. Bracklow contributed, when possible, as a self-sufficient member of the family, at times shouldering the brunt of the financial obligations. These factors establish that it would be unjust and contrary to the objectives of

60 Compte tenu des objectifs légaux en matière d'aliments et des facteurs pertinents, je conclus que Mme Bracklow est admissible à des aliments en raison de la durée de la cohabitation, des difficultés que l'échec du mariage lui a causées, de ses besoins manifestes et de la capacité de payer de M. Bracklow. Bien que la période de sept ans sur laquelle se sont échelonnés la cohabitation et le mariage n'ait pas été longue, elle n'a pas été très courte non plus (selon les normes actuelles). Madame Bracklow a apporté sa contribution, quand cela lui était possible, à titre de membre de la famille économiquement indépendant, en assu-

the statutes for Mrs. Bracklow to be cast aside as ineligible for support, and for Mr. Bracklow to assume none of the state's burden to care for his ex-wife.

61 I leave the determination of the quantum of support to the trial judge, who is in a better position to address the facts of this case than our appellate tribunal. My only comment on the issue is to reiterate that all the relevant statutory factors, including the length of the marital relationship and the relative independence of the parties throughout that marital relationship, must be considered, together with the amount of support Mr. Bracklow has already paid to Mrs. Bracklow. I therefore do not exclude the possibility that no further support will be required, i.e., that Mr. Bracklow's contributions to date have discharged the just and appropriate quantum. Absent settlement between the parties, these issues are for the trial judge to resolve.

VIII. Disposition

62 I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and remit the matter to the trial judge for assessment in conformity with these reasons of the quantum of the award on the basis that Mrs. Bracklow is legally eligible for post-marital support.

63 The appellant will have her costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Kendall, Penty & Company, Kelowna, B.C.

Solicitors for the respondent: McKitrick Gemmill McLeod, Vancouver; Baumgartel Gould, New Westminster.

mant parfois la majeure partie des obligations financières. Ces facteurs démontrent qu'il serait injuste et contraire aux objectifs des lois que Mme Bracklow soit jugée inadmissible à des aliments et que M. Bracklow n'assume aucune partie du fardeau qui incombe à l'État de prendre soin de son ex-épouse.

Je laisse le soin de déterminer le quantum des aliments au juge de première instance, qui est mieux placé que notre tribunal d'appel pour aborder les faits de la présente affaire. À ce propos, je tiens seulement à rappeler qu'il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents prévus par les lois, y compris la durée de la relation maritale et l'indépendance relative des parties pendant toute cette relation, ainsi que du montant de pension alimentaire que M. Bracklow a déjà versé à Mme Bracklow. Par conséquent, je n'écarte pas la possibilité que le versement d'autres aliments ne soit pas requis, c'est-à-dire que les versements effectués jusqu'à maintenant par M. Bracklow aient permis d'acquitter le quantum juste et approprié. En l'absence d'accord entre les parties, il appartient au juge de première instance de régler ces questions.

VIII. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de renvoyer l'affaire au juge de première instance pour qu'il évalue, conformément aux présents motifs, le quantum des versements à accorder en matière d'aliments après le mariage en tenant pour acquis que Mme Bracklow y est légalement admissible.

L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Kendall, Penty & Company, Kelowna (C.-B.).

Procureurs de l'intimé: McKitrick Gemmill McLeod, Vancouver; Baumgartel Gould, New Westminster.

James Jones *Appellant*

v.

John Smith *Respondent*

and

Southam Inc. *Intervener*

INDEXED AS: SMITH *v.* JONES

File No.: 26500.

1998: October 8; 1999: March 25.

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

Privilege — Solicitor-client privilege — Public safety exception — Psychiatrist's report and opinion — Psychiatrist retained by defence counsel to assist in preparing accused's defence — Psychiatrist's report indicating that accused posed continuing danger to society — Accused pleading guilty and defence counsel informing psychiatrist that sentencing judge would not be informed of his concerns about accused — Circumstances and factors to be considered in determining whether solicitor-client privilege should be set aside in interest of protecting public safety.

Courts — Proceedings — Openness — Action on exception to solicitor-client privilege — Court file sealed — Hearing in Supreme Court public but members of press and public subject to publication ban — Supreme Court holding public safety exception to solicitor-client privilege applicable — Publication ban lifted and file unsealed, except parts of affidavit subject to solicitor-client privilege which do not fall within public safety exception.

An accused was charged with aggravated sexual assault on a prostitute. His counsel referred him to a psychiatrist hoping that it would be of assistance in the preparation of the defence or with submissions on

James Jones *Appelant*

c.

John Smith *Intimé*

et

Southam Inc. *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: SMITH *c.* JONES

N° du greffe: 26500.

1998: 8 octobre; 1999: 25 mars.

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

Privilège — Secret professionnel de l'avocat — Exception relative à la sécurité publique — Rapport et avis d'un psychiatre — Services d'un psychiatre retenus par l'avocat de la défense pour l'aider à préparer la défense de l'accusé — Rapport du psychiatre indiquant que l'accusé constituait un danger permanent pour la société — Accusé ayant plaidé coupable, l'avocat de la défense fait savoir au psychiatre que le juge chargé de la détermination de la peine ne sera pas informé de ses inquiétudes au sujet de l'accusé — Circonstances et facteurs à examiner pour trancher la question de savoir si le secret professionnel de l'avocat doit être écarté dans l'intérêt de la protection de la sécurité publique.

Tribunaux — Procédures — Transparence — Action concernant une exception au privilège du secret professionnel de l'avocat — Dossier de la cour mis sous scellés — Audience publique devant la Cour suprême mais la presse et le public présents sont soumis à une interdiction de publication — Exception au privilège du secret professionnel de l'avocat relative à la sécurité publique jugée applicable par la Cour suprême — Levée des scellés et de l'ordonnance de non-publication, sauf en ce qui concerne les parties de l'affidavit faisant l'objet du secret professionnel de l'avocat qui ne sont pas visées par l'exception relative à la sécurité publique.

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle grave à l'endroit d'une prostituée. Son avocat l'a renvoyé à un psychiatre, espérant que ce serait utile pour la préparation de la défense ou les observations relatives à la peine

sentencing in the event of a guilty plea. Counsel informed the accused that the consultation was privileged in the same way as a consultation with him would be. During his interview with the psychiatrist, the accused described in considerable detail his plan to kidnap, rape and kill prostitutes. The psychiatrist informed defence counsel that in his opinion the accused was a dangerous individual who would, more likely than not, commit future offences unless he received sufficient treatment. The accused later pled guilty to the included offence of aggravated assault. The psychiatrist phoned defence counsel to inquire about the status of the proceedings and learned that his concerns about the accused would not be addressed in the sentencing hearing. The psychiatrist commenced this action for a declaration that he was entitled to disclose the information he had in his possession in the interests of public safety. He filed an affidavit describing his interview with the accused and his opinion based upon the interview. The trial judge ruled that the public safety exception to the solicitor-client privilege and doctor-patient confidentiality released the psychiatrist from his duties of confidentiality and concluded that he was under a duty to disclose to the police and the Crown both the statements made by the accused and his opinion based upon them. The Court of Appeal allowed the accused's appeal but only to the extent that the mandatory order was changed to one permitting the psychiatrist to disclose the information to the Crown and police. Since the beginning of these proceedings at first instance, the file has been sealed. This Court dismissed a motion for a hearing *in camera* but the members of the press and of the public present at the hearing were subject to a publication ban.

Held (Lamer C.J. and Major and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the order of the Court of Appeal is affirmed subject to the following directive. The file will be unsealed and the ban on the publication of the contents of the file is removed, except for those parts of the psychiatrist's affidavit which do not fall within the public safety exception.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.: Both parties made their submissions on the basis that the psychiatrist's report was protected by solicitor-client privilege, and it should be considered on that basis. The solicitor-client privilege is a principle of fundamental importance to the administration of justice. It is the highest privilege recognized

dans l'hypothèse d'un plaidoyer de culpabilité. L'avocat a informé l'accusé que cette consultation était protégée par le secret professionnel de la même façon qu'une consultation avec lui. Durant son entrevue avec le psychiatre, l'accusé a décrit avec un luxe de détails le plan qu'il avait élaboré pour enlever, violer et tuer des prostituées. Le psychiatre a fait savoir à l'avocat de la défense qu'à son avis, l'accusé était un individu dangereux qui commettrait probablement d'autres crimes s'il ne recevait pas un traitement approprié. Par la suite, l'accusé a plaidé coupable à une accusation incluse de voies de fait graves. Le psychiatre a téléphoné à l'avocat de la défense pour s'informer de l'état de l'instance et il a appris que ses inquiétudes au sujet de l'accusé ne seraient pas prises en compte à l'audience de détermination de la peine. Le psychiatre a intenté la présente action pour obtenir un jugement déclarant qu'il avait le droit de divulguer les renseignements qu'il avait en main dans l'intérêt de la sécurité publique. Il a déposé un affidavit décrivant son entrevue avec l'accusé et exposant l'opinion qu'il s'était faite à la suite de l'entrevue. Le juge de première instance a conclu que l'exception relative à la sécurité publique applicable au secret professionnel de l'avocat et à celui du médecin libérait le psychiatre de son obligation de confidentialité et il a statué que le psychiatre avait l'obligation de divulguer à la police et au ministère public tant les déclarations faites par l'accusé que l'opinion qu'il s'était formée à partir de celles-ci. L'appel de l'accusé a été accueilli par la Cour d'appel mais seulement dans la mesure où l'ordonnance a été modifiée pour autoriser, et non plus obliger, le psychiatre à divulguer les renseignements au ministère public et à la police. Le dossier est scellé depuis que la présente action a été intentée en première instance. Notre Cour a rejeté une requête tendant à obtenir que le présent pourvoi soit entendu à huis clos mais la presse et le public présents à l'audience ont été soumis à une interdiction de publication.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Major et Binnie sont dissidents): Le pourvoi est rejeté, et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée sous réserve de la directive suivante: les scellés et l'ordonnance de non-publication sont levés, sauf en ce qui concerne les parties de l'affidavit du psychiatre qui ne sont pas visées par l'exception relative à la sécurité publique.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache: Les deux parties ont fondé leurs plaidoiries sur le fait que le rapport du psychiatre est protégé par le secret professionnel de l'avocat, et c'est sous cet angle qu'il doit être examiné. Le secret professionnel de l'avocat est un principe d'une importance fondamentale pour l'administration de la

by the courts. However, despite its importance, the privilege is not absolute and remains subject to limited exceptions, including the public safety exception. While only a compelling public interest can justify setting aside solicitor-client privilege, danger to public safety can, in appropriate circumstances, provide such a justification.

Three factors should be taken into consideration in determining whether public safety outweighs solicitor-client privilege: (1) Is there a clear risk to an identifiable person or group of persons? (2) Is there a risk of serious bodily harm or death? (3) Is the danger imminent? These factors must be defined in the context of each situation and different weights will be given to each, and to the various aspects of each, in any particular case. Under the "clarity" factor, it is important, as a general rule, that a group or person must always be ascertainable. In some situations, great significance might be given to the clear identification of a particular individual or group of intended victims, even if the group of intended victims is large. At the same time, a general threat of death or violence directed to everyone in a city or community, or anyone with whom the person may come into contact, may be too vague to warrant setting aside the privilege. However, if the threatened harm to the members of the public was particularly compelling, extremely serious and imminent, it might well be appropriate to lift the privilege. All the surrounding circumstances will have to be taken into consideration in every case. The "seriousness" factor requires that the threat be such that the intended victim is in danger of being killed or of suffering serious bodily harm. With respect to the "imminence" factor, the nature of the threat must be such that it creates a sense of urgency. This sense of urgency may be applicable to some time in the future. Depending on the seriousness and clarity of the threat, it will not always be necessary to impose a particular time limit on the risk. It is sufficient if there is a clear and imminent threat of serious bodily harm to an identifiable group, and if this threat is made in such a manner that a sense of urgency is created. If after considering all appropriate factors it is determined that the threat to public safety outweighs the need to preserve solicitor-client privilege, then the privilege must be set aside. When it is, the disclosure should be limited so that it

justice. Il s'agit du plus important privilège reconnu par les tribunaux. Cependant, malgré son importance, ce privilège n'est pas absolu et demeure assujetti à certaines exceptions limitées, dont l'exception relative à la sécurité publique. Bien que seul un intérêt public impérieux soit susceptible de justifier la mise à l'écart du secret professionnel de l'avocat, la mise en péril de la sécurité publique peut, lorsque les circonstances s'y prêtent, justifier cette mise à l'écart.

Il faut tenir compte de trois facteurs pour déterminer si la sécurité publique a préséance sur le privilège du secret professionnel de l'avocat: (1) Une personne ou un groupe de personnes identifiables sont-elles clairement exposées à un danger? (2) Risquent-elles d'être gravement blessées ou d'être tuées? (3) Le danger est-il imminent? Ces facteurs doivent être définis selon le contexte de chaque affaire et chaque cas particulier dictera le poids qu'il faut attribuer dans une affaire donnée à chacun de ces facteurs et à chacun de leurs divers aspects. En ce qui concerne la «clarté», il importe de noter qu'en règle générale, il faut toujours pouvoir établir l'identité de la personne ou du groupe visé. Dans certains cas, une grande importance pourrait être accordée à l'identification précise de la victime choisie, que ce soit une personne ou un groupe, même si le groupe est nombreux. Tout comme il se pourrait qu'une menace générale de mort ou de violence proférée à l'endroit de l'ensemble des habitants d'une ville ou d'une collectivité ou dirigée contre tous ceux que la personne pourra croiser soit trop vague pour justifier la mise à l'écart du privilège. Cependant, si la menace de préjudice dirigée contre la masse de la population est particulièrement impérative, extrêmement grave et imminente, la mise à l'écart du privilège pourrait bien être justifiée. Toutes les circonstances devront être prises en considération dans chaque affaire. La «gravité» renvoie à une menace telle que la victime visée risque d'être tuée ou de subir des blessures graves. En ce qui a trait à l'«imminence», la nature de la menace doit être telle qu'elle inspire un sentiment d'urgence. Ce sentiment d'urgence peut se rapporter à un moment quelconque dans l'avenir. Selon la gravité et la clarté de la menace, il ne sera pas toujours nécessaire qu'un délai précis soit fixé. Il suffit qu'il y ait une menace claire et imminente de blessures graves dirigée contre un groupe identifiable et que cette menace soit faite de manière à inspirer un sentiment d'urgence. Si, après examen de l'ensemble des facteurs pertinents, il est établi que la menace contre la sécurité publique l'emporte sur la nécessité de préserver le secret professionnel de l'avocat, ce dernier doit alors être écarté. Lorsque c'est le cas, la divulgation doit être limitée aux

includes only the information necessary to protect public safety.

In this case, the solicitor-client privilege must be set aside for the protection of members of the public. A reasonable observer, given all the facts for which solicitor-client privilege is sought, would consider the potential danger posed by the accused to be clear, serious, and imminent. According to the psychiatrist's affidavit, the accused suffered from a paraphiliac disorder with multiple paraphilias — in particular sexual sadism — and drug abuse difficulty. In his interview, the accused clearly identified the potential group of victims — prostitutes in a specific area — and described, in considerable detail, his plan and the method for effecting the attack. The evidence of planning and the prior attack on a prostitute similar to that which was planned emphasize the potential risk of serious bodily harm or death to prostitutes in that area. The combination of all these elements meets the factor of clarity, and the potential harm — a sexually sadistic murder — clearly meets the factor of seriousness. Lastly, although no evidence was adduced as to whether the psychiatrist considered that a future attack was imminent, two important elements indicate that the threat of serious bodily harm was imminent. First, the accused breached his bail conditions by continuing to visit the specific area where he knew prostitutes could be found. Second, after his arrest and while awaiting sentencing, he would have been acutely aware of the consequences of his actions.

The disclosure of the psychiatrist's affidavit was properly limited at first instance to those portions of it which indicated that there was an imminent risk of death or serious bodily harm to an identifiable group comprising prostitutes located in a specific area. To that extent, the solicitor-client privilege attaching to the psychiatrist's affidavit must be set aside. In the result, the file will be unsealed and the ban on the publication of its contents is removed, except for those parts of the psychiatrist's affidavit which do not fall within the public safety exception. The psychiatrist's affidavit as edited at first instance will be made public together with all the other material in the Court's file.

Per Lamer C.J. and Major and Binnie JJ. (dissenting): The confidentiality of the solicitor-client privilege, which extends to communications between clients and experts retained by their counsel for the purpose of pre-

renseignements nécessaires à la protection de la sécurité publique.

En l'espèce, le secret professionnel de l'avocat doit être écarté pour la protection du public. Compte tenu de l'ensemble des faits pour lesquels est invoqué le secret professionnel de l'avocat, l'observateur raisonnable jugerait clair, grave et imminent le danger potentiel que représente l'accusé. Selon l'affidavit du psychiatre, l'accusé était atteint de perversion sexuelle avec paraphilies multiples — en particulier, le sadisme sexuel — et avait un problème de consommation de drogue. Durant son entrevue, l'accusé a clairement identifié le groupe de victimes potentielles — les prostituées d'une région précise — et il a décrit, dans leurs moindres détails, son plan et la méthode retenue pour la mise à exécution de l'attaque. La preuve d'une planification ainsi que la commission antérieure d'une agression semblable contre une prostituée mettent en relief le danger de blessures graves ou de mort auquel sont exposées les prostituées de cette région. La conjugaison de tous ces éléments satisfait à la norme de clarté, et le préjudice potentiel — soit un meurtre empreint de sadisme sexuel — satisfait à la norme de gravité. En dernier lieu, bien qu'aucun élément de preuve n'ait été produit sur la question de savoir si le psychiatre estimait qu'une nouvelle agression était imminente, deux éléments importants indiquent que la menace de blessures graves était imminente. En premier lieu, l'accusé avait contrevenu aux conditions de sa libération sous caution en continuant de se rendre à l'endroit précis où il savait que se trouvaient des prostituées. En second lieu, après son arrestation et avant la détermination de sa peine, il aurait été extrêmement conscient des conséquences de ses actes.

Le juge de première instance a eu raison de limiter la divulgation de l'affidavit du psychiatre aux passages indiquant qu'il y avait un danger imminent de mort ou de blessures graves pour un groupe identifiable constitué des prostituées d'une région précise. Le privilège du secret professionnel de l'avocat protégeant l'affidavit du psychiatre doit être écarté dans cette mesure. En conséquence, les scellés et l'ordonnance de non-publication sont levés, sauf en ce qui concerne les parties de l'affidavit du psychiatre qui ne sont pas visées par l'exception relative à la sécurité publique. L'affidavit du psychiatre, tel qu'il a été épuré en première instance, sera diffusé en même temps que tous les autres documents du dossier de la Cour.

Le juge en chef Lamer et les juges Major et Binnie (dissidents): Le secret professionnel de l'avocat, qui s'étend aux communications entre un client et l'expert dont l'avocat a retenu les services dans le but de prépa-

paring a defence, must, in exceptional circumstances, yield to the interests of public safety. Since the entire factual basis from which the psychiatrist's knowledge and opinion of the accused stem is the oral history provided by the accused, the accused's communications, and the expert's opinion arising from them, are privileged subject to the public safety exception.

rer une défense, doit, dans des situations exceptionnelles, s'incliner devant l'intérêt porté à la sécurité publique. Comme toute la base factuelle sur laquelle reposent les connaissances acquises par le psychiatre sur l'accusé et l'opinion qu'il s'est faite de lui provient du récit de l'accusé, les communications de l'accusé et les opinions que l'expert en a tirées sont visées par le secret professionnel, sous réserve de l'exception relative à la sécurité publique.

While the danger in this case is sufficiently clear, serious and imminent to justify some warning to the relevant authorities, two principles should guide the analysis of the scope of the disclosure: (1) the breach of privilege must be as narrow as possible; and (2) an accused's right to consult counsel without fear of having his words used against him at trial is vital to our conception of justice. In this case, the trial judge permitted disclosure of parts of the psychiatrist's affidavit beyond those portions which indicate an imminent risk of serious harm or death, and could result in conscriptive evidence, such as the accused's confession, being revealed unnecessarily. A limited exception which does not include conscriptive evidence against the accused would better address the immediate concern for public safety while respecting the importance of the privilege. The immediate concern for public safety is to ensure that the accused not harm anyone. This can be accomplished by permitting the psychiatrist to warn the relevant authorities that the accused poses a threat to prostitutes in a specific area. However, he should only disclose his opinion and the fact that it is based on a consultation with the accused. Specifically, he should not disclose any communication from the accused relating to the circumstances of the offence, nor should he be permitted to reveal any of the personal information which the trial judge excluded from his original order for disclosure.

Bien que le danger en l'espèce soit suffisamment clair, grave et imminent pour qu'on prévienne les autorités compétentes, deux principes doivent guider l'analyse de l'étendue de la divulgation: (1) la dérogation au privilège doit être aussi étroite que possible; et (2) le droit de l'accusé de consulter un avocat sans craindre que ses paroles ne soient utilisées contre lui durant le procès est essentiel à notre conception de la justice. En l'espèce, le juge de première instance a permis que soient divulguées des parties de l'affidavit du psychiatre autres que celles qui révèlent un danger imminent de blessures graves ou de mort, ce qui pourrait entraîner la divulgation inutile d'une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, telle une confession. Une exception limitée qui n'inclut pas la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même réglerait mieux le problème immédiat de la sécurité publique tout en respectant l'importance du privilège. Dans l'intérêt immédiat de la sécurité publique, il faut faire en sorte que l'accusé ne fasse de mal à personne. C'est possible en autorisant le psychiatre à prévenir les autorités compétentes que l'accusé constitue une menace pour les prostituées d'une région précise. Toutefois, il ne devrait divulguer que son opinion et le fait qu'elle repose sur un entretien qu'il a eu avec l'accusé. Plus précisément, il ne devrait divulguer aucune communication reçue de l'accusé au sujet des circonstances de l'infraction, et il ne devrait pas non plus être autorisé à divulguer aucun des renseignements personnels que le juge de première instance a exclus de son ordonnance de divulgation initiale.

This approach will foster a climate in which dangerous individuals are more likely to disclose their disorders, seek treatment and pose less danger to the public. As the facts of this case illustrate, the accused was only diagnosed and made aware of the possibility of treatment because he felt secure in confiding to the psychiatrist. If that confidence is undermined, then these indi-

Cette solution instaurera un climat dans lequel les personnes dangereuses seront plus susceptibles de divulguer leur maladie et de demander un traitement et risqueront moins de constituer un danger pour le public. Ainsi que les circonstances de l'espèce le montrent, l'accusé a fait l'objet d'un diagnostic et a appris qu'il pourrait être traité uniquement parce que le psychiatre avait toute sa confiance. Si cette confiance est affaiblie, ces personnes ne révéleront pas le danger qu'elles repré-

viduals will not disclose the danger they pose, they will not be identified, and public safety will suffer.

Cases Cited

By Cory J.

Not followed: *R. v. Derby Magistrates' Court*, [1995] 4 All E.R. 526; **approved:** *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; **considered:** *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Tarasoff v. Regents of University of California*, 551 P.2d 334 (1976); *Thompson v. County of Alameda*, 614 P.2d 728 (1980); *Brady v. Hopper*, 570 F.Supp. 1333 (1983); *W. v. Egdell*, [1990] 1 All E.R. 835; **referred to:** *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72.

By Major J. (dissenting)

R. v. Perron (1990), 54 C.C.C. (3d) 108, [1990] R.J.Q. 752; *In re Shell Canada Ltd.*, [1975] F.C. 184, 22 C.C.C. (2d) 70 (*sub nom. Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.*); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. L. (C.K.)* (1987), 62 C.R. (3d) 131; *R. v. Poslowsky*, [1996] B.C.J. No. 2550 (QL); *R. v. King*, [1983] 1 All E.R. 929; *R. v. Ward* (1981), 3 A. Crim. R. 171; *City & County of San Francisco v. Superior Court*, 231 P.2d 26 (1951); *Calcraft v. Guest*, [1898] 1 Q.B. 759; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Harmony Shipping Co. S.A. v. Davis*, [1979] 3 All E.R. 177; *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; *Thorson v. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *Thompson v. County of Alameda*, 614 P.2d 728 (1980); *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(*b*), 11(*c*), (*d*).

Authors Cited

British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, revised May 31, 1998.

Note. "The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges" (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730.

sentent, elles ne seront pas reconnues et la sécurité publique en subira les conséquences.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt non suivi: *R. c. Derby Magistrates' Court*, [1995] 4 All E.R. 526; **arrêt approuvé:** *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; **arrêts examinés:** *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Tarasoff c. Regents of University of California*, 551 P.2d 334 (1976); *Thompson c. County of Alameda*, 614 P.2d 728 (1980); *Brady c. Hopper*, 570 F.Supp. 1333 (1983); *W. c. Egdell*, [1990] 1 All E.R. 835; **arrêts mentionnés:** *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Perron, [1990] R.J.Q. 752; *In re Shell Canada Ltd.*, [1975] C.F. 184, 22 C.C.C. (2d) 70 (*sub nom. Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.*); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. L. (C.K.)* (1987), 62 C.R. (3d) 131; *R. c. Poslowsky*, [1996] B.C.J. nº 2550 (QL); *R. c. King*, [1983] 1 All E.R. 929; *R. c. Ward* (1981), 3 A. Crim. R. 171; *City & County of San Francisco c. Superior Court*, 231 P.2d 26 (1951); *Calcraft c. Guest*, [1898] 1 Q.B. 759; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Harmony Shipping Co. S.A. c. Davis*, [1979] 3 All E.R. 177; *Lyell c. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81; *Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 27; *Thorson c. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Thompson c. County of Alameda*, 614 P.2d 728 (1980); *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10*b*), 11*c*), *d*).

Doctrine citée

British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, revised May 31, 1998.

Note. «The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges» (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730.

Ontario. Law Society of Upper Canada. *Professional Conduct Handbook*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 1998.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1998] B.C.J. No. 3182 (QL), allowing in part the accused's appeal from a judgment of Henderson J. ordering a psychiatrist to disclose his report to the Crown. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Major and Binnie JJ. dissenting.

Leslie J. Mackoff, for the appellant.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *Elizabeth A. Campbell*, for the respondent.

Paul B. Schabas and *Matthew J. Halpin*, for the intervener.

The reasons of Lamer C.J. and Major and Binnie JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Introduction

I agree with Justice Cory's summation of the facts giving rise to this appeal and with his conclusion that the confidentiality of the solicitor-client privilege must, in exceptional circumstances of public safety, yield to the public good.

The point of departure arises in the restriction each of us places on the scope of disclosure.

In my opinion a limited exception which does not include conscriptive evidence against the accused would address the immediate concern for public safety in this appeal while respecting the importance of the privilege. I do not read Cory J.'s reasons as imposing that limitation.

This approach will in my view foster a climate in which dangerous individuals are more likely to disclose their disorders, seek treatment and pose less danger to the public.

Ontario. Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*. Toronto: Barreau du Haut-Canada, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1998] B.C.J. No. 3182 (QL), qui a accueilli en partie l'appel formé par l'accusé contre un jugement du juge Henderson, qui avait ordonné à un psychiatre de divulguer son rapport au ministère public. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Major et Binnie sont dissidents.

Leslie J. Mackoff, pour l'appelant.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *Elizabeth A. Campbell*, pour l'intimé.

Paul B. Schabas et *Matthew J. Halpin*, pour l'intervenante.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Major et Binnie rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Introduction

Je suis d'accord avec le résumé des faits du présent pourvoi qu'a exposé le juge Cory ainsi qu'avec sa conclusion selon laquelle le secret professionnel de l'avocat doit s'incliner devant l'intérêt public dans les situations exceptionnelles où la sécurité publique est en jeu. 1

La divergence de vues tient à la restriction que chacun apporte à l'étendue de la divulgation. 2

À mon avis, une exception limitée qui n'inclut pas la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même réglerait le problème immédiat de la sécurité publique en l'espèce tout en respectant l'importance du privilège. D'après moi, les motifs du juge Cory n'imposent pas cette limite. 3

J'estime que cette solution instaurera un climat dans lequel les personnes dangereuses seront plus susceptibles de divulguer leur maladie et de demander un traitement et risqueront moins de constituer un danger pour le public. 4

II. The Principles Underlying Solicitor-Client Privilege

5 In Canada, everyone is entitled to retain legal counsel to defend and protect their interests. This right is particularly important in criminal proceedings. The rationale for protection of the solicitor-client relationship was clearly stated by Jackett C.J. in *Re Shell Canada Ltd.*, [1975] F.C. 184, 22 C.C.C. (2d) 70 (C.A.) (*sub nom. Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.*), at p. 193 F.C., and adopted by Dickson J. (as he then was) for this Court in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 834:

> . . . the protection, civil and criminal, afforded to the individual by our law is dependent upon his having the aid and guidance of those skilled in the law untrammelled by any apprehension that the full and frank disclosure by him of all his facts and thoughts to his legal adviser might somehow become available to third persons so as to be used against him.

6 If the confidences clients share with counsel were not protected by privilege, it seems apparent that accused persons would hesitate to confide in their legal advisors, who in turn could not adequately represent them. The starting point of Canadian justice is that no one, no matter how horrible the alleged offence, be denied a full defence. Nor will they be prejudiced by retaining counsel and freely discussing the case with him or her.

7 In the criminal context principles embodied in the rules of privilege have gained constitutional protection by virtue of the enshrinement of the right to full answer and defence, the right to counsel, the right against self-incrimination and the presumption of innocence in ss. 7, 10(*b*), 11(*c*) and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at pp. 246-55.

II. Les principes qui sous-tendent le privilège du secret professionnel de l'avocat

Au Canada, chacun a le droit de retenir les services d'un avocat pour se défendre et faire valoir ses droits. Ce droit est particulièrement important dans une instance criminelle. La raison d'être de la protection de la relation avocat-client a été clairement exposée par le juge en chef Jackett dans *In re Shell Canada Ltd.*, [1975] C.F. 184, 22 C.C.C. (2d) 70 (C.A.) (*sub nom. Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.*), à la p. 193 C.F., dont le point de vue a été adopté par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) pour notre Cour dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 834:

> . . . la protection civile et criminelle, que nos principes de droit accordent à l'individu est subordonnée à l'assistance et aux conseils que l'individu reçoit d'hommes de loi sans aucune crainte que la divulgation pleine et entière de tous ses actes et pensées à son conseiller juridique puisse de quelque façon être connue des tiers de manière à être utilisée contre lui.

Si les confidences qu'un client échange avec son avocat ne faisaient pas l'objet du privilège, il semble évident que les personnes accusées hésiteraient à se confier à leurs conseillers juridiques, qui seraient à leur tour incapables de les représenter convenablement. Le point de départ de la justice canadienne est que nul ne doit être privé du droit à une défense pleine et entière, si épouvantable que soit le crime reproché. Nul ne doit non plus être lésé parce qu'il a retenu les services d'un avocat et discuté en toute liberté de l'affaire avec lui.

Dans le contexte criminel, les principes qui sous-tendent les règles relatives au privilège du secret professionnel de l'avocat sont protégés en raison de l'inscription dans la Constitution du droit à une défense pleine et entière, du droit à l'assistance d'un avocat, du droit de l'accusé de ne pas s'incriminer et de la présomption d'innocence qui sont prévus à l'art. 7 et aux al. 10*b*), 11*c*) et 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, aux pp. 246 à 255.

Each of these rights support the extension of privilege to communications between clients and experts retained by their counsel for the purpose of preparing a defence. Together, they demonstrate the reasons for denying any use of solicitor-client communications against an accused in any legal proceeding. To deny the protection of solicitor-client privilege to the confidential communications of the accused to those intimately involved in the preparation of his defence would frustrate these rights. For these reasons, the communications between an accused and his counsel, made in furtherance of his or her defence, are accorded the highest level of protection and confidentiality.

Chacun de ces droits appuie l'extension du privilège aux communications entre un client et l'expert dont l'avocat a retenu les services dans le but de préparer une défense. Considérés ensemble, ces droits illustrent les raisons pour lesquelles il faut interdire l'utilisation contre un accusé des communications entre son avocat et lui dans une instance judiciaire. Ne pas protéger au moyen du secret professionnel de l'avocat les communications faites par un accusé sous le sceau du secret aux personnes qui sont étroitement mêlées à la préparation de sa défense ferait échec à ces droits. Pour ces motifs, les communications entre un accusé et son avocat qui sont faites dans le but de préparer sa défense bénéficient du plus haut niveau de protection et de confidentialité. 8

III. Extension of Solicitor-Client Privilege to Experts

III. L'extension du privilège du secret professionnel de l'avocat aux experts

In this case the privilege is claimed not for the client's conversations with his lawyer, but those with the psychiatrist whom his lawyer retained as an expert. Tradition and case law support the extension of this privilege to include communications, by conversation or otherwise, between the accused and the expert in the same way as in the traditional solicitor-client relationship.

Dans la présente affaire, le privilège est revendiqué non pas à l'égard des conversations que l'appelant a eues avec son avocat, mais à l'égard de son entretien avec le psychiatre dont les services avaient été retenus par son avocat à titre d'expert. La tradition et la jurisprudence appuient l'extension de ce privilège aux communications, notamment sous forme de conversations, entre un accusé et un expert de la même façon que dans la relation classique avocat-client. 9

Courts in Canada, Australia, the United Kingdom and the United States have all concluded that client communications with third-party experts retained by counsel for the purpose of preparing their defence are protected by solicitor-client privilege: see *R. v. Perron* (1990), 54 C.C.C. (3d) 108, [1990] R.J.Q. 752 (C.A.); *R. v. L. (C.K.)* (1987), 62 C.R. (3d) 131 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Poslowsky*, [1996] B.C.J. No. 2550 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. King*, [1983] 1 All E.R. 929 (C.A.); *R. v. Ward* (1981), 3 A. Crim. R. 171 (N.S.W. Ct. Cr. App.).

Des tribunaux au Canada, en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis ont tous conclu que les communications entre un client et un tiers dont l'avocat a retenu les services à titre d'expert dans le but de préparer une défense sont protégées par le privilège du secret professionnel de l'avocat: voir *R. c. Perron*, [1990] R.J.Q. 752 (C.A.); *R. c. L. (C.K.)* (1987), 62 C.R. (3d) 131 (C. dist. Ont.); *R. c. Poslowsky*, [1996] B.C.J. nº 2550 (QL) (C. prov.); *R. c. King*, [1983] 1 All E.R. 929 (C.A.); *R. c. Ward* (1981), 3 A. Crim. R. 171 (N.S.W. Ct. Cr. App.). 10

In *Perron*, *supra*, the Crown was permitted to call and examine a psychiatrist who was retained by the defence but not called as a witness. The Quebec Court of Appeal held that the substance of the accused's communications with the psychia-

Dans *Perron*, précité, le ministère public avait été autorisé à citer et interroger un psychiatre dont la défense avait retenu les services, mais qu'elle n'avait pas assigné comme témoin. La Cour d'appel du Québec a jugé que la teneur des communi- 11

trist were privileged and therefore inadmissible. The court adopted the opinion set out in *City & County of San Francisco v. Superior Court*, 231 P.2d 26 (1951), at p. 31, *per* Traynor J. of the Supreme Court of California, who held that:

> The privilege of confidence would be a vain one unless its exercise could be thus delegated. A communication, then, by *any form of agency* employed or set in motion by the client is within the privilege.
>
> . . .
>
> Thus, when communication by a client to his attorney regarding his physical or mental condition requires the assistance of a physician to interpret the client's condition to the attorney, the client may submit to an examination by the physician without fear that the latter will be compelled to reveal the information disclosed. [Emphasis in original.]

12 The court concluded that communications between an accused and psychiatrist come within the scope of the solicitor-client relationship and create the solicitor-client privilege. A privilege that goes to the heart of the ability of an accused to seek counsel and present a full answer and defence to the charges proffered against him.

13 The Quebec Court of Appeal concluded in *Perron*, *supra*, at p. 113 C.C.C.:

> [TRANSLATION] When counsel requires the services of an expert in order to help him better prepare his defence, he acts within the scope of his mandate. It is the interest of his client which compels counsel to confer on a specialist the charge of evaluating the case and it follows that the accused must be able to undergo the evaluation in the same climate of confidence and in complete confidentiality as if he were communicating with counsel.

14 This reasoning is persuasive, and confirms that conversations with defence experts, such as psychiatrists, fall within the solicitor-client privilege and attract permanent and substantive privilege: see *Calcraft v. Guest*, [1898] 1 Q.B. 759 (C.A.), *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860.

cations entre l'accusé et le psychiatre était visée par le privilège du secret professionnel de l'avocat et, par conséquent, était inadmissible. La cour a adopté le point de vue exprimé par le juge Traynor de la Cour suprême de la Californie dans *City & County of San Francisco c. Superior Court*, 231 P.2d 26 (1951), à la p. 31:

> [TRADUCTION] Le privilège de la confidentialité serait inutile à moins que son exercice ne puisse être ainsi délégué. Par conséquent, une communication, *quelle que soit la forme de représentation* utilisée ou mise en branle par le client, fait l'objet du privilège.
>
> . . .
>
> Donc, quand un client fait une déclaration à son avocat au sujet de son état physique ou mental et que cet avocat requiert l'aide d'un médecin pour se faire expliquer l'état de son client, ce dernier peut être examiné par le médecin sans avoir à craindre qu'on oblige le médecin à divulguer l'information reçue. [En italique dans l'original.]

La cour a conclu que les communications entre un accusé et un psychiatre sont visées par la relation avocat-client et créent le privilège du secret professionnel de l'avocat. Ce privilège a directement trait à la capacité de l'accusé de retenir les services d'un avocat et de présenter une défense pleine et entière pour faire rejeter les accusations portées contre lui.

Dans *Perron*, précité, la Cour d'appel du Québec a conclu à la p. 756:

> Quand un avocat requiert les services d'un expert afin de l'aider à mieux préparer sa défense, il agit dans les limites de son mandat. C'est l'intérêt du client qui commande à l'avocat de confier ainsi à un spécialiste le soin de procéder à une évaluation du cas et il va de soi que l'accusé doit pouvoir s'y soumettre dans le même climat de confiance et en toute confidentialité, comme s'il communiquait avec son avocat.

Ce raisonnement est convaincant et confirme que les conversations avec des experts de la défense, comme les psychiatres, sont visées par le secret professionnel de l'avocat et bénéficient d'un privilège permanent et substantiel: voir *Calcraft c. Guest*, [1898] 1 Q.B. 759 (C.A.), *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

IV. Is the Substance of the Psychiatrist's Opinion Privileged?

The respondent asserts that even if Mr. Jones's communications are privileged, Dr. Smith's opinion based on those communications is not privileged, on the basis of the long-established maxim that there is no property in a witness: see *Harmony Shipping Co. S.A. v. Davis*, [1979] 3 All E.R. 177 (C.A.), *per* Lord Denning, M.R., at pp. 180-81. In the present case the entire factual basis from which the witness's knowledge and opinion of the accused stem is the oral history provided by the accused. These communications and opinions arising from them are privileged subject to the public safety exception.

In *Ward*, *supra*, at p. 190, the New South Wales Court of Criminal Appeal held the psychiatrist's evidence to be beyond the reach of the Crown:

> The first substantial question to be considered is whether Dr. Barclay was retained by the appellant for the purpose of forming an opinion, as a psychiatrist, as to the appellant's mental condition so that that opinion might, if the appellant desired, be used for the purpose of the forthcoming trial of the appellant. If he was so retained then what the appellant had said to him was the subject of legal professional privilege and unless the accused waived the privilege, Dr. Barclay's account of what he had been told by the appellant when interviewed and the opinion which he formed from that account, could not be put before the jury. [Emphasis added.]

The judgment of Lord Blackburn in *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.), at p. 87, cited with approval by Jackett P. in *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27, at pp. 34-35, provides additional support for this conclusion:

> . . . it seems to me the plain reason and sense of the thing is that as soon as you say that the particular premises are privileged and protected, it follows that the mere opinion and belief of the party from those premises should be privileged and protected also. . . . when the

IV. La teneur de l'opinion du psychiatre fait-elle l'objet du privilège?

Le Dr Smith affirme que même si les communications qu'il a reçues de M. Jones sont visées par le secret professionnel de l'avocat, l'opinion qu'il a tirée de ces communications ne l'est pas, vu le vieil adage voulant qu'un témoin n'appartient à personne: voir *Harmony Shipping Co. S.A. c. Davis*, [1979] 3 All E.R. 177 (C.A.), motifs du maître des rôles, lord Denning, aux pp. 180 et 181. Dans la présente affaire, toute la base factuelle sur laquelle repose les connaissances acquises par le témoin sur l'accusé et l'opinion qu'il s'est faite de lui provient du récit de l'accusé. Ces communications et les opinions qui en ont été tirées sont visées par le secret professionnel, sous réserve de l'exception relative à la sécurité publique. 15

Dans *Ward*, précité, à la p. 190, la Cour d'appel criminelle de la Nouvelle-Galles du Sud a conclu que le ministère public ne pouvait faire témoigner le psychiatre: 16

> [TRADUCTION] La première question de fond à examiner est de savoir si l'appelant a retenu les services du Dr Barclay pour qu'il se fasse une opinion, en tant que psychiatre, sur l'état mental de l'appelant, de manière que cette opinion puisse, si l'appelant le désirait, être utilisée dans le cadre du procès que devait bientôt subir l'appelant. Si les services du psychiatre ont été retenus dans ce but, il s'ensuit que les déclarations que lui a faites l'appelant étaient visées par le secret professionnel de l'avocat et, sauf renonciation à ce privilège par l'accusé, le compte rendu de l'entretien entre l'accusé et le Dr Barclay et l'opinion que ce dernier a tirée de ce compte rendu ne pouvaient pas être soumis au jury. [Je souligne.]

Le jugement prononcé par lord Blackburn dans *Lyell c. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81 (H.L.), à la p. 87, auquel le président Jackett s'est référé en l'approuvant dans *Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 27, aux pp. 34 et 35, renforce cette conclusion: 17

> [TRADUCTION] . . . il me semble que la raison et le sens clairs de la chose sont que dès que vous affirmez que les prémisses en question font l'objet du privilège et sont protégées, il s'ensuit que la simple opinion que tire la partie de ces prémisses devrait également faire l'objet

interrogatory is simply "what is the belief which you have formed from reading that brief?" [i.e., the privileged information] it seems to me . . . to follow that you cannot ask that question.

18 In *Thorson v. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312 (B.C.S.C.), the client identified himself, in strict confidence, to his solicitor as the driver responsible for an unsolved hit-and-run. The court held that the client's identity constituted privileged information and was not to be revealed.

V. Purpose and Application of the Public Safety Exception

19 I agree with Cory J. that the standard of a "clear, serious and imminent" danger is the appropriate test for disclosure of privileged communications. There are compelling public policy reasons for limiting disclosure to cases of clear and imminent danger. The record confirms that Mr. Jones only disclosed his secret plans because his lawyer had properly advised him that anything he said to Dr. Smith would be confidential. If Cory J. is correct in holding that, in cases where the necessity test is met, the privilege is overridden to the extent of allowing disclosure of self-incriminating evidence, the result might endanger the public more than the public safety exception would protect them.

20 If defence counsel cannot freely refer clients, particularly dangerous ones, to medical or other experts without running a serious risk of the privilege being set aside, their response will be not to refer clients until after trial, if at all. This could result in dangerous people remaining free on bail for long periods of time, undiagnosed and untreated, presenting a danger to society.

21 The chilling effect of completely breaching the privilege would have the undesired effect of dis-

du privilège et être protégée [. . .] quand l'interrogatoire se résume à poser la question «quelle opinion vous êtes vous faite en lisant ce mémoire? [c'est-à-dire l'information protégée par le privilège]», il me semble [. . .] qu'il s'ensuit que vous ne pouvez pas poser cette question.

Dans *Thorson c. Jones* (1973), 38 D.L.R. (3d) 312 (C.S.C.-B.), le client s'était présenté à son avocat, à titre essentiellement confidentiel, comme l'automobiliste responsable d'un délit de fuite non solutionné. La cour a conclu que l'identité du client était un renseignement confidentiel et ne devait pas être dévoilée.

V. Objet et application de l'exception relative à la sécurité publique

Je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que la norme du danger «clair, grave et imminent» est le critère approprié en ce qui concerne la divulgation de communications visées par le privilège. Des raisons d'intérêt public impérieuses commandent de limiter cette divulgation aux cas où il existe un danger clair et imminent. Il ressort bien du dossier que M. Jones a dévoilé les plans qu'il avait secrètement élaborés uniquement parce que son avocat l'avait informé à juste titre que tout ce qu'il dirait au Dr Smith serait confidentiel. Si le juge Cory a raison de conclure que lorsque le critère de la nécessité est respecté, le privilège est écarté au point que la divulgation d'une preuve auto-incriminante est autorisée, le résultat pourrait mettre en péril le public plus que ne le protégerait l'exception relative à la sécurité publique.

Si les avocats de la défense ne peuvent pas diriger en toute liberté des clients, en particulier ceux qui sont dangereux, vers des médecins ou d'autres spécialistes sans courir le risque sérieux d'une mise à l'écart du privilège, ils s'abstiendront de le faire avant la fin du procès, si tant est qu'ils le fassent. Il se pourrait que des personnes dangereuses restent en liberté sous caution pendant de longues périodes, sans avoir fait l'objet d'un diagnostic ni bénéficié d'un traitement, ce qui constituerait un danger pour la société.

La mise à l'écart complète du privilège aurait pour effet indésirable et peu rassurant que les

couraging those individuals in need of treatment for serious and dangerous conditions from consulting professional help. In this case the interests of the appellant and more importantly the interests of society would be better served by his obtaining treatment. This Court has recognized that mental health, including those suffering from potentially dangerous illnesses, is an important public good: see *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 27.

Although the appellant did not go to Dr. Smith to seek treatment, it is obvious that he is more likely to get treatment when his condition is diagnosed than someone who keeps the secret of their illness to themselves. It seems apparent that society will suffer by imposing a disincentive for patients and criminally accused persons to speak frankly with counsel and medical experts retained on their behalf.

As appealing as it may be to ensure that Mr. Jones does not slip back into the community without treatment for his condition, completely lifting the privilege and allowing his confidential communications to his legal advisor to be used against him in the most detrimental ways will not promote public safety, only silence. For this doubtful gain, the Court will have imposed a veil of secrecy between criminal accused and their counsel which the solicitor-client privilege was developed to prevent. Sanctioning a breach of privilege too hastily erodes the workings of the system of law in exchange for an illusory gain in public safety.

VI. Application to the Facts

While I agree with Cory J. that the danger in this case is sufficiently clear, serious and imminent to justify some warning to the relevant authorities, I find that the balance between the public interests in safety and the proper administration of justice is best struck by a more limited disclosure than the

personnes ayant besoin de suivre un traitement pour des maladies graves et dangereuses seraient moins portées à consulter un professionnel. Dans ce cas, les intérêts de l'appelant, et plus important encore, les intérêts de la société seraient mieux servis si l'appelant pouvait être traité. Notre Cour a reconnu que la santé mentale, notamment celle des personnes atteintes de maladies potentiellement dangereuses, représente un intérêt public important: voir *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, au par. 27.

22 Bien que l'appelant n'ait pas rencontré le Dr Smith en tant que patient désireux d'être traité, il est clair qu'il est plus susceptible d'être traité une fois que sa maladie est diagnostiquée qu'une personne qui tait sa maladie. Il semble évident que la société pâtira si elle impose une mesure ayant pour effet de dissuader les patients et les personnes visées par des accusations criminelles de parler franchement avec leurs avocats et les experts médicaux dont les services ont été retenus en leur nom.

23 Aussi attrayante que puisse être l'idée de faire en sorte que M. Jones ne recouvre pas la liberté avant d'avoir suivi un traitement, la suppression complète du privilège et la possibilité d'utiliser contre lui de la manière la plus préjudiciable qui soit les conversations confidentielles qu'il a eues avec son conseiller juridique ne favoriseront pas la sécurité publique, seulement le silence. Pour obtenir cet avantage douteux, la Cour aura mis un voile de secret entre les personnes visées par des accusations criminelles et leurs conseillers juridiques, ce que le secret professionnel de l'avocat visait justement à empêcher. Sanctionner trop rapidement une dérogation au privilège nuit au bon fonctionnement du système juridique et procure un avantage illusoire sur le plan de la sécurité publique.

VI. Application aux faits

24 Bien que je convienne avec le juge Cory que le danger en l'espèce est suffisamment clair, grave et imminent pour qu'on prévienne les autorités compétentes, je conclus que la meilleure façon de réaliser un juste équilibre entre l'intérêt public porté à la sécurité et la bonne administration de la justice

broader abrogation of privilege he proposes. In particular, Cory J. endorses the trial judge's limitation of Dr. Smith's affidavit to those portions which indicate an imminent risk of serious harm or death. In the result, conscriptive evidence such as the accused's confession can be disclosed. In my opinion, the danger posed by the accused can be adequately addressed by the expression of that opinion by Dr. Smith without disclosing the confession.

25 Two principles should guide the analysis of the scope of this disclosure. First, the breach of privilege must be as narrow as possible; *Descôteaux v. Mierzwinski*, *supra*, at p. 875. Disclosure is justified only when it can actually accomplish something in the public interest, such as preventing injury or death. As the authors of "The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges" (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730, at p. 732, observe, "the [American] Canons of Professional Ethics make it clear that the attorney is released from his duty to maintain confidence in order 'to prevent the act or protect those against whom it is threatened'". (Emphasis added.) See also *Thompson v. County of Alameda*, 614 P.2d 728 (Cal. 1980), at p. 736.

26 Second, an accused's right to consult counsel without fear of having his words used against him at trial is vital to our conception of justice. See *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, *per* the Chief Justice, at p. 577:

> Perhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution.

27 All of the information upon which the respondent formed his concern about future conduct of the accused, emanated from the accused himself, and would not generally have been available. Our jurisprudence does not allow the conscription of an

consiste à préférer une divulgation plus limitée à la suppression complète du privilège qu'il propose. En particulier, le juge Cory fait sienne la limitation par le juge de première instance de l'affidavit du Dr Smith aux parties révélant un danger imminent de blessures graves ou de mort. Résultat, une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, telle une confession, peut être divulguée. À mon avis, le danger que constitue l'accusé peut être écarté adéquatement par la communication de cette opinion par le Dr Smith sans divulgation de la confession.

Deux principes doivent guider l'analyse de l'étendue de cette divulgation. Premièrement, la dérogation au privilège doit être aussi étroite que possible; *Descôteaux c. Mierzwinski*, précité, à la p. 875. La divulgation est justifiée uniquement quand elle permet véritablement de réaliser quelque chose dans l'intérêt public, par exemple prévenir des blessures ou la mort. Comme les auteurs de «The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges» (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730, à la p. 732, le font remarquer, [TRADUCTION] «il ressort clairement des règles de déontologie [américaines] que l'avocat est libéré de son obligation de garder le secret lorsqu'il s'agit de "prévenir l'acte ou de protéger des victimes potentielles"». (Je souligne.) Voir aussi *Thompson c. County of Alameda*, 614 P.2d 728 (Cal. 1980), à la p. 736.

Deuxièmement, le droit de l'accusé de consulter un avocat sans craindre que ses paroles ne soient utilisées contre lui durant le procès est essentiel à notre conception de la justice. Voir *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, les motifs du Juge en chef, à la p. 577:

> Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui.

Tous les renseignements sur lesquels l'intimé fonde ses inquiétudes à l'égard de la conduite future de l'accusé provenaient de l'accusé lui-même et n'auraient pas de manière générale été portés à la connaissance de l'intimé. Notre

accused's own words against him: see *R. v. Jones*, *supra*.

The immediate concern for public safety in this case is to ensure that the appellant not harm anyone. The solicitor-client privilege is a fundamental common law right of Canadians. That right must be interpreted in light of the *Charter* which provides for the right of an accused to counsel. Anytime such a fundamental right is eroded the principal of minimal impairment must be observed. See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This can be accomplished by a limited disclosure of the psychiatrist's opinion. Courts are obligated to craft the narrowest possible exception to privilege which accomplishes this purpose. Accordingly, Dr. Smith should be permitted to warn the relevant authorities (i.e., the Attorney General and sentencing judge) that Mr. Jones poses a threat to prostitutes in the Vancouver area. However, Dr. Smith should only disclose his opinion and the fact that it is based on a consultation with Mr. Jones. Specifically, he should not disclose any communication from the accused relating to the circumstances of the offence, nor should he be permitted to reveal any of the personal information which the trial judge excluded from his original order for disclosure.

I agree with Cory J. that in rare cases where an individual poses an instant risk such that even an *ex parte* application to the court is not possible, the person reviewing the otherwise privileged information may issue a timely warning to the police. Otherwise, the scope and timing of disclosures should be dealt with by the courts on a case-by-case basis.

The public interest in cases such as this is two-fold, and requires not only that the dangerous individual is prevented from harming anyone, but that they obtain treatment if needed. Appealing as it might be to force individuals in Mr. Jones's position into treatment through the criminal process, it

jurisprudence ne permet pas que les propres paroles d'un accusé soient utilisées contre lui: voir *R. c. Jones*, précité.

28 Dans l'intérêt immédiat de la sécurité publique en l'espèce, il faut faire en sorte que l'appelant ne fasse de mal à personne. Le privilège du secret professionnel de l'avocat est un droit fondamental des Canadiens en common law. Ce droit doit être interprété à la lumière de la *Charte* qui garantit le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat. Chaque fois qu'il est porté atteinte à ce droit fondamental, le principe de l'atteinte minimale doit être respecté. Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. C'est possible au moyen d'une divulgation limitée de l'opinion du psychiatre. Les tribunaux sont tenus de concevoir l'exception au privilège la plus étroite possible qui permet de parvenir à cette fin. Par conséquent, le Dr Smith devrait être autorisé à prévenir les autorités compétentes (c'est-à-dire le procureur général et le juge chargé de déterminer la peine) que M. Jones constitue une menace pour les prostituées de la région de Vancouver. Toutefois, le Dr Smith ne devrait divulguer que son opinion et le fait qu'elle repose sur un entretien qu'il a eu avec M. Jones. Plus précisément, il ne devrait divulguer aucune communication reçue de l'accusé au sujet des circonstances de l'infraction, et il ne devrait pas non plus être autorisé à divulguer aucun des renseignements personnels que le juge du première instance a exclus de son ordonnance de divulgation initiale.

29 Je conviens avec le juge Cory que dans les rares cas où le danger immédiat que constitue une personne est tel que même la présentation d'une requête *ex parte* à la cour est impossible, la personne qui examine les renseignements par ailleurs confidentiels peut prévenir la police en temps opportun. Autrement, les tribunaux devraient examiner au cas par cas l'étendue des divulgations et le moment auquel elles devraient être faites.

30 L'intérêt public dans des affaires comme celle qui nous occupe est double, et il commande non seulement qu'on empêche la personne dangereuse de faire du mal à autrui, mais aussi qu'on l'amène à recevoir des soins au besoin. Si attrayante que puisse être l'idée de contraindre les personnes

is unlikely to happen. If there is a risk that conscriptive evidence from the mouth of the accused can be used against him, the defence bar is going to be reluctant to refer dangerous clients to the care of experts. Disclosure will be discouraged and treatment will not occur.

31 As the facts of this case illustrate, Mr. Jones was only diagnosed and made aware of the possibility of treatment because he felt secure in confiding to Dr. Smith. If that confidence is undermined, then these individuals will not disclose the danger they pose, they will not be identified, and public safety will suffer.

VII. Scope of this Decision

32 Cory J. relies on American jurisprudence regarding the private law duty of physicians to warn potential victims of their dangerous patients. With respect I think these cases are of limited usefulness, as they do not engage any of the legal and constitutional principles which underlie the solicitor-client privilege. In the absence of that issue in this case I will not comment on the existence or scope of the duty to warn in private doctor-client relationships.

33 This decision relates only to a limited exception to the solicitor-client privilege created by these facts, and does not extinguish that privilege. It pertains only to the prevention of imminent perils and the ability of legal and medical professionals to warn the police and potential victims of clear, serious and pressing dangers in the manner outlined. It follows that nothing in this decision is intended to decide whether any of the privileged communications made between Mr. Jones and Dr. Smith are admissible at any judicial proceedings. Those are issues to be determined by the presiding judge as they arise.

comme M. Jones à suivre un traitement au moyen du processus pénal, les chances pour que cela se produise sont bien minces. S'il y a un risque que soit utilisée contre l'accusé une preuve obtenue en le mobilisant contre lui-même, les avocats de la défense hésiteront à renvoyer les clients dangereux à des spécialistes. L'on détournera de la divulgation et le malade ne sera pas traité.

Ainsi que les circonstances de l'espèce le montrent, M. Jones a fait l'objet d'un diagnostic et a appris qu'il pourrait être traité uniquement parce que le Dr Smith avait toute sa confiance. Si cette confiance est affaiblie, ces personnes ne révéleront pas le danger qu'elles représentent, elles ne seront pas reconnues et la sécurité publique en subira les conséquences.

VII. Portée de la présente décision

Le juge Cory invoque des décisions américaines portant sur l'obligation de droit privé qu'ont les médecins de prévenir les victimes potentielles de leurs patients dangereux. L'utilité de ces décisions me paraît limitée parce qu'elles ne font intervenir aucun des principes juridiques et constitutionnels qui sous-tendent le privilège du secret professionnel de l'avocat. Cette question n'étant pas soulevée en l'espèce, je ne ferai aucun commentaire sur l'existence ni la portée de l'obligation de mise en garde dans le contexte d'une relation privée entre le médecin et son patient.

La présente décision se rapporte uniquement à une exception limitée au privilège du secret professionnel de l'avocat à laquelle donnent lieu les circonstances de l'espèce, et ne supprime pas ce privilège. Elle concerne uniquement la prévention des périls imminents et la capacité des avocats et des médecins de prévenir les policiers et les victimes potentielles de l'existence d'un danger clair, grave et pressant de la manière précisée. Il s'ensuit que la présente décision ne vise pas à trancher la question de savoir si une quelconque partie des communications privilégiées entre M. Jones et le Dr Smith est admissible dans une instance judiciaire. C'est au juge de première instance qu'il appartient de trancher ces questions lorsqu'elles sont soulevées.

VIII. Disposition

Accordingly, I would allow the appeal without costs, confirm the entirety of Mr. Jones's communications to Dr. Smith to be privileged, but permit Dr. Smith to give his opinion and diagnosis of the danger posed by Mr. Jones.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ. was delivered by

CORY J. — The solicitor-client privilege permits a client to talk freely to his or her lawyer secure in the knowledge that the words and documents which fall within the scope of the privilege will not be disclosed. It has long been recognized that this principle is of fundamental importance to the administration of justice and to the extent it is feasible, it should be maintained. Yet when public safety is involved and death or serious bodily harm is imminent, the privilege should be set aside. This appeal must determine what circumstances and factors should be considered and weighed in determining whether solicitor-client privilege should be set aside in the interest of protecting the safety of the public.

I. Factual Background

Solicitor-client privilege is claimed for a doctor's report. Pending the resolution of that claim the names of the parties involved have been replaced by pseudonyms. The appellant, "James Jones", was charged with aggravated sexual assault of a prostitute. His counsel referred him to a psychiatrist, the respondent, "John Smith", for a forensic psychiatric assessment. It was hoped that it would be of assistance in the preparation of the defence or with submissions on sentencing in the event of a guilty plea. His counsel advised Mr. Jones that the consultation was privileged in the same way as a consultation with him would be. Dr. Smith interviewed Mr. Jones for 90 minutes on July 30, 1997. His findings are contained in an affidavit he submitted to the judge of first instance.

VIII. Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens et de confirmer que toutes les déclarations que M. Jones a faites au Dr Smith font l'objet du privilège, mais de permettre au Dr Smith de dévoiler à la police son opinion et son diagnostic quant au danger que constitue M. Jones. 34

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache rendu par

LE JUGE CORY — Le privilège du secret professionnel de l'avocat permet à un client de parler en toute liberté à son avocat car il a la certitude que les paroles et les documents visés par le privilège ne seront pas divulgués. Il est établi depuis longtemps qu'il s'agit d'un principe de la plus haute importance pour l'administration de la justice et qu'il doit être maintenu chaque fois qu'il est possible de le faire. Néanmoins, lorsque la sécurité publique est en jeu et qu'il y a danger imminent de mort ou de blessures graves, le privilège doit être écarté. Dans le cadre du présent pourvoi, il faut déterminer quels sont les circonstances et les facteurs qui doivent être examinés et soupesés pour trancher la question de savoir si le secret professionnel de l'avocat doit être écarté dans l'intérêt de la protection de la sécurité publique. 35

I. Les faits

Le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué relativement à un rapport médical. En attendant que cette question soit tranchée, le nom des parties a été remplacé par un pseudonyme. L'appelant «James Jones» a été accusé d'agression sexuelle grave à l'endroit d'une prostituée. Son avocat l'a renvoyé à un psychiatre, soit l'intimé «John Smith», aux fins d'évaluation psychiatrique. L'avocat espérait que cette évaluation soit utile pour la préparation de la défense ou les observations relatives à la peine dans l'hypothèse d'un plaidoyer de culpabilité. L'avocat a informé M. Jones que cette consultation était protégée par le secret professionnel de la même façon qu'une consultation avec lui. Le Dr Smith a reçu M. Jones en entrevue pendant 90 minutes le 30 juillet 1997. 36

They set out the basis for his belief that Mr. Jones poses a continuing danger to the public.

Ses conclusions sont présentées dans l'affidavit qu'il a déposé devant le juge de première instance. Elles exposent les motifs pour lesquels il croit que M. Jones représente un danger permanent pour le public.

37 Dr. Smith reported that Mr. Jones described in considerable detail his plan for the crime to which he subsequently pled guilty. It involved deliberately choosing as a victim a small prostitute who could be readily overwhelmed. He planned to have sex with her and then to kidnap her. He took duct tape and rope with him, as well as a small blue ball that he tried to force into the woman's mouth. Because he planned to kill her after the sexual assault he made no attempt to hide his identity.

Le Dr Smith a mentionné le fait que M. Jones a décrit avec un luxe de détails le plan qu'il avait élaboré pour la perpétration du crime pour lequel il a plaidé coupable par la suite. Ce plan comportait le choix délibéré d'une prostituée de petite taille comme victime, pour pouvoir la maîtriser. Il prévoyait avoir des relations sexuelles avec elle et l'enlever par la suite. Il avait emporté du ruban adhésif en toile et de la corde, de même qu'une petite balle bleue qu'il a essayé d'introduire de force dans la bouche de la femme. Comme il prévoyait la tuer après l'agression sexuelle, il n'a pas tenté de cacher son identité.

38 Mr. Jones planned to strangle the victim and to dispose of her body in the bush area near Hope, British Columbia. He was going to shoot the woman in the face before burying her to impede identification. He had arranged time off from his work and had carefully prepared his basement apartment to facilitate his planned sexual assault and murder. He had told people he would be going away on vacation so that no one would visit him and he had fixed dead bolts on all the doors so that a key alone would not open them.

Monsieur Jones avait projeté d'étrangler la victime et de se débarrasser du corps dans la région forestière située près de Hope (Colombie-Britannique). Il devait lui tirer une balle au visage avant de l'enterrer pour empêcher son identification. Il avait obtenu un congé auprès de son employeur et avait méticuleusement préparé son appartement en sous-sol pour faciliter la perpétration de l'agression sexuelle et du meurtre. Il avait prévenu son entourage qu'il partait en vacances à l'extérieur, pour que personne ne lui rende visite, et il avait installé des pênes dormants à toutes les portes, de sorte qu'il serait impossible de les ouvrir avec une simple clé.

39 Mr. Jones told Dr. Smith that his first victim would be a "trial run" to see if he could "live with" what he had done. If he could, he planned to seek out similar victims. He stated that, by the time he had kidnapped his first victim, he expected that he would be "in so deep" that he would have no choice but to carry out his plans.

Monsieur Jones a dit au Dr Smith que sa première victime ne serait qu'un «essai» pour voir s'il pouvait «s'y faire». S'il le pouvait, il prévoyait répéter l'expérience avec des victimes semblables. Il a déclaré que lorsqu'il aurait enlevé sa première victime, il s'attendait à être «tellement pris dans le feu de l'action» qu'il n'aurait d'autre choix que d'aller jusqu'au bout.

40 On July 31, Dr. Smith telephoned Mr. Jones's counsel and informed him that in his opinion Mr. Jones was a dangerous individual who would, more likely than not, commit future offences unless he received sufficient treatment.

Le 31 juillet, le Dr Smith a téléphoné à l'avocat de M. Jones pour l'informer qu'à son avis, ce dernier était un individu dangereux qui commettrait probablement d'autres crimes s'il ne recevait aucun traitement approprié.

On September 24, 1997, Mr. Jones pled guilty to aggravated assault and the matter was put over for sentencing. Sometime after November 19, Dr. Smith phoned Mr. Jones's counsel to inquire about the proceedings. On learning that the judge would not be advised of his concerns, Dr. Smith indicated that he intended to seek legal advice and shortly thereafter commenced this action.

Le 24 septembre 1997, M. Jones a plaidé coupable à une accusation de voies de fait graves et l'affaire a été reportée aux fins de détermination de la peine. Peu après le 19 novembre, le Dr Smith a téléphoné à l'avocat de M. Jones pour s'informer de l'état de l'instance. En apprenant que le juge ne serait pas informé de ses inquiétudes, le Dr Smith a dit qu'il avait l'intention d'obtenir un avis juridique, et, peu de temps après, il intentait la présente action. 41

The *in camera* hearing took place in December 1997. Dr. Smith filed an affidavit describing his interview with Mr. Jones and his opinion based upon the interview. Mr. Jones filed an affidavit in response. On December 12, 1997, Henderson J. ruled that the public safety exception to the law of solicitor-client privilege and doctor-patient confidentiality released Dr. Smith from his duties of confidentiality. He went on to rule that Dr. Smith was under a duty to disclose to the police and the Crown both the statements made by Mr. Jones and his opinion based upon them. Henderson J. ordered a stay of his order to allow for an appeal and Mr. Jones promptly appealed the decision.

L'audition *in camera* a eu lieu en décembre 1997. Le Dr Smith a déposé un affidavit décrivant son entrevue avec M. Jones et exposant l'opinion qu'il s'était faite à la suite de l'entrevue. Monsieur Jones a déposé un affidavit en réponse à celui du Dr Smith. Le 12 décembre 1997, le juge Henderson a conclu que l'exception relative à la sécurité publique admise par les règles de droit régissant le secret professionnel de l'avocat et celui du médecin libérait le Dr Smith de son obligation de confidentialité. Il a également statué que le Dr Smith avait l'obligation de divulguer à la police et au ministère public tant les déclarations faites par M. Jones que l'opinion qu'il s'était formée à partir de celles-ci. Le juge Henderson a ordonné la suspension de son ordonnance pour permettre la formation d'un appel que M. Jones s'est empressé d'interjeter. 42

The Court of Appeal allowed the appeal but only to the extent that the mandatory order was changed to one permitting Dr. Smith to disclose the information to the Crown and police: [1998] B.C.J. No. 3182 (QL). The order was stayed to permit Mr. Jones to consider a further appeal. It also directed that pseudonyms be used, that proceedings be heard *in camera* and that the file remain sealed pending further order. This order is discussed in greater detail below. The sentencing of Mr. Jones on the aggravated assault charge was adjourned pending the outcome of this appeal.

L'appel a été accueilli par la Cour d'appel mais seulement dans la mesure où l'ordonnance a été modifiée pour autoriser, et non plus obliger, le Dr Smith à divulguer les renseignements au ministère public et à la police: [1998] B.C.J. No. 3182 (QL). L'ordonnance a été suspendue pour permettre à M. Jones d'examiner la possibilité de porter de nouveau l'affaire en appel. La cour a également ordonné que des pseudonymes soient utilisés, que les audiences soient tenues à huis clos et que le dossier demeure scellé jusqu'à nouvelle ordonnance. La détermination de la peine de M. Jones relativement à l'accusation de voies de fait graves a été reportée en attendant qu'une décision soit rendue dans le cadre du présent pourvoi. 43

II. Analysis

A. *The Nature of the Solicitor-Client Privilege*

44 Both parties made their submissions on the basis that the psychiatrist's report was protected by solicitor-client privilege, and it should be considered on that basis. It is the highest privilege recognized by the courts. By necessary implication, if a public safety exception applies to solicitor-client privilege, it applies to all classifications of privileges and duties of confidentiality. It follows that, in these reasons, it is not necessary to consider any distinctions that may exist between a solicitor-client privilege and a litigation privilege.

45 The solicitor-client privilege has long been regarded as fundamentally important to our judicial system. Well over a century ago in *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), at p. 649, the importance of the rule was recognized:

> The object and meaning of the rule is this: that as, by reason of the complexity and difficulty of our law, litigation can only be properly conducted by professional men, it is absolutely necessary that a man, in order to prosecute his rights or to defend himself from an improper claim, should have recourse to the assistance of professional lawyers, . . . to use a vulgar phrase, that he should be able to make a clean breast of it to the gentleman whom he consults with a view to the prosecution of his claim, or the substantiating of his defence . . . that he should be able to place unrestricted and unbounded confidence in the professional agent, and that the communications he so makes to him should be kept secret, unless with his consent (for it is his privilege, and not the privilege of the confidential agent), that he should be enabled properly to conduct his litigation.

46 Clients seeking advice must be able to speak freely to their lawyers secure in the knowledge that what they say will not be divulged without their consent. It cannot be forgotten that the privilege is that of the client, not the lawyer. The privilege is essential if sound legal advice is to be given in every field. It has a deep significance in almost every situation where legal advice is sought

II. Analyse

A. *La nature du privilège du secret professionnel de l'avocat*

Les deux parties ont fondé leurs plaidoiries sur le fait que le rapport du psychiatre est protégé par le secret professionnel de l'avocat, et c'est sous cet angle qu'il doit être examiné. Il s'agit du plus important privilège reconnu par les tribunaux. Par déduction nécessaire, si l'exception relative à la sécurité publique s'applique au secret professionnel de l'avocat, elle s'applique à toutes les catégories de privilèges et d'obligations de confidentialité. Il s'ensuit que dans les présents motifs, il n'est pas nécessaire d'examiner les distinctions pouvant exister entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige.

Le secret professionnel de l'avocat est considéré depuis longtemps comme étant d'une importance fondamentale pour notre système judiciaire. Cette règle a été reconnue il y a plus de cent ans, dans *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), à la p. 649:

> [TRADUCTION] L'objet et la teneur de la règle sont les suivants: comme, en raison de la complexité et des difficultés inhérentes à notre droit, les procès ne peuvent être correctement menés que par des professionnels, il est absolument nécessaire qu'un homme fasse appel à des avocats professionnels pour faire valoir ses droits ou se défendre contre une demande injustifiée [. . .] qu'il puisse, pour employer une expression populaire, tout avouer au professionnel qu'il consulte pour faire valoir sa demande ou pour se défendre [. . .], qu'il puisse placer toute sa confiance dans ce représentant professionnel et que les choses communiquées demeurent secrètes, sauf consentement de sa part (car il s'agit de son privilège et non de celui du mandataire qui reçoit l'information confidentielle), afin qu'il soit bien préparé à mener son procès.

Les clients qui consultent un avocat doivent pouvoir s'exprimer en toute liberté avec la certitude que ce qu'ils disent ne sera pas divulgué sans leur consentement. Il ne faut pas oublier que le privilège appartient au client et non à l'avocat. Le privilège est essentiel si l'on veut que des avis juridiques judicieux soient donnés dans tous les domaines. Il revêt une grande importance dans

whether it be with regard to corporate and commercial transactions, to family relationships, to civil litigation or to criminal charges. Family secrets, company secrets, personal foibles and indiscretions all must on occasion be revealed to the lawyer by the client. Without this privilege clients could never be candid and furnish all the relevant information that must be provided to lawyers if they are to properly advise their clients. It is an element that is both integral and extremely important to the functioning of the legal system. It is because of the fundamental importance of the privilege that the onus properly rests upon those seeking to set aside the privilege to justify taking such a significant step.

As Lamer C.J. stated in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289:

> The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication.

The solicitor-client privilege was originally simply a rule of evidence, protecting communications only to the extent that a solicitor could not be forced to testify. Yet now it has evolved into a substantive rule. As Dickson J. (as he then was) wrote in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 836, "Recent case law has taken the traditional doctrine of privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room."

Lamer J. (as he then was) expanded on this statement in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875, when he discussed the content of this substantive rule:

presque chaque cas où un avis juridique est sollicité, qu'il s'agisse d'opérations commerciales, de relations familiales, de litiges civils ou d'accusations criminelles. Les secrets de famille, les secrets d'entreprise, les faiblesses et les étourderies doivent parfois être révélés par le client à l'avocat. Sans ce privilège, les clients ne pourraient parler avec franchise à leurs avocats ni leur communiquer l'ensemble des renseignements qu'ils doivent connaître pour conseiller judicieusement leurs clients. Il s'agit d'un élément qui constitue une partie extrêmement importante du fonctionnement du système judiciaire. C'est en raison de l'importance cruciale de ce privilège qu'il incombe à juste titre à ceux qui désirent l'écarter de justifier une mesure d'une telle gravité.

47 Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 289:

> La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée.

48 Au départ, le secret professionnel de l'avocat n'était qu'une règle de preuve, qui protégeait les communications uniquement dans la mesure où l'avocat ne pouvait être contraint à témoigner. Il s'agit maintenant d'une règle de fond. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a écrit dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 836: «Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège sur un plan nouveau. Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience».

49 Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a mis en lumière cet énoncé dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 875, lorsqu'il s'est penché sur la teneur de cette règle de fond:

It is quite apparent that the Court in [*Solosky*] applied a standard that has nothing to do with the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of the communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.

2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.

4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

50 As the British Columbia Court of Appeal observed, solicitor-client privilege is the privilege "which the law has been most zealous to protect and most reluctant to water down by exceptions". Quite simply it is a principle of fundamental importance to the administration of justice.

De toute évidence la Cour, dans [*Solosky*] appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;

2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;

4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a fait remarquer, le secret professionnel de l'avocat est le privilège [TRADUCTION] «que la loi a protégé avec le plus d'acharnement et dont elle a le plus hésité à atténuer la portée par des exceptions». Il s'agit tout bonnement d'un principe d'une importance fondamentale pour l'administration de la justice.

B. *Limitations on Solicitor-Client Privilege*

Just as no right is absolute so too the privilege, even that between solicitor and client, is subject to clearly defined exceptions. The decision to exclude evidence that would be both relevant and of substantial probative value because it is protected by the solicitor-client privilege represents a policy decision. It is based upon the importance to our legal system in general of the solicitor-client privilege. In certain circumstances, however, other societal values must prevail.

(1) Innocence of the Accused

One exception to solicitor-client privilege was set out in *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.). Martin J.A., speaking for the court, ruled that solicitor-client privilege must yield to the right of accused persons to fully defend themselves. At p. 44 he wrote:

> No rule of policy requires the continued existence of the privilege in criminal cases when the person claiming the privilege no longer has any interest to protect, and when maintaining the privilege might screen from the jury information which would assist an accused.

The House of Lords recently considered this issue in *R. v. Derby Magistrates' Court*, [1995] 4 All E.R. 526. It held that solicitor-client privilege was absolute and permanent. It could not be set aside even when to do so would allow an accused to present a full answer and defence to a criminal charge. With great respect, I prefer the reasoning of Martin J.A. Despite the strength and importance of the privilege, it remains subject to certain well-defined and limited exceptions. These exceptions are not foreclosed and may be expanded in the future, for example, to protect national security. However, the question of further exceptions need not be considered in these reasons.

B. *Les limites du privilège du secret professionnel de l'avocat*

51 De la même façon qu'aucun droit n'est absolu, aucun privilège ne l'est, y compris celui du secret professionnel de l'avocat qui souffre des exceptions bien définies. La décision d'exclure des éléments de preuve qui seraient à la fois pertinents et d'une grande valeur probante parce qu'ils font l'objet du secret professionnel de l'avocat constitue une décision de principe qui est fondée sur l'importance que revêt ce privilège pour notre système judiciaire en général. Dans certains cas, toutefois, d'autres valeurs sociales doivent avoir préséance.

(1) L'innocence de l'accusé

52 Une exception au secret professionnel de l'avocat a été établie dans l'arrêt *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.). Le juge Martin, s'exprimant au nom de la cour, a conclu que ce privilège devait s'incliner devant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Il a écrit, à la p. 44:

> [TRADUCTION] Aucune règle de principe n'exige que le secret professionnel de l'avocat continue de s'appliquer dans les affaires criminelles lorsque la personne invoquant ce privilège n'a plus d'intérêt à protéger et que le maintien du privilège pourrait empêcher le jury d'avoir accès à des renseignements favorables à l'accusé.

53 La Chambre des lords a récemment examiné cette question dans l'affaire *R. c. Derby Magistrates' Court*, [1995] 4 All E.R. 526. Elle a conclu que le secret professionnel de l'avocat était absolu et permanent. Il ne pouvait être écarté même dans les cas où cela permettrait à l'accusé de présenter une défense pleine et entière contre une accusation criminelle. Avec égards, je préfère le raisonnement suivi par le juge Martin. Malgré le poids et l'importance du privilège, il demeure assujetti à certaines exceptions limitées et bien définies. Ces exceptions ne sont pas immuables et pourraient être élargies, par exemple, pour protéger la sécurité nationale. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question dans les présents motifs.

54 It is significant and worthy of observation that *Dunbar and Logan*, *supra*, was cited with approval by this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 607 (*per* McLachlin J.), and in *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536 (*per* L'Heureux-Dubé J.). At para. 69 of *A. (L.L.) v. B. (A.)*:

> When the enforcement of a privilege means that the accused will be limited as to his or her right to make full answer and defence to criminal accusations, this Court has strongly tended to favour disclosure. . . . Even the solicitor-client privilege, which has been elevated to a "fundamental civil and legal right" . . . will be overridden to allow the accused to make full answer and defence to criminal charges. . . . [Citations omitted.]

(2) Criminal Communications

55 A second exception to solicitor-client privilege was set out in *Descôteaux v. Mierzwinski*, *supra*. Lamer J. for the Court, held that communications that are criminal in themselves (in this case, a fraudulent legal aid application) or that are intended to obtain legal advice to facilitate criminal activities are not privileged. At p. 893 this appears:

> There are certain exceptions to the principle of the confidentiality of solicitor-client communications, however. Thus communications that are in themselves criminal or that are made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime will not be privileged, *inter alia*.

(3) The Public Safety Exception

56 In *Solosky*, *supra*, an inmate in a federal penitentiary asked this Court to make a declaration that all properly identified correspondence between solicitors and clients would be forwarded to their destinations without being opened. The inmates' privilege was in conflict with the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, and with Regulation 2.18 of the *Penitentiary Service Regulations*, which allowed the institution's director to censor any

Fait important à souligner, l'arrêt *Dunbar and Logan*, précité, a été cité avec approbation par notre Cour dans les arrêts *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 607 (le juge McLachlin), et *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536 (le juge L'Heureux-Dubé). Au paragraphe 69 de *A. (L.L.) c. B. (A.)*:

> Lorsque la reconnaissance d'un privilège signifie que sera limité le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière à une accusation criminelle, notre Cour a eu fortement tendance à favoriser la divulgation. [. . .] Même le secret professionnel de l'avocat, élevé au rang de «droit civil fondamental» [. . .] sera écarté pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière à des accusations criminelles . . . [Renvois omis.]

(2) Les communications de nature criminelle

Une deuxième exception au privilège du secret professionnel de l'avocat a été énoncée dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, précité. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de notre Cour, a conclu, à la p. 893, que les communications qui sont en elles-mêmes criminelles (en l'espèce, une demande frauduleuse d'aide juridique) ou qui visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d'actes criminels ne sont pas protégées par ce privilège:

> Le principe de la confidentialité des communications client-avocat connaît toutefois des exceptions. Ainsi, entre autres, ne jouiront pas du privilège de confidentialité les communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui sont faites en vue d'obtenir un avis juridique devant faciliter la perpétration d'un crime.

(3) L'exception relative à la sécurité publique

Dans *Solosky*, précité, une personne détenue dans un pénitencier fédéral a demandé à notre Cour de rendre un jugement déclaratoire portant que la correspondance, correctement identifiée à cet effet, entre les avocats et leurs clients serait acheminée à son destinataire sans être ouverte. Le privilège dont jouissaient les détenus entrait en contradiction avec la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, ch. P-6, et avec l'art. 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, qui autorisait le directeur de l'établissement à ordonner la

correspondence to the extent the censor considered necessary.

In his decision, Dickson J. ruled that the inmates' privilege must yield when the safety of members of the institution is at risk. In his reasons at p. 840, he implicitly limited the solicitor-client privilege. He wrote:

> The result, as I see it, is that the Court is placed in the position of having to balance the public interest in maintaining the safety and security of a penal institution, its staff and its inmates, with the interest represented by insulating the solicitor-client relationship. Even giving full recognition to the right of an inmate to correspond freely with his legal adviser, and the need for minimum derogation therefrom, the scale must ultimately come down in favour of the public interest. [Emphasis added.]

In certain circumstances, therefore, when the safety of the public is at risk the solicitor-client privilege may be set aside.

Courts in other jurisdictions have considered the issue of public safety exceptions to privilege, particularly in doctor-patient relationships. Obviously these cases do not deal with solicitor-client privilege. However, they do support the position that other privileges are subject to the public interest. Moreover, they assist in determining the approach that should be taken to the consideration of the issue of privilege. Further these cases are useful in exploring certain issues that arise in this case, for example, how the victim class can be identified and how specific the potential victim or class of victims must be.

I would emphasize that these cases are not being examined with a view to establishing a tort duty on doctors to disclose confidential information when a public safety concern arises. That issue is not before the Court and must not be decided without a factual background and the benefit of argument.

censure de toute correspondance selon les modalités tenues pour nécessaires.

Dans sa décision, le juge Dickson a conclu qu'il 57
fallait écarter le privilège des détenus lorsque la sécurité des membres de l'établissement était menacée. À la p. 840 de ses motifs, il a implicitement limité le secret professionnel de l'avocat:

> Il en résulte, selon moi, que la Cour se trouve dans l'obligation de peser l'intérêt public qui veut le maintien de la sécurité et de la sûreté de l'institution carcérale, de son personnel et de ses détenus, et l'intérêt représenté par la protection de la relation avocat-client. Même si l'on reconnaît pleinement le droit d'un détenu de correspondre librement avec son conseiller juridique et la nécessité d'en déroger au minimum, la balance doit, en fin de compte, pencher en faveur de l'intérêt public. [Je souligne.]

On peut donc écarter le secret professionnel de l'avocat dans certains cas lorsque la sécurité publique est menacée.

Les tribunaux d'autres ressorts ont examiné la 58
question des exceptions relatives à la sécurité publique, notamment dans le contexte des relations médecin-patient. Il est évident que ces affaires ne portent pas sur le secret professionnel de l'avocat. Toutefois, elles appuient la thèse voulant que d'autres privilèges soient soumis à l'intérêt public. De plus, elles sont utiles pour déterminer l'approche à adopter pour étudier la question du privilège. Au surplus, ces décisions permettent d'approfondir certaines des questions soulevées dans le présent pourvoi, par exemple, comment délimiter la catégorie des victimes et avec quel degré de précision faut-il pouvoir identifier la victime ou le groupe de victimes potentielles.

J'insiste sur le fait que ces affaires ne sont pas 59
analysées en vue d'établir l'existence d'une obligation de divulgation de renseignements confidentiels à laquelle seraient tenus les médecins en responsabilité délictuelle lorsque la sécurité publique est en jeu. Cette question n'a pas été soumise à notre Cour et elle ne doit pas être tranchée sans cadre factuel ni plaidoirie à ce sujet.

(a) *American Decisions*

60 In *Tarasoff v. Regents of University of California*, 551 P.2d 334 (1976), the Supreme Court of California considered whether psychologists and psychiatrists have a duty to warn a potential victim when they were or should have been aware that a patient presented a serious danger to an identifiable person.

61 In that case a patient under the care of the respondents, a psychologist and two psychiatrists employed by the University of California, confessed to his psychologist his intention to kill a young girl, who was readily identifiable from his description. The psychologist contacted the police who questioned and briefly detained the patient but released him because he appeared rational. Two months later, the patient killed the girl. Her parents brought an action against the therapists for failure to warn them of the danger to their daughter.

62 Tobriner J. of the California Supreme Court at p. 340 wrote:

> When a therapist determines, or pursuant to the standards of his profession should determine, that his patient presents a serious danger of violence to another, he incurs an obligation to use reasonable care to protect the intended victim against such danger. The discharge of this duty may require the therapist to take one or more of various steps, depending upon the nature of the case. Thus it may call for him to warn the intended victim or others likely to apprise the victim of the danger, to notify the police, or to take whatever other steps are reasonably necessary under the circumstances.

63 He went on to observe that the public interest in maintaining access to mental health treatment had to be balanced against the public interest in safety. At p. 346:

> We recognize the public interest in supporting effective treatment of mental illness and in protecting the rights of patients to privacy . . ., and the consequent public importance of safeguarding the confidential character of psychotherapeutic communication. Against this

a) *Les décisions américaines*

Dans *Tarasoff c. Regents of University of California*, 551 P.2d 334 (1976), la Cour suprême de la Californie a examiné la question de savoir si les psychologues et les psychiatres avaient l'obligation de mettre en garde une victime potentielle lorsqu'ils savaient ou auraient dû savoir qu'un patient constituait un danger grave pour une personne identifiable.

Dans cette affaire, un patient sous les soins des intimés, soit un psychologue et deux psychiatres travaillant à l'université de la Californie, avait avoué à son psychologue son intention de tuer une jeune fille qu'il était facile d'identifier grâce à la description qu'il en faisait. Le psychologue a communiqué avec la police, qui après avoir interrogé et brièvement détenu le patient, l'a libéré parce qu'il semblait rationnel. Deux mois plus tard, le patient tuait la jeune fille. Les parents de cette dernière ont intenté une action contre les thérapeutes, leur reprochant de ne pas les avoir prévenus du danger que courait leur fille.

Le juge Tobriner, de la Cour suprême de la Californie, a écrit, à la p. 340:

> [TRADUCTION] Lorsqu'un thérapeute conclut, ou devrait conclure selon les normes de sa profession, que son patient constitue un danger grave de violence pour un tiers, il est tenu de faire preuve de diligence raisonnable pour préserver la victime visée du danger. Pour satisfaire à cette obligation, il se peut que le thérapeute doive accomplir un ou plusieurs actes, selon la nature de la situation. Cela peut donc l'amener à prévenir la victime visée ou des tiers susceptibles d'avertir celle-ci du danger, à aviser la police ou à prendre toute autre mesure raisonnable et nécessaire vu les circonstances.

Il a ajouté qu'il fallait mettre en balance l'intérêt public à l'égard du maintien de l'accessibilité des traitements en matière de santé mentale et l'intérêt public à l'égard de la sécurité. Il s'est exprimé ainsi, à la p. 346:

> [TRADUCTION] Nous reconnaissons l'intérêt public porté au soutien du traitement efficace des maladies mentales et à la protection du droit à la vie privée des patients [. . .], et par conséquent, l'importance pour le public de préserver la confidentialité des communica-

interest, however, we must weigh the public interest in safety from violent assault. [Citation omitted.]

At p. 347, he concluded:

We conclude that the public policy favoring protection of the confidential character of patient-psychotherapist communications must yield to the extent to which disclosure is essential to avert danger to others. The protective privilege ends where the public peril begins. [Emphasis added.]

In *Thompson v. County of Alameda*, 614 P.2d 728 (Cal. 1980), county officials were aware of the violent propensities of a juvenile delinquent in their care. These violent propensities were directed toward young children. The county released the juvenile delinquent from custody into the care of his mother. Within 24 hours, he had sexually assaulted and murdered the five-year-old who lived next door. The parents of the victim sued the county for, *inter alia*, failing to warn them. The Supreme Court dismissed their suit.

In reaching its decision, the majority of the court held that *Tarasoff*, *supra*, was distinguishable because the victim in *Tarasoff* "was the known and specifically foreseeable and identifiable victim of the patient's threats" (p. 734). Richardson J. explained and distinguished the decision in *Tarasoff* in this way at p. 734:

[W]e made clear that the therapist has no *general* duty to warn of each threat. Only if he "does in fact determine, or under applicable professional standards reasonably should have determined, that a patient poses a serious danger of violence to others, (does he bear) a duty to exercise reasonable care to protect the *foreseeable victim* of that danger."

. . .

tions en matière de psychothérapie. Cet intérêt doit toutefois être soupesé au regard de l'intérêt public à l'égard de la protection contre les agressions violentes. [Renvoi omis.]

À la p. 347, il a conclu:

[TRADUCTION] Nous concluons qu'il faut faire une entorse au principe général favorisant la protection de la confidentialité des communications patient-psychothérapeute, dans la mesure où la divulgation est essentielle pour protéger des tiers contre un danger. La protection de la confidentialité se termine là où commence le danger pour le public. [Je souligne.]

Dans *Thompson c. County of Alameda*, 614 P.2d 728 (Cal. 1980), les autorités du comté connaissaient les tendances à la violence d'un jeune contrevenant placé sous leur garde. Ces tendances à la violence se manifestaient envers les jeunes enfants. Le comté a libéré le jeune contrevenant pour le confier à sa mère. Moins de vingt-quatre heures plus tard, il avait agressé sexuellement et assassiné l'enfant de cinq ans qui vivait à côté de chez sa mère. Les parents de la victime ont poursuivi le comté, notamment en raison de l'omission des autorités de les prévenir. La Cour suprême a rejeté leur action. 64

En rendant la décision de la cour, les juges majoritaires ont conclu qu'il fallait établir une distinction avec l'affaire *Tarasoff*, précitée, car, dans cette affaire, la victime [TRADUCTION] «était l'objet connu, précisément prévisible et identifiable, des menaces du patient» (p. 734). Le juge Richardson a expliqué la décision rendue dans *Tarasoff* et a établi une distinction de la manière suivante, à la p. 734: 65

[TRADUCTION] [N]ous avons bien spécifié que le thérapeute n'a aucune obligation *générale* de mise en garde relativement à chaque menace. C'est seulement s'il «conclut dans les faits, ou s'il aurait dû raisonnablement conclure, selon les normes professionnelles applicables, qu'un patient constitue un danger grave de violence pour les tiers qu'il est tenu de faire preuve de diligence raisonnable pour préserver la *victime prévisible* du danger».

. . .

Unlike *Johnson* [*v. State of California*, 447 P.2d 352 (Cal. 1968)] and *Tarasoff*, plaintiffs here have alleged neither that a direct or continuing relationship between them and County existed through which County placed plaintiffs' decedent in danger, nor that their decedent was a foreseeable or readily identifiable target of the juvenile offender's threats. [Underlining added; italics added by Richardson J.]

Contrairement aux affaires *Johnson* [*c. State of California*, 447 P.2d 352 (Cal. 1968)] et *Tarasoff*, les demandeurs en l'espèce n'ont pas affirmé qu'une relation directe ou suivie existait entre eux et le comté, dans le cadre de laquelle le comté avait mis la personne décédée en danger, ni que celle-ci constituait la cible prévisible ou facilement identifiable des menaces du jeune contrevenant. [Je souligne; les italiques sont du juge Richardson.]

The court thus explicitly limited the duty to warn to cases in which the danger to a particular victim was foreseeable. At p. 735, Richardson J. wrote:

La cour a donc explicitement limité l'obligation de mise en garde aux cas dans lesquels le danger pour une victime particulière était prévisible. À la p. 735, le juge Richardson a écrit:

Bearing in mind the ever present danger of parole violations, we nonetheless conclude that public entities and employees have no affirmative duty to warn of the release of an inmate with a violent history who has made *nonspecific threats of harm directed at nonspecific victims*. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Ayant à l'esprit le risque constant d'une contravention aux conditions de libération conditionnelle, nous en venons néanmoins à la conclusion que les organismes publics et leurs employés n'ont pas d'obligation positive de mise en garde à la libération d'un détenu au passé violent qui a proféré *des menaces vagues à l'endroit de victimes dont l'identité ne peut être établie*. [En italique dans l'original.]

In California, the duty to warn was thus restricted to cases in which specific threats of harm were directed against specific victims.

En Californie, l'obligation de mise en garde a donc été limitée aux cas dans lesquels des menaces précises sont proférées à l'endroit de victimes précises.

66 This position was reiterated in *Brady v. Hopper*, 570 F.Supp. 1333 (D. Colo. 1983). James Brady and two others were suing Dr. John Hopper, John Hinckley's psychiatrist, in tort for the injuries they suffered during Hinckley's attempt to assassinate President Reagan. The court dismissed their claim, finding that Hinckley had made no threats upon which a duty to warn could be based. Moore J. wrote at p. 1339, "Nowhere in the complaint are there allegations that Hinckley made any threats regarding President Reagan, or indeed that he ever threatened anyone." It was determined that the duty to warn did not arise until such time as both the threat and the possible victim could be identified. Something more than a merely speculative risk of harm to unidentifiable persons was necessary (at p. 1338):

Ce principe a été repris dans *Brady c. Hopper*, 570 F.Supp. 1333 (D. Colo. 1983). James Brady ainsi que deux autres personnes avaient intenté une action en responsabilité délictuelle contre le Dr John Hopper, psychiatre de John Hinckley, en raison des blessures qu'ils avaient subies au cours de la tentative de ce dernier d'assassiner le président Reagan. La cour a rejeté leur action, concluant que Hinckley n'avait proféré aucune menace susceptible de fonder une obligation de mise en garde. Le juge Moore a écrit, à la p. 1339: [TRADUCTION] «Il n'est allégué nulle part dans la demande que Hinckley ait proféré quelque menace que ce soit contre le président Reagan ni qu'il ait en fait déjà menacé quelqu'un.» Il a été décidé que l'obligation de mise en garde ne prenait naissance que lorsqu'il était possible à la fois de préciser la menace et d'identifier la victime potentielle. Il fallait davantage qu'un risque conjectural de préjudice pour des personnes impossibles à identifier (à la p. 1338):

[O]nce the patient verbalizes his intentions and directs his threats to identifiable victims, then the possibility of harm to third persons becomes foreseeable, and the therapist has a duty to protect those third persons from the threatened harm. [Emphasis added.]

The reasons in *Brady v. Hopper* made it clear that the duty to warn should not be interpreted in such a wide and encompassing manner that therapists would become responsible for all their patients' violent actions. Such a test would be unreasonable and upset the balance between public safety and the importance to society of cultivating confidential relationships. Moore J. wrote at p. 1339: "In my opinion, the 'specific threats to specific victims' rule states a workable, reasonable, and fair boundary upon the sphere of a therapist's liability to third persons for the acts of their patients." (Emphasis added.)

There is much to commend these well-reasoned American decisions. Yet they lead me to believe that two observations should be made. First, it will not always be necessary to identify a specific individual as the victim. Rather it may be sufficient to engage the duty to warn if a class of victims, such as little girls under five living in a specific area, is clearly identified. Second, although Moore J. speaks of the patient "verbaliz[ing] his intentions", I believe it is more appropriate to speak of a person making known his or her intentions. While speech is perhaps the most common means of making intentions known, it is certainly not the only manner of indicating a clear intention. It could be accomplished soundlessly yet with brutal clarity by thrusting a knife through a photograph of the intended victim.

(b) *United Kingdom Decisions*

The leading case in the United Kingdom on balancing the duty of confidentiality and the duty to disclose is *W. v. Egdell*, [1990] 1 All E.R. 835 (C.A.). Although the facts differ somewhat from

[TRADUCTION] [D]ès que le patient verbalise ses intentions et qu'il profère des menaces à l'endroit de victimes identifiables, la possibilité de préjudice pour des tiers devient prévisible et le thérapeute a l'obligation de les protéger contre le préjudice dont ils sont menacés. [Je souligne.]

67 Les motifs de l'arrêt *Brady c. Hopper* établissaient clairement que l'obligation de mise en garde ne devait pas faire l'objet d'une interprétation si large et générale que les thérapeutes seraient tenus responsables de tous les actes violents commis par leurs patients. Un tel critère serait déraisonnable et créerait un déséquilibre entre la sécurité publique et l'importance pour la société de favoriser les relations confidentielles. Le juge Moore a écrit, à la p. 1339: [TRADUCTION] «Selon moi, la règle des 'menaces précises proférées à l'endroit de victimes précises' délimite de façon pratique, raisonnable et équitable la responsabilité du thérapeute à l'égard des tiers pour les actes de ses patients.» (Je souligne.)

68 Ces décisions américaines bien motivées ont beaucoup de mérite. Néanmoins, elles m'amènent à faire deux commentaires. Premièrement, il ne sera pas toujours nécessaire que la victime soit une personne précise. Pour donner naissance à l'obligation de mise en garde, il pourrait suffire qu'une catégorie de victimes, telle les petites filles âgées de moins de cinq ans vivant dans une région particulière, soit clairement visée. Deuxièmement, bien que le juge Moore fasse référence au patient qui [TRADUCTION] «verbalise ses intentions», je crois qu'il convient davantage de parler d'une personne qui fait connaître ses intentions. Même si la parole est peut-être le moyen le plus usuel de faire connaître ses intentions, il reste que ce n'est pas la seule manière d'exprimer une intention claire. La personne pourrait le faire de façon silencieuse, mais pourtant avec une clarté brutale, en transperçant avec un couteau une photo de la victime visée.

b) *Les décisions du Royaume-Uni*

69 Au Royaume-Uni, l'arrêt de principe sur la mise en balance de l'obligation de confidentialité et de l'obligation de divulgation est *W. c. Egdell*, [1990] 1 All E.R. 835 (C.A.). Bien que les faits soient

this case, enough similarities exist to make the reasoning set out in the two concurring judgments helpful to the considerations that must be given to the case at bar. In that case W. pled guilty to manslaughter after committing a series of killings. As a result of a finding of diminished responsibility he was confined to a mental institution. Ten years later, he applied pursuant to the appropriate regulations for a conditional discharge, or a transfer to a regional secure unit. To this end, through his solicitors, W. consulted Dr. Egdell, a psychiatrist, who was to report on his mental state. His report did not support W.'s application for transfer. Rather he expressed grave concerns regarding W.'s lack of remorse and his continuing interest in homemade bombs and fireworks. As a result, W. withdrew his application.

quelque peu différents de ceux de la présente affaire, il existe suffisamment de similitudes pour que le raisonnement suivi dans les deux motifs de jugement concordants soit utile pour l'examen des questions dont il faut tenir compte en l'espèce. Dans cette affaire, W. avait plaidé coupable relativement à des accusations d'homicide involontaire coupable après avoir commis une série d'assassinats. Par suite d'une conclusion de responsabilité atténuée, il a été interné dans un établissement psychiatrique. Dix ans plus tard, il a demandé, sous le régime du règlement applicable, sa libération conditionnelle ou son transfert à un centre de garde régional. À cette fin, il a consulté le psychiatre Egdell, qui avait été contacté par ses avocats pour établir un rapport sur son état mental. Le rapport du Dr Egdell n'était pas favorable à sa demande de transfert. Le psychiatre s'est plutôt dit extrêmement préoccupé par son manque de remords et par son intérêt persistant pour les bombes artisanales et les pièces pyrotechniques. En conséquence, W. a retiré sa demande.

70 Shortly thereafter, Dr. Egdell telephoned the tribunal that was to review W.'s application to ask whether it had received a copy of his report. He learned that it had not and that the application had been withdrawn. He telephoned W.'s solicitors for permission to forward his report to the assistant medical director of the hospital in which W. was incarcerated and was refused. Nonetheless, Dr. Egdell forwarded his report to the hospital, which then forwarded it to the Home Office. Both of these copies were sent without W.'s permission or knowledge.

Peu de temps après, le Dr Egdell a téléphoné au tribunal qui devait entendre la demande de W. pour savoir s'il avait reçu une copie de son rapport. Il a appris que ce n'était pas le cas et que la demande avait été retirée. Il a téléphoné aux avocats de W. pour demander l'autorisation de transmettre son rapport au directeur médical adjoint de l'hôpital où W. était incarcéré, ce qui lui a été refusé. Cela n'a pas empêché le Dr Egdell de transmettre son rapport à l'hôpital, qui en a par la suite envoyé une copie au *Home Office*. Ces deux copies du rapport ont été envoyées sans l'autorisation de W. et à son issu.

71 By chance, several days later W.'s file was due for a three-year review under the *Mental Health Act*. It was then that his solicitors learned that Dr. Egdell's report had been forwarded to the hospital. W. began proceedings, seeking an injunction to prevent the mental health review tribunal from disclosing or considering Dr. Egdell's report, for

Le hasard a voulu que dans les jours qui ont suivi, le dossier de W. fasse l'objet de l'examen triennal prévu par la *Mental Health Act*. C'est à ce moment que ses avocats ont appris que le rapport du Dr Egdell avait été transmis à l'hôpital. W. a entamé des procédures pour obtenir une injonction interdisant au tribunal de révision en matière de santé mentale de divulguer ou d'examiner le rapport du Dr Egdell, ordonnant que toutes les copies du rapport lui soient remises et lui accordant des

the delivery of all copies of the report to him, and for damages for breach of the duty of confidence.

In their concurring judgments, Sir Stephen Brown P. and Bingham L.J. affirmed the trial judge's ruling dismissing W.'s suit. Bingham L.J. said at p. 848, "[T]he law treats such duties [of confidentiality] not as absolute but as liable to be overridden where there is held to be a stronger public interest in disclosure". Both justices agreed with the trial judge that the threshold for disclosure was met. The harm that could result if W.'s mental illnesses were not adequately recognized and treated was serious, and the displacing of doctor-patient confidentiality was justified in light of the existing circumstances. The fact that W. had already committed murder was obviously significant. Sir Stephen Brown P. wrote at p. 846:

> The balance of public interest clearly lay in the restricted disclosure of vital information to the director of the hospital and to the Secretary of State who had the onerous duty of safeguarding public safety.
>
> In this case the number and nature of the killings by W must inevitably give rise to the gravest concern for the safety of the public.

In the United Kingdom the duty on a doctor not to disclose is never absolute. Further, the duty to disclose must be evaluated in the context of the existing circumstances and the specific facts presented.

C. *The Public Safety Exception and Solicitor-Client Privilege*

The foregoing review makes it clear that even the fundamentally important right to confidentiality is not absolute in doctor-patient relationships, and it cannot be absolute in solicitor-client relationships: *Solosky*, *supra*. When the interest in the protection of the innocent accused and the safety

dommages-intérêts en raison du manquement à l'obligation de confidentialité.

72 Dans leurs motifs concordants, le président sir Stephen Brown et le lord juge Bingham ont confirmé la décision du juge de première instance qui avait rejeté l'action de W. Le lord juge Bingham a dit, à la p. 848: [TRADUCTION] «[L]a loi ne considère pas de telles obligations [de confidentialité] comme absolues mais comme étant susceptibles d'être écartées lorsqu'il est jugé que l'intérêt public est mieux servi par la divulgation». Les deux juges partageaient l'opinion du juge de première instance selon lequel il avait été satisfait au critère minimal requis pour la divulgation. Les préjudices susceptibles d'être causés si les maladies mentales de W. n'étaient pas traitées de façon appropriée étaient graves, de sorte que la suppression du caractère confidentiel des communications entre le médecin et son patient était justifiée à la lumière des circonstances. Le fait que W. avait déjà commis un meurtre a évidemment beaucoup joué. Le président sir Stephen Brown a écrit, à la p. 846:

> [TRADUCTION] L'intérêt public fait clairement pencher la balance du côté de la divulgation restreinte de renseignements cruciaux au directeur de l'hôpital et au secrétaire d'État qui devait s'acquitter de la lourde mission de protéger la sécurité publique.
>
> En l'espèce, le nombre et la nature des assassinats commis par W ne pouvaient manquer de susciter les plus vives inquiétudes pour la sécurité du public.

73 Au Royaume-Uni, l'obligation de confidentialité d'un médecin n'est jamais absolue. De plus, l'obligation de divulgation doit être évaluée selon les circonstances et les faits particuliers de l'affaire.

C. *L'exception relative à la sécurité publique et le privilège du secret professionnel de l'avocat*

74 Il ressort clairement de l'examen qui précède que même le droit à la confidentialité, pourtant fondamentalement important, n'est pas absolu lorsqu'il s'agit des communications entre le médecin et son patient et qu'il ne peut l'être lorsqu'il s'agit des communications entre l'avocat et son

of members of the public is engaged, the privilege will have to be balanced against these other compelling public needs. In rare circumstances, these public interests may be so compelling that the privilege must be displaced. Yet the right to privacy in a solicitor-client relationship is so fundamentally important that only a compelling public interest may justify setting aside solicitor-client privilege.

75 Danger to public safety can, in appropriate circumstances, provide the requisite justification. It is significant that public safety exceptions to the solicitor-client privilege are recognized by all professional legal bodies within Canada. See, for example, chapter 5, s. 12, of the British Columbia *Professional Conduct Handbook*:

Disclosure to prevent a crime

12. A lawyer may disclose information received as a result of a solicitor-client relationship if the lawyer has reasonable grounds to believe that the disclosure is necessary to prevent a crime involving death or serious bodily harm to any person.

See as well the even broader Rule 4.11 of the Law Society of Upper Canada's *Professional Conduct Handbook*.

76 Quite simply society recognizes that the safety of the public is of such importance that in appropriate circumstances it will warrant setting aside solicitor-client privilege. What factors should be taken into consideration in determining whether that privilege should be displaced?

(1) Determining When Public Safety Outweighs Solicitor-Client Privilege

77 There are three factors to be considered: First, is there a clear risk to an identifiable person or group of persons? Second, is there a risk of serious bod-

client: *Solosky*, précité. Quand il y va de la protection de l'accusé innocent et de la sécurité publique, le privilège doit être pesé au regard de ces autres besoins impérieux du public. Dans de rares cas, ces intérêts du public seront si impérieux que le privilège devra être écarté. Néanmoins, le droit à la confidentialité des communications entre l'avocat et son client est d'une importance si fondamentale que seul un intérêt public impérieux est susceptible de justifier la mise à l'écart du secret professionnel de l'avocat.

La mise en péril de la sécurité publique peut, lorsque les circonstances s'y prêtent, justifier cette mise à l'écart. Il est révélateur que l'ensemble des corporations professionnelles juridiques au Canada reconnaissent l'existence d'exceptions relatives à la sécurité publique au privilège du secret professionnel de l'avocat. Voir, par exemple, l'art. 12 du chapitre 5 du *Professional Conduct Handbook* de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION]

Divulgation visant à empêcher la perpétration d'un crime

12. L'avocat peut divulguer des renseignements qu'il a reçus dans le cadre d'une relation avocat-client s'il a des motifs raisonnables de croire que la divulgation est nécessaire pour empêcher la perpétration d'un crime susceptible d'entraîner la mort ou des blessures graves.

Voir également la règle 4.11 du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada, qui est encore plus large.

La société reconnaît tout simplement que la sécurité publique revêt une telle importance que, lorsque les circonstances s'y prêtent, elle justifiera la mise à l'écart du secret professionnel de l'avocat. De quels facteurs doit-on tenir compte pour déterminer s'il faut écarter ce privilège?

(1) Détermination des cas où la sécurité publique a préséance sur le privilège du secret professionnel de l'avocat

Il faut examiner trois facteurs: premièrement, une personne ou un groupe de personnes identifiables sont-elles clairement exposées à un danger?

ily harm or death? Third, is the danger imminent? Clearly if the risk is imminent, the danger is serious.

These factors will often overlap and vary in their importance and significance. The weight to be attached to each will vary with the circumstances presented by each case, but they all must be considered. As well, each factor is composed of various aspects, and, like the factors themselves, these aspects may overlap and the weight to be given to them will vary depending on the circumstances of each case. Yet as a general rule, if the privilege is to be set aside the court must find that there is an imminent risk of serious bodily harm or death to an identifiable person or group.

(a) *Clarity*

What should be considered in determining if there is a clear risk to an identifiable group or person? It will be appropriate and relevant to consider the answers a particular case may provide to the following questions: Is there evidence of long range planning? Has a method for effecting the specific attack been suggested? Is there a prior history of violence or threats of violence? Are the prior assaults or threats of violence similar to that which was planned? If there is a history of violence, has the violence increased in severity? Is the violence directed to an identifiable person or group of persons? This is not an all-encompassing list. It is important to note, however, that as a general rule a group or person must be ascertainable. The requisite specificity of that identification will vary depending on the other factors discussed here.

The specific questions to be considered under this heading will vary with the particular circumstances of each case. Great significance might, in some situations, be given to the particularly clear identification of a particular individual or group of intended victims. Even if the group of intended victims is large considerable significance can be given to the threat if the identification of the group

Deuxièmement, risquent-elles d'être gravement blessées ou d'être tuées? Troisièmement, le danger est-il imminent? Manifestement, si le danger est imminent, le risque est sérieux.

78 Ces facteurs se chevauchent souvent et leur importance et leur portée varieront. Le poids qu'il faut leur attribuer dépendra des faits de chaque affaire, mais il faudra les examiner tous. De même, chacun d'eux présente divers aspects et, comme les facteurs eux-mêmes, ces aspects peuvent se chevaucher et le poids devant leur être attribué dépendra des circonstances de chaque affaire. Néanmoins, en règle générale, pour que le privilège soit écarté, le tribunal doit conclure qu'une personne ou un groupe identifiable est exposé à un danger imminent de blessures graves ou de mort.

a) *La clarté*

79 Quels éléments faut-il examiner pour déterminer si une personne ou un groupe identifiable est clairement exposé à un danger? Il convient d'examiner les réponses qu'une affaire donnée peut apporter aux questions suivantes: Y a-t-il des preuves d'une planification à long terme? Une méthode de mise en œuvre de l'attaque projetée a-t-elle été envisagée? Existe-t-il des antécédents violents ou des menaces de violence ont-elle déjà été proférées? Les agressions ou les menaces de violence antérieures sont-elles semblables à celles qui sont projetées? S'il y a des antécédents violents, la violence s'est-elle accrue? La violence est-elle dirigée contre une personne ou un groupe de personnes identifiables? Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. Il importe de noter cependant qu'en règle générale, il faut pouvoir établir l'identité de la personne ou du groupe visé. Le degré de précision de l'identification variera selon les autres facteurs mentionnés ici.

80 Les questions particulières devant être examinées sous cette rubrique dépendront des faits propres à chaque affaire. Dans certains cas, une grande importance pourrait être accordée à l'identification particulièrement précise de la victime choisie, que ce soit une personne ou un groupe. Même si le groupe est nombreux, on peut accorder beaucoup d'importance à la menace si l'identifica-

is clear and forceful. For example, a threat, put forward with chilling detail, to kill or seriously injure children five years of age and under would have to be given very careful consideration. In certain circumstances it might be that a threat of death directed toward single women living in apartment buildings could in combination with other factors be sufficient in the particular circumstances to justify setting aside the privilege. At the same time, a general threat of death or violence directed to everyone in a city or community, or anyone with whom the person may come into contact, may be too vague to warrant setting aside the privilege. However, if the threatened harm to the members of the public was particularly compelling, extremely serious and imminent, it might well be appropriate to lift the privilege. See in this regard *Egdell*, *supra*. All the surrounding circumstances will have to be taken into consideration in every case.

tion du groupe est précise et frappante. Par exemple, la menace, exposée avec force détails peu rassurants, de tuer ou de blesser gravement des enfants âgés de cinq ans ou moins devrait être prise très au sérieux. Dans certains cas, il se pourrait qu'une menace de mort dirigée contre les femmes célibataires vivant dans des immeubles à logements puisse, jointe à d'autres facteurs, être suffisante, compte tenu des faits particuliers de l'affaire, pour justifier la mise à l'écart du privilège. Tout comme il se peut qu'une menace générale de mort ou de violence proférée à l'endroit de l'ensemble des habitants d'une ville ou d'une collectivité ou dirigée contre tous ceux que la personne pourra croiser soit trop vague pour justifier la mise à l'écart du privilège. Cependant, si la menace de préjudice dirigée contre la masse de la population est particulièrement impérative, extrêmement grave et imminente, la mise à l'écart du privilège pourrait bien être justifiée. Voir à ce sujet, *Edgell*, précité. Toutes les circonstances devront être prises en considération dans chaque affaire.

81 In sum, the threatened group may be large but if it is clearly identifiable then it is a factor — indeed an essential factor — that must be considered together with others in determining whether the solicitor-client privilege should be set aside. A test that requires that the class of victim be ascertainable allows the trial judge sufficient flexibility to determine whether the public safety exception has been made out.

Bref, le groupe menacé peut être nombreux, mais s'il est identifiable de façon précise, c'est un facteur — un facteur essentiel en fait — qu'il faut prendre en considération parmi d'autres pour déterminer si le secret professionnel de l'avocat doit être écarté. Le recours à un critère exigeant que la catégorie des victimes puisse être déterminée donne au juge de première instance suffisamment de souplesse pour décider si l'application de l'exception relative à la sécurité publique est justifiée.

(b) *Seriousness*

b) *La gravité*

82 The "seriousness" factor requires that the threat be such that the intended victim is in danger of being killed or of suffering serious bodily harm. Many persons involved in criminal justice proceedings will have committed prior crimes or may be planning to commit crimes in the future. The disclosure of planned future crimes without an element of violence would be an insufficient reason to set aside solicitor-client privilege because of fears for public safety. For the public safety interest to be of sufficient importance to displace solicitor-

La «gravité» renvoie à une menace telle que la victime visée risque d'être tuée ou de subir des blessures graves. Bon nombre de ceux qui ont des démêlés avec la justice criminelle ont commis des crimes dans le passé ou peuvent projeter d'en commettre. La divulgation de crimes projetés éventuels ne comportant aucun élément de violence ne constituerait pas un motif suffisant pour écarter le secret professionnel de l'avocat au nom de la sécurité publique. Pour que la sécurité publique ait préséance sur le secret professionnel de l'avocat, il

client privilege, the threat must be to occasion serious bodily harm or death.

It should be observed that serious psychological harm may constitute serious bodily harm, as this Court held in *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 81:

> So long as the psychological harm substantially interferes with the health or well-being of the complainant, it properly comes within the scope of the phrase "serious bodily harm". There can be no doubt that psychological harm may often be more pervasive and permanent in its effect than any physical harm.

(c) *Imminence*

The risk of serious bodily harm or death must be imminent if solicitor-client communications are to be disclosed. That is, the risk itself must be serious: a serious risk of serious bodily harm. The nature of the threat must be such that it creates a sense of urgency. This sense of urgency may be applicable to some time in the future. Depending on the seriousness and clarity of the threat, it will not always be necessary to impose a particular time limit on the risk. It is sufficient if there is a clear and imminent threat of serious bodily harm to an identifiable group, and if this threat is made in such a manner that a sense of urgency is created. A statement made in a fleeting fit of anger will usually be insufficient to disturb the solicitor-client privilege. On the other hand, imminence as a factor may be satisfied if a person makes a clear threat to kill someone that he vows to carry out three years hence when he is released from prison. If that threat is made with such chilling intensity and graphic detail that a reasonable bystander would be convinced that the killing would be carried out the threat could be considered to be imminent. Imminence, like the other two criteria, must be defined in the context of each situation.

In summary, solicitor-client privilege should only be set aside in situations where the facts raise real concerns that an identifiable individual or group is in imminent danger of death or serious bodily harm. The facts must be carefully consid-

doit s'agir d'une menace de blessures graves ou de mort.

Il convient de faire remarquer qu'une blessure psychologique grave peut constituer une blessure grave, comme notre Cour l'a décidé dans *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, à la p. 81: 83

> Dans la mesure où la blessure psychologique nuit de manière importante à la santé ou au bien-être du plaignant, elle s'inscrit à juste titre dans le cadre de l'expression «blessures graves». Il n'y a aucun doute qu'une blessure psychologique peut souvent avoir des effets plus pénétrants et permanents qu'une blessure physique.

c) *L'imminence*

Le danger de blessures graves ou de mort doit être imminent pour que les communications entre l'avocat et son client soient divulguées. C'est-à-dire que le risque lui-même doit être sérieux: un risque sérieux de blessures graves. La nature de la menace doit être telle qu'elle inspire un sentiment d'urgence. Ce sentiment d'urgence peut se rapporter à un moment quelconque dans l'avenir. Selon la gravité et la clarté de la menace, il ne sera pas toujours nécessaire qu'un délai précis soit fixé. Il suffit qu'il y ait une menace claire et imminente de blessures graves dirigée contre un groupe identifiable et que cette menace soit faite de manière à inspirer un sentiment d'urgence. Une déclaration faite dans un accès de colère ne sera généralement pas suffisante pour faire échec au secret professionnel de l'avocat. Par contre, il peut y avoir imminence si une personne menace en termes clairs de tuer quelqu'un et qu'elle jure de mettre cette menace à exécution dans trois ans, à sa sortie de prison. Si cette menace est proférée avec un acharnement peu rassurant et un foisonnement de détails qui font qu'un passant raisonnable serait convaincu que le meurtre aura lieu, la menace pourrait être considérée comme imminente. L'imminence, comme les deux autres critères, doit être définie selon le contexte de chaque affaire. 84

En résumé, le secret professionnel de l'avocat ne devrait être écarté que dans les cas où les faits font réellement craindre qu'une personne ou un groupe identifiable soit exposé à un danger imminent de mort ou de blessures graves. Les faits doivent être 85

ered to determine whether the three factors of seriousness, clarity, and imminence indicate that the privilege cannot be maintained. Different weights will be given to each factor in any particular case. If after considering all appropriate factors it is determined that the threat to public safety outweighs the need to preserve solicitor-client privilege, then the privilege must be set aside. When it is, the disclosure should be limited so that it includes only the information necessary to protect public safety. See in this respect *Descôteaux*, *supra*, at p. 891.

(2) Extent of Disclosure

86 The disclosure of the privileged communication should generally be limited as much as possible. The judge setting aside the solicitor-client privilege should strive to strictly limit disclosure to those aspects of the report or document which indicate that there is an imminent risk of serious bodily harm or death to an identifiable person or group. In undertaking this task consideration should be given to those portions of the report which refer to the risk of serious harm to an identifiable group; that the risk is serious in that it involves a danger of death or serious bodily harm; and that the serious risk is imminent in the sense given to that word in para. 84 above. The requirement that the disclosure be limited must be emphasized. For example, if a report contained references to criminal behaviour that did not have an imminent risk of serious bodily harm but disclosed, for example, the commission of crimes of fraud, counterfeiting or the sale of stolen goods, those references would necessarily be deleted.

D. *Application of the Public Safety Exception to Solicitor-Client Privilege to the Case at Bar*

(1) Clarity

87 Would a reasonable observer, given all the facts for which solicitor-client privilege is sought, consider the potential danger posed by Mr. Jones to be clear, serious, and imminent? The answer must, I

examinés attentivement pour déterminer si les trois facteurs, soit la gravité, la clarté et l'imminence, montrent que le privilège ne peut être maintenu. Chaque cas particulier dictera le poids qu'il faut attribuer à chacun de ces facteurs. Si, après examen de l'ensemble des facteurs pertinents, il est établi que la menace contre la sécurité publique l'emporte sur la nécessité de préserver le secret professionnel de l'avocat, ce dernier doit alors être écarté. Lorsque c'est le cas, la divulgation doit être limitée aux renseignements nécessaires à la protection de la sécurité publique. Voir à ce sujet *Descôteaux*, précité, à la p. 891.

(2) Étendue de la divulgation

La divulgation des communications protégées par le privilège doit en général être aussi limitée que possible. Le juge qui écarte le secret professionnel de l'avocat doit s'efforcer de limiter strictement la divulgation aux aspects du rapport ou du document qui révèlent le danger imminent de blessures graves ou de mort auquel est exposé une personne ou un groupe identifiable. En s'acquittant de cette tâche, il doit tenir compte des parties du rapport portant sur le danger de préjudice grave auquel est exposé un groupe identifiable, du fait qu'il s'agit d'un risque sérieux parce qu'il est question d'un danger de mort ou de blessures graves et de son caractère imminent au sens donné à ce mot au par. 84 ci-dessus. Il convient d'insister sur la nécessité de limiter la divulgation. Par exemple, si le rapport fait référence à une conduite criminelle qui n'expose personne à un danger imminent de blessures graves mais révèle, disons, la commission d'une fraude, d'une contrefaçon ou la vente de biens volés, il serait nécessaire de supprimer ces passages.

D. *Application de l'exception relative à la sécurité publique au privilège du secret professionnel de l'avocat dans le cadre de la présente affaire*

(1) La clarté

Compte tenu de l'ensemble des faits pour lesquels est invoqué le secret professionnel de l'avocat, l'observateur raisonnable, jugerait-il clair, grave et imminent le danger potentiel que repré-

think, be in the affirmative. According to Dr. Smith's affidavit, the plan described by Mr. Jones demonstrated a number of the factors that should be considered in determining the clarity of the potential danger. They are the clear identification of the victim group, the specificity of method, the evidence of planning, and the prior attempted or actual acts that mirror the potential act of threatened future harm.

sente M. Jones? Je crois que la réponse doit être affirmative. Selon l'affidavit du Dr Smith, le plan décrit par M. Jones comportait certains des facteurs qui doivent être examinés pour déterminer la clarté du danger potentiel. Il s'agit de l'identification précise du groupe des victimes, de la spécificité de la méthode, de la preuve d'une planification et de tentatives ou d'actes antérieurs reflétant le préjudice susceptible d'être causé si la menace est mise à exécution.

It is apparent that Mr. Jones had planned in considerable detail attacks on prostitutes on Vancouver's Downtown Eastside. He had gathered materials together that he planned to use to achieve his ultimate goal of forcing a prostitute to become his "sex slave" before killing her. He had arranged for vacation time from his job and had modified his basement apartment to ensure that no one else could enter. Mr. Jones had proceeded so far as to take rope and duct tape with him and had planned to shoot the intended victim in the face to obliterate her identity. Perhaps most important, he had called the initial assault to which he pled guilty a "trial run". These factors should be considered together with Dr. Smith's diagnosis of Mr. Jones, namely that he suffered a paraphiliac disorder with multiple paraphilias (in particular, sexual sadism), personality disorder with mixed features, and some antisocial features and drug abuse difficulty. The original planning and the prior attack on a prostitute emphasize the potential risk of serious bodily harm or death to prostitutes in the Downtown Eastside of Vancouver.

88 À n'en pas douter, M. Jones avait planifié dans leurs moindres détails des agressions contre des prostituées dans la partie est du centre-ville de Vancouver. Il avait rassemblé les objets qu'il prévoyait utiliser pour atteindre son objectif ultime d'obliger une prostituée à devenir son «esclave sexuelle» avant de la tuer. Il avait pris des jours de congé et avait modifié son appartement en sous-sol de façon que personne d'autre ne puisse y entrer. Monsieur Jones s'était même procuré de la corde et du ruban adhésif en toile, et il avait prévu tirer au visage de la victime éventuelle afin d'effacer son identité. Fait peut-être encore plus important, il avait qualifié d'«essai» la première agression qui a mené à son plaidoyer de culpabilité. Ces facteurs doivent être examinés en même temps que le diagnostic établi par le Dr Smith à l'égard de M. Jones, soit que ce dernier était atteint de perversion sexuelle avec paraphilies multiples (en particulier, le sadisme sexuel), de troubles de la personnalité avec caractéristiques mixtes, dont des caractéristiques antisociales, et qu'il avait un problème de consommation de drogue. La planification initiale ainsi que l'agression antérieure commise à l'endroit d'une prostituée mettent en relief le danger de blessures graves ou de mort auquel sont exposées les prostituées de la partie est du centre-ville de Vancouver.

Although Mr. Jones attempted to explain his failure to seek treatment for fear of a longer sentence and the danger he would be exposed to in prison, this does not affect the gravity of the threatened attack on prostitutes. The combination of the factors referred to in the paragraph above meets the standard of clarity necessary to set aside solicitor-client privilege. The potential victim or

89 Monsieur Jones a tenté d'expliquer qu'il n'avait pas demandé à suivre un traitement parce qu'il craignait de se voir infliger une peine plus longue et d'être en danger en prison, mais cela n'amoindrit pas la gravité de l'agression projetée sur des prostituées. La conjugaison des facteurs mentionnés dans le paragraphe précédent satisfait à la norme de clarté requise pour écarter le secret pro-

group of victims is identifiable. Mr. Jones had already acted once in committing the crime for which he is waiting to be sentenced. It is clear that he intended to act again. The risk of serious bodily harm or death was readily apparent and the group of victims was readily identifiable. The harm potentially caused was of the utmost gravity.

(2) Seriousness

90 The seriousness of the potential harm, a sexually sadistic murder, is clearly sufficient. The fact that Mr. Jones has after careful and detailed planning already committed an assault upon a prostitute supports the finding that the potential harm caused would be extremely serious.

(3) Imminence

91 The most difficult issue to resolve is whether the risk of serious bodily harm can be termed "imminent". Mr. Jones was arrested on September 17, 1996, for the assault he had committed three days earlier. He consulted Dr. Smith on July 30, 1997. Dr. Smith contacted Mr. Jones's counsel the following day to inform him that, in Dr. Smith's opinion, Mr. Jones was a dangerous individual. About three months later, some 14 months after Mr. Jones's arrest, Dr. Smith telephoned Mr. Jones's counsel again and learned that his (Dr. Smith's) concerns would not be addressed in the sentencing hearing. He then began these legal proceedings. Mr. Jones has been in custody since December 15, 1997, pursuant to the order of Henderson J. Mr. Jones was thus at liberty from September 14, 1996, to December 15, 1997, a period of almost 15 months. During that time he did not carry out his plan to attack and kill another prostitute. Moreover, Mr. Jones has not carried out a series of attacks over a period of time, which would lead to the conclusion that another attack was imminent. He has been charged and convicted of only one incident.

fessionnel de l'avocat. La victime ou le groupe de victimes potentielles est identifiable. Monsieur Jones est déjà passé aux actes en commettant le crime pour lequel il attend de recevoir une peine. Il est évident qu'il avait l'intention de récidiver. Le danger de blessures graves ou de mort était évident et le groupe des victimes était facilement identifiable. Le préjudice susceptible d'être causé était de la plus extrême gravité.

(2) La gravité

La gravité du préjudice potentiel, soit un meurtre empreint de sadisme sexuel, est sans l'ombre d'un doute suffisante. Le fait que M. Jones a déjà commis une agression sur une prostituée, à la suite d'une planification méticuleuse, appuie la conclusion que le préjudice susceptible d'être causé serait extrêmement grave.

(3) L'imminence

La question la plus difficile à trancher est celle de savoir si le danger de blessures graves peut être qualifié d'«imminent». Monsieur Jones a été arrêté le 17 septembre 1996 pour les voies de fait auxquelles il s'était livré trois jours auparavant. Il a consulté le Dr Smith le 30 juillet 1997. Le Dr Smith a contacté l'avocat de M. Jones le lendemain pour lui dire qu'à son avis, M. Jones était dangereux. Environ trois mois plus tard, soit quelque 14 mois après l'arrestation de M. Jones, le Dr Smith a appelé à nouveau l'avocat de ce dernier et a appris que ses inquiétudes (celles du Dr Smith) ne seraient pas prises en compte à l'audience de détermination de la peine. Il a alors intenté les présentes procédures. Monsieur Jones est détenu depuis le 15 décembre 1997, conformément à l'ordonnance rendue par le juge Henderson le 12 décembre. Monsieur Jones se trouvait donc en liberté du 14 septembre 1996 au 15 décembre 1997, soit pendant une période de presque 15 mois. Au cours de cette période, il n'a pas mis à exécution son projet d'attaquer et de tuer une autre prostituée. Au surplus, M. Jones ne s'est pas livré à une série d'agressions au cours d'une période donnée, ce qui aurait amené à conclure à l'imminence d'une autre agression. Il n'a été accusé et déclaré coupable qu'à l'égard d'un seul événement.

No evidence was adduced as to whether Dr. Smith considered that a future attack was imminent. It is noteworthy that, first, he waited over three months to contact Mr. Jones's counsel. Second, there is no evidence that he believed it was probable Mr. Jones would commit a serious attack in the near future. Yet it must be remembered that Dr. Smith did take it upon himself to call Mr. Jones's counsel regarding the sentencing hearing. Even more significantly, Dr. Smith undertook these proceedings so that his report and opinion might be considered in the sentencing of Mr. Jones.

92 Aucun élément de preuve n'a été produit sur la question de savoir si le Dr Smith estimait qu'une nouvelle agression était imminente. Il faut d'abord mentionner qu'il a attendu plus de trois mois avant de communiquer avec l'avocat de M. Jones. Ensuite, rien dans la preuve n'indique qu'il croyait probable que M. Jones commettrait une agression grave dans un proche avenir. Il faut pourtant se souvenir que le Dr Smith a appelé de son propre chef l'avocat de M. Jones concernant l'audience de détermination de la peine. Fait plus important encore, le Dr Smith a entrepris les présentes procédures afin que son rapport et son opinion puissent être pris en considération pour déterminer la peine de M. Jones.

There are two important factors that indicate that the threat of serious bodily harm was indeed imminent. First, Mr. Jones admitted that he had breached his bail conditions by continuing to visit the Downtown Eastside where he knew prostitutes could be found. Second, common sense would indicate that after Mr. Jones was arrested, and while he was awaiting sentence, he would have been acutely aware of the consequences of his actions. This is of particular significance in light of his fear of being attacked while he was in jail.

93 Deux facteurs importants indiquent que la menace de blessures graves était effectivement imminente. En premier lieu, M. Jones a avoué avoir contrevenu aux conditions de sa libération sous caution en continuant de se rendre dans la partie est du centre-ville de Vancouver où il savait que se trouvaient des prostituées. En second lieu, le simple bon sens veut qu'après son arrestation et avant la détermination de sa peine, M. Jones soit extrêmement conscient des conséquences de ses actes. Cela est particulièrement vrai à la lumière de sa crainte de se faire attaquer alors qu'il était en prison.

Let us assume that the evidence as to imminence of the danger may not be as clear as might be desired. Nonetheless, there is some evidence of imminence. Furthermore, the other factors pertaining to clarity, the identifiable group of victims, and the chilling evidence of careful planning, when taken together, indicate that the solicitor-client privilege must be set aside for the protection of members of the public.

94 Tenons pour acquis que la preuve relative au caractère imminent du danger n'est pas aussi claire que ce que l'on pourrait souhaiter. Il existe néanmoins des éléments de preuve établissant l'imminence. De plus, examinés dans leur ensemble, les autres facteurs, soit la clarté, le groupe des victimes identifiables et la preuve peu rassurante d'une planification méticuleuse, indiquent que le secret professionnel de l'avocat doit être écarté pour la protection du public.

The judge of first instance very properly limited disclosure of Dr. Smith's affidavit to those portions of it which indicated that there was an imminent risk of death or serious bodily harm to an identifiable group comprising prostitutes located in the Downtown Eastside of Vancouver. In light of these conclusions, the solicitor-client privilege attaching to Dr. Smith's report, to the extent pro-

95 Le juge de première instance a eu raison de limiter la divulgation de l'affidavit du Dr Smith aux passages indiquant qu'il y avait un danger imminent de mort ou de blessures graves pour un groupe identifiable constitué des prostituées de la partie est du centre-ville de Vancouver. À la lumière de ces conclusions, le secret professionnel de l'avocat protégeant le rapport du Dr Smith, dans

vided by the order of Henderson J., must be set aside.

E. *Appropriate Procedures to Adopt*

96 Dr. Smith chose to bring a legal action for a declaration that he was entitled to disclose the information he had in his possession in the interests of public safety. However, this is not the only manner in which experts may proceed. Although it is true that this procedure may protect the expert from legal consequences, there may not always be time for such an action. In whatever action is taken by the expert, care should be exercised that only that information which is necessary to alleviate the threat to public safety is revealed.

97 It is not appropriate in these reasons to consider the precise steps an expert might take to prevent the harm to the public. It is sufficient to observe that it might be appropriate to notify the potential victim or the police or a Crown prosecutor, depending on the specific circumstances.

F. *The Lifting of the Publication Ban*

98 Henderson J. was concerned that, because of the nature of these proceedings, the protection offered by solicitor-client privilege would be improperly and irretrievably lost by premature publication of the details of this case. As a result, he sealed the file. The British Columbia Court of Appeal continued the order for sealing the file. The same order was confirmed by this Court. As well, publication of the contents of the file was prohibited.

99 For this Court to seal a file was a highly unusual procedure. It was required because if solicitor-client privilege did attach to Dr. Smith's report it could never be made public. In other words the file could only be unsealed and the documents made public if it was determined that solicitor-client privilege should not apply to the report because of the existence of the danger to the public.

la mesure prévue par l'ordonnance rendue par le juge Henderson, doit être écarté.

E. *La conduite à tenir*

Le Dr Smith a choisi d'intenter une action pour obtenir un jugement déclarant qu'il avait le droit de divulguer les renseignements qu'il détenait et ce, dans l'intérêt de la sécurité publique. Cependant ce n'est pas la seule façon dont peuvent procéder les experts. Bien qu'il soit vrai que cette procédure peut protéger l'expert contre des conséquences juridiques, on n'a pas toujours le temps de procéder ainsi. Quelle que soit l'action intentée par l'expert, il faut toujours veiller à ce que soit seule divulguée l'information nécessaire pour faire disparaître la menace pour la sécurité publique.

Il ne convient pas dans les présents motifs d'examiner les mesures précises que pourrait prendre un expert pour éloigner les risques de préjudice auxquels est exposé le public. Qu'il suffise de dire que, selon les circonstances particulières de l'affaire, il pourrait être opportun de prévenir la victime potentielle, la police ou le ministère public.

F. *La levée de l'ordonnance de non-publication*

Le juge Henderson redoutait, en raison de la nature de la présente instance, que la publication prématurée des détails de la présente affaire ne fasse disparaître de façon intempestive et irrémédiable la protection offerte par le secret professionnel de l'avocat. En conséquence, il a ordonné la mise sous scellés du dossier. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a prorogé cette ordonnance. Celle-ci a été confirmée par notre Cour. De même, la publication du contenu du dossier a été interdite.

Il est très inhabituel pour notre Cour de mettre un dossier sous scellés, mais c'était nécessaire car, si le secret professionnel de l'avocat protégeait le rapport du Dr Smith, ce rapport ne pouvait jamais être rendu public. En d'autres termes, la levée des scellés ne pouvait être ordonnée et les documents ne pouvaient être rendus publics que s'il était décidé que le secret professionnel de l'avocat ne devait pas s'appliquer au rapport en raison de l'existence d'un danger pour le public.

In this Court the entire affidavit of Dr. Smith was read and considered. I agree with the deletions referred to in the order made by Henderson J. Those references are either not relevant to the issue of dangerousness or have such a minimal probative value that they should not form part of the consideration of danger to the public. Nor should they form part of the released record. It is true that the proceedings of this Court should be as open as possible. Yet the excised portions could never form part of the record. They would be inadmissible as evidence on the issue of danger to the public. The record will be unsealed and the affidavit of Dr. Smith as edited pursuant to the order of Henderson J. will be made public together with all the other material in the court's file.

Devant notre Cour, l'affidavit du Dr Smith a été lu et examiné en entier. Je suis d'accord avec la suppression des parties mentionnées dans l'ordonnance rendue par le juge Henderson. Ces passages ne sont pas pertinents quant à la question du caractère dangereux ou ont une valeur probante si minime qu'ils ne doivent pas faire partie de l'examen du danger auquel est exposé le public. Ils ne doivent pas faire partie du dossier diffusé. Il est vrai que les procédures devant notre Cour doivent être aussi transparentes que possible. Mais les passages supprimés ne pourront jamais faire partie du dossier. Ils ne seraient pas admissibles en preuve sur la question du danger que court le public. Les scellés doivent être levés et l'affidavit du Dr Smith, épuré conformément à l'ordonnance du juge Henderson, sera diffusé en même temps que tous les autres documents du dossier de la Cour. 100

There may be situations where further consideration will have to be given to this issue. For example, where this Court takes into account more of the privileged document in determining the issue of dangerousness than did the courts below so that the entire document forms an integral part of the court's decision, more of the privileged document may need to be released. That question cannot, however, be resolved in this case.

Il se pourrait dans certains cas qu'un examen plus approfondi doive être effectué sur ce point. Par exemple, si notre Cour tient compte d'une partie plus importante du document protégé par le privilège que les juridictions inférieures pour trancher la question du caractère dangereux et que le document complet fasse partie intégrante de la décision de la Cour, il se peut qu'une partie plus importante du document protégé doive être diffusée. Cependant, la question ne peut être résolue en l'espèce. 101

In the result the file will be unsealed and the ban on the publication of the contents of the file is removed, except for those parts of the affidavit of the doctor which do not fall within the public safety exception. Subject to this direction the order of the British Columbia Court of Appeal is affirmed.

En conséquence, les scellés et l'ordonnance de non-publication sont levés, sauf en ce qui concerne les parties de l'affidavit du médecin qui ne sont pas visées par l'exception relative à la sécurité publique. Sous réserve de cette directive, l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est confirmée. 102

I would add that a motion was brought that this appeal be heard *in camera*. This motion was denied at the outset of the hearing. Members of the press and public were present throughout but were, until now, subject to the ban on publication.

J'ajouterais qu'une requête tendant à obtenir que le présent pourvoi soit entendu à huis clos a été présentée. Cette requête a été rejetée au début de l'audience. La presse et le public ont assisté à toute l'audience, mais ils étaient, jusqu'à maintenant, soumis à l'interdiction de publication. 103

G. *Costs*

G. *Les dépens*

Dr. Smith seeks to recover his costs. He should not have them. This case raised the issue of when

Le Dr Smith demande que les dépens lui soit accordés. Sa demande doit être rejetée. La présente 104

solicitor-client privilege can be set aside. It has been found that, because of the danger posed by Mr. Jones to the public, solicitor-client privilege, which Mr. Jones had every right to believe attached to Dr. Smith's report, was set aside. This case arises in the context of criminal proceedings and the result may well affect the sentence imposed on Mr. Jones. It would be unfair and unjust in the circumstances to impose the burden of costs on Mr. Jones and I would not do so.

III. Disposition

105 The file will be unsealed and the ban on the publication of the contents of the file is removed, except for those parts of the affidavit of the doctor which do not fall within the public safety exception. Subject to this direction the order of the British Columbia Court of Appeal is affirmed and this appeal is dismissed without costs.

Appeal dismissed, LAMER C.J. *and* MAJOR *and* BINNIE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Mackoff & Stevens, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

affaire a soulevé la question de savoir dans quels cas le secret professionnel de l'avocat devait être écarté. Il a été décidé, en raison du danger que représente M. Jones pour le public, d'écarter le secret professionnel de l'avocat que M. Jones était en droit de croire attaché au rapport du Dr Smith. Cette affaire a été entendue dans le cadre d'un procès criminel et l'issue peut fort bien avoir des répercussions sur la peine infligée à M. Jones. Il serait inéquitable et injuste dans les circonstances d'imposer le fardeau des dépens à M. Jones et je ne le ferai pas.

III. Dispositif

Les scellés et l'ordonnance de non-publication sont levés, sauf en ce qui concerne les parties de l'affidavit du médecin qui ne sont pas visées par l'exception relative à la sécurité publique. Sous réserve de cette directive, l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est confirmée et le présent pourvoi est rejeté sans dépens.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER *et les juges* MAJOR *et* BINNIE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Mackoff & Stevens, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Nancy Law *Appellant*

v.

Minister of Human Resources Development *Respondent*

INDEXED AS: LAW *v.* CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 25374.

Hearing: January 20, 1998.

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

Re-hearing ordered: December 3, 1998.

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

Judgment: March 25, 1999.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Canada Pension Plan gradually discounting survivor's benefits for able-bodied claimants without dependent children until threshold minimum age of 35 reached and delaying those benefits until retirement age — Survivors benefits delayed to retirement age — Appellant able-bodied, under 35 and without dependent children — Whether denial of benefits discrimination on basis of age — Whether denial of benefits an infringement of Charter's equality provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 44(1)(d), 58.

The appellant, a 30-year-old woman without dependent children or disability, was denied survivor's benefits under the Canadian Pension Plan (CPP). The CPP gradually reduces the survivor's pension for able-bodied surviving spouses without dependent children who are between the ages of 35 and 45 by 1/120th of the full rate for each month that the claimant's age is less than 45 years at the time of the contributor's death so that the threshold age to receive benefits is age 35. The appellant

Nancy Law *Appelante*

c.

Ministre du Développement des ressources humaines *Intimé*

RÉPERTORIÉ: LAW *c.* CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 25374.

Audition: 20 janvier 1998.

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

Nouvelle audition ordonnée: 3 décembre 1998.

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

Jugement: 25 mars 1999.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Régime de pensions du Canada réduisant de façon progressive le montant de la pension à laquelle le conjoint survivant qui n'est pas invalide et n'a pas d'enfant à charge a droit de sorte qu'il doit avoir au moins 35 ans pour toucher des prestations et reportant le versement de telles prestations à l'âge de la retraite — Versement des prestations de survivant reporté à l'âge de la retraite — Appelante de moins de 35 ans, qui n'est pas invalide et n'a pas d'enfant à charge — Son inadmissibilité aux prestations constitue-t-elle de la discrimination fondée sur l'âge? — Son inadmissibilité aux prestations viole-t-elle la disposition de la Charte en matière d'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 44(1)d), 58.

L'appelante, une femme de 30 ans qui n'a pas d'enfant à charge et qui n'est pas invalide, a été jugée inadmissible aux prestations de survivant prévues au Régime de pensions du Canada (RPC). Le RPC prévoit, pour le conjoint survivant sans enfant à charge, qui n'est pas invalide et qui a entre 35 et 45 ans, une réduction progressive du plein montant de cette pension de 1/120 par mois pour le nombre de mois restant à courir, au décès du cotisant, avant qu'il n'atteigne l'âge de 45 ans, de

unsuccessfully appealed first to the Minister of National Health and Welfare and then to the Pension Plan Review Tribunal, arguing that these age distinctions discriminated against her on the basis of age contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A further appeal was made to the Pension Appeals Board, which, in a trial *de novo*, concluded that the impugned age distinctions did not violate the appellant's equality rights. The majority of the Board also found that, even if the distinctions did infringe s. 15(1) of the *Charter*, they could be justified under s. 1. A subsequent appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed largely for the reasons of the Pension Appeals Board. The constitutional questions here queried whether ss. 44(1)(*d*) and 58 of the *Canada Pension Plan* infringe s. 15(1) of the *Charter* on the ground that they discriminate on the basis of age against widows and widowers under the age of 45, and if so, whether this infringement is demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1.

Held: The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered in the negative; the second constitutional question did not need to be answered.

In the brief history of this Court's interpretation of s. 15(1) of the *Charter*, there have been several important substantive developments in equality law. Throughout these developments, although there have been differences of opinion among the members of this Court as to the appropriate interpretation of s. 15(1), there has been and continues to be general consensus regarding the basic principles relating to the purpose of s. 15(1) and the proper approach to equality analysis. The present case is a useful juncture at which to summarize and comment upon these basic principles, in order to provide a set of guidelines for courts that are called upon to analyze a discrimination claim under the *Charter*.

It is sensible to articulate the basic principles under s. 15(1) as guidelines for analysis, and not as a rigid test which might risk being mechanically applied. Equality analysis under the *Charter* must be purposive and con-

sorte qu'il doit avoir au moins 35 ans pour toucher des prestations. L'appelante a, sans succès, interjeté appel de cette décision devant le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et, par la suite, devant le tribunal de révision du Régime de pensions, alléguant que ces distinctions fondées sur l'âge la rendaient victime de discrimination fondée sur l'âge, ce qui contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante a ensuite interjeté appel devant la Commission d'appel des pensions qui a conclu, après la tenue d'un procès *de novo*, que les distinctions contestées fondées sur l'âge ne portaient pas atteinte à ses droits à l'égalité. Les membres majoritaires de la Commission ont également conclu que, même si ces distinctions violaient effectivement le par. 15(1) de la *Charte*, elles seraient justifiées au sens de l'article premier. Un appel interjeté ultérieurement devant la Cour d'appel fédérale a été rejeté en grande partie pour les motifs exposés par la Commission d'appel des pensions. Les questions constitutionnelles à trancher dans le présent pourvoi sont de savoir si l'al. 44(1)*d*) et l'art. 58 du *Régime de pensions du Canada* violent le par. 15(1) de la *Charte* pour le motif qu'ils établissent une distinction fondée sur l'âge relativement aux veuves et aux veufs âgés de moins de 45 ans et, dans l'affirmative, si la justification de cette violation peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question constitutionnelle.

Au cours de la courte période de l'interprétation du par. 15(1) de la *Charte* par notre Cour, plusieurs changements de fond importants sont survenus en droit de l'égalité. Tout au long de ces changements, bien qu'il y ait eu des divergences d'opinions parmi les juges de notre Cour relativement à l'interprétation appropriée du par. 15(1), il y a eu, et il y a toujours, un consensus général sur les principes fondamentaux portant sur l'objet de ce paragraphe et sur la façon appropriée d'aborder l'analyse relative à l'égalité. Le présent pourvoi fournit une belle occasion de résumer et de commenter ces principes fondamentaux afin de fournir aux tribunaux un ensemble de lignes directrices qui leur servira lorsqu'ils devront analyser une allégation de discrimination fondée sur la *Charte*.

Il est logique de poser les principes fondamentaux qui sous-tendent le par. 15(1) en tant que lignes directrices à des fins d'analyse plutôt qu'en tant que critères stricts susceptibles d'êtres appliqués de façon automatique.

textual. The guidelines set out here are just that — points of reference which are designed to assist a court in identifying the relevant contextual factors in a particular discrimination claim, and in evaluating the effect of those factors in light of the purpose of s. 15(1). Inevitably, the guidelines summarized here will need to be supplemented in practice by the explanation of these guidelines in these reasons and those of previous cases, and by a full appreciation of the context surrounding the specific s. 15(1) claim at issue. As s. 15 jurisprudence evolves it may well be that further elaborations and modifications will emerge.

General Approach

(1) It is inappropriate to attempt to confine analysis under s. 15(1) of the *Charter* to a fixed and limited formula. A purposive and contextual approach to discrimination analysis is to be preferred, in order to permit the realization of the strong remedial purpose of the equality guarantee, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach.

(2) The approach adopted and regularly applied by this Court to the interpretation of s. 15(1) focuses upon three central issues: (A) whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; (B) whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and (C) whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. The first issue is concerned with the question of whether the law causes differential treatment. The second and third issues are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

(3) Accordingly, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

A. Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

L'analyse relative à l'égalité au sens de la *Charte* doit être faite en fonction de l'objet visé et du contexte. Les lignes directrices exposées dans les présents motifs sont précisément des points de référence conçus pour aider le tribunal à relever les facteurs contextuels pertinents dans le cadre d'une allégation de discrimination donnée et à évaluer l'effet de ces facteurs à la lumière de l'objet du par. 15(1). Il est bien entendu que les lignes directrices résumées en l'espèce devront être enrichies, en pratique, par les explications que l'on retrouve dans les présents motifs et dans les arrêts antérieurs, et par l'étude approfondie du contexte de l'allégation particulière fondée sur le par. 15(1) dont il est question. Il va sans dire qu'au fur et à mesure de l'évolution de notre jurisprudence sur l'art. 15, de nouveaux raisonnements et de nouvelles modifications peuvent fort bien se dégager.

La démarche générale

(1) Il est inapproprié de tenter de restreindre l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte* à une formule figée et limitée. Une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte doit plutôt être utilisée en vue de l'analyse relative à la discrimination pour permettre la réalisation de l'important objet réparateur qu'est la garantie d'égalité et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique.

(2) La démarche que notre Cour a adoptée et qu'elle applique régulièrement relativement à l'interprétation du par. 15(1) repose sur trois questions primordiales: (A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? (B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? (C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité? La première question vise à déterminer si la loi entraîne une différence de traitement. Les deuxième et troisième questions visent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

(3) Par conséquent, le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions:

A. La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

B. Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

C. Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

B. Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

C. La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

Purpose

(4) In general terms, the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

(5) The existence of a conflict between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of s. 15(1) is essential in order to found a discrimination claim. The determination of whether such a conflict exists is to be made through an analysis of the full context surrounding the claim and the claimant.

L'objet

(4) En termes généraux, l'objet du par. 15(1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

(5) Il doit absolument y avoir un conflit entre l'objet ou les effets de la loi contestée et l'objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination. L'existence d'un tel conflit doit être établie au moyen de l'analyse de l'ensemble du contexte entourant l'allégation et le demandeur.

Comparative Approach

(6) The equality guarantee is a comparative concept, which ultimately requires a court to establish one or more relevant comparators. The claimant generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry. However, where the claimant's characterization of the comparison is insufficient, a court may, within the scope of the ground or grounds pleaded, refine the comparison presented by the claimant where warranted. Locating the relevant comparison group requires an examination of the subject-matter of the legislation and its effects, as well as a full appreciation of context.

La méthode comparative

(6) La garantie d'égalité est un concept relatif qui, en dernière analyse, oblige le tribunal à cerner un ou plusieurs éléments de comparaison pertinents. C'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination. Cependant, lorsque la qualification de la comparaison par le demandeur n'est pas suffisante, le tribunal peut, dans le cadre du ou des motifs invoqués, approfondir la comparaison soumise par le demandeur lorsqu'il estime justifié de le faire. Pour déterminer quel est le groupe de comparaison pertinent, il faut examiner l'objet et les effets des dispositions législatives et tenir compte du contexte dans son ensemble.

Context

(7) The contextual factors which determine whether legislation has the effect of demeaning a claimant's dignity must be construed and examined from the perspective of the claimant. The focus of the inquiry is both subjective and objective. The relevant point of view is that of the reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim.

(8) There is a variety of factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation demeans his or her dignity. The list of factors is not closed. Guidance as to these factors may be found in the jurisprudence of this Court, and by analogy to recognized factors.

(9) Some important contextual factors influencing the determination of whether s. 15(1) has been infringed are, among others:

(A) Pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue.

The effects of a law as they relate to the important purpose of s. 15(1) in protecting individuals or groups who are vulnerable, disadvantaged, or members of "discrete and insular minorities" should always be a central consideration. Although the claimant's association with a historically more advantaged or disadvantaged group or groups is not *per se* determinative of an infringement, the existence of these pre-existing factors will favour a finding that s. 15(1) has been infringed.

(B) The correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others.

Although the mere fact that the impugned legislation takes into account the claimant's traits or circumstances will not necessarily be sufficient to defeat a s. 15(1) claim, it will generally be more difficult to establish discrimination to the extent that the law takes into account the claimant's actual situation in a manner that respects his or her value as a human being or member of Cana-

Le contexte

(7) Les facteurs contextuels qui déterminent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité du demandeur doivent être interprétés et analysés dans la perspective de ce dernier. Le point central de l'analyse est à la fois subjectif et objectif. Le point de vue approprié est celui de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents.

(8) La personne qui invoque le par. 15(1) peut s'appuyer sur une série de facteurs pour démontrer que les dispositions législatives portent atteinte à sa dignité. La liste de ces facteurs n'est pas restrictive. On peut trouver des indications sur la nature de ces facteurs dans la jurisprudence de notre Cour et en faisant une analogie avec des facteurs reconnus.

(9) Voici certains des facteurs contextuels servant à déterminer s'il y a eu atteinte au par. 15(1):

(A) La préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause.

Les effets d'une loi par rapport à l'objectif important du par. 15(1) pour ce qui est de la protection des personnes et des groupes qui sont vulnérables, défavorisés ou qui sont membres de «minorités distinctes et isolées», doivent toujours constituer une considération majeure. Bien que l'appartenance du demandeur à un ou plusieurs groupes historiquement favorisés ou défavorisés ne signifie pas, en soi, qu'il y a ait eu atteinte à un droit, la présence de ces facteurs préexistants portera à conclure qu'il y a eu violation du par. 15(1).

(B) La correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes.

Bien que le simple fait que les dispositions législatives contestées tiennent compte des caractéristiques et de la situation personnelles du demandeur ne suffira pas nécessairement pour faire rejeter une allégation fondée sur le par. 15(1), il sera généralement plus difficile de démontrer l'existence de discrimination lorsque la loi prend en considération la situation véritable du demandeur d'une manière qui respecte sa valeur en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, et il

dian society, and less difficult to do so where the law fails to take into account the claimant's actual situation.

(C) The ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society.

An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation. This factor is more relevant where the s. 15(1) claim is brought by a more advantaged member of society.

and

(D) The nature and scope of the interest affected by the impugned law.

The more severe and localized the consequences of the legislation for the affected group, the more likely that the differential treatment responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15(1).

(10) Although the s. 15(1) claimant bears the onus of establishing an infringement of his or her equality rights in a purposive sense through reference to one or more contextual factors, it is not necessarily the case that the claimant must adduce evidence in order to show a violation of human dignity or freedom. Frequently, where differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds, this will be sufficient to found an infringement of s. 15(1) in the sense that it will be evident on the basis of judicial notice and logical reasoning that the distinction is discriminatory within the meaning of the provision.

As a result of the ages specified under the CPP, a clear distinction is drawn between the appellant and others on the basis of age. Both the delay in the receipt of benefits and the reduced entitlement to benefits constitute a denial of equal benefit of the law under the first step of the equality analysis.

Even if entitlement to a survivor's pension benefit were dependent upon the interplay of age, disability, and parental status, this interplay would not preclude the appellant from establishing that a distinction had been drawn on one or more of the grounds in s. 15(1) of the *Charter*. A claimant can articulate a discrimination

sera moins difficile de le faire lorsque la loi fait abstraction de la situation véritable du demandeur.

(C) L'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société.

Un objet ou un effet d'amélioration conforme à l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne portera vraisemblablement pas atteinte à la dignité humaine de personnes favorisées lorsque l'exclusion de ces dernières correspond en grande partie aux besoins plus grands ou à la situation différente propres au groupe défavorisé visé par les dispositions législatives. Ce facteur a une plus grande pertinence lorsque l'allégation fondée sur le par. 15(1) est faite par un membre favorisé de la société.

et

(D) La nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

Plus les effets des dispositions législatives sont graves et localisés pour le groupe touché, plus il est probable que la différence de traitement à la source de ces effets soit discriminatoire au sens du par. 15(1).

(10) Bien qu'il incombe à la personne qui invoque le par. 15(1) de démontrer, en fonction de l'objet visé, qu'il y a eu atteinte à ses droits à l'égalité à la lumière d'un ou de plusieurs facteurs contextuels, le demandeur n'est pas nécessairement tenu de produire des éléments de preuve pour démontrer l'existence d'une atteinte à la dignité ou à la liberté humaines. Souvent, le simple fait que la différence de traitement soit fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues sera suffisant pour établir qu'il y a eu violation du par. 15(1), puisqu'il sera évident au vu de la connaissance d'office et du raisonnement logique que la distinction est discriminatoire au sens de ce paragraphe.

En raison des âges qui y sont mentionnés, le RPC établit clairement une distinction entre l'appelante et les autres demandeurs sur le fondement de l'âge. Tant le délai écoulé avant de toucher des prestations que le droit à des prestations réduites constituent une négation du droit au même bénéfice de la loi selon le premier volet de l'analyse de l'égalité.

Même si le droit à des prestations de survivant dépendait de l'interaction de l'âge, de l'invalidité et du fait d'avoir un enfant à charge, cette interaction n'empêcherait pas l'appelante de démontrer qu'une distinction fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte* a été établie. Un demandeur peut

claim under more than one of the enumerated and analogous grounds. Such an approach to the grounds of discrimination accords with the essential purposive and contextual nature of equality analysis under s. 15(1) of the *Charter*. Where a party brings a discrimination claim on the basis of a newly postulated analogous ground, or on the basis of a combination of different grounds, this part of the discrimination inquiry must focus upon whether and why a ground or confluence of grounds is analogous to those listed in s. 15(1). This determination is made on the basis of a complete analysis of the purpose of s. 15(1), the nature and situation of the individual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of the group. A ground or grounds will not be considered analogous under s. 15(1) unless it can be shown that differential treatment premised on the ground or grounds has the potential to bring into play human dignity. If the court determines that recognition of a ground or confluence of grounds as analogous would serve to advance the fundamental purpose of s. 15(1), the ground or grounds will then be so recognized.

A discrimination claim positing an intersection of grounds can be understood as analogous to, or as a synthesis of, the grounds listed in s. 15(1). If the CPP had based entitlement on a combination of factors, the appellant would still have been able to establish the requisite distinction, whether on the basis of age alone, or based on a combination of grounds.

Relatively speaking, adults under the age of 45 have not been consistently and routinely subjected to the sorts of discrimination faced by some of Canada's discrete and insular minorities. It is accordingly more difficult as a practical matter for this Court to reason, from facts of which the Court may appropriately take judicial notice, that the legislative distinction at issue violates the human dignity of the appellant.

Neither the purpose nor the effect of the impugned legislative provisions was demonstrated to violate the appellant's human dignity so as to constitute discrimination even though reference was made to government reports and other sources which favour extending survivor's pensions to younger spouses on the basis that they suffer immediate financial need. The purpose and function of the impugned CPP provisions is not to remedy the immediate financial need experienced by widows

rattacher son allégation de discrimination à plus d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. Cette façon d'aborder les motifs de discrimination est compatible avec la nature de l'analyse relative à l'égalité fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, essentiellement fondée sur l'objet et le contexte. Lorsqu'une partie allègue la discrimination en se fondant sur ce qu'elle présente comme un nouveau motif analogue ou sur une combinaison de divers motifs, cette étape de l'examen visant à déterminer s'il y a discrimination doit être axée sur la question de savoir si un motif, ou une combinaison de motifs, est analogue à ceux énumérés au par. 15(1) et pour quelle raison. Cette détermination se fonde sur une analyse exhaustive de l'objet du par. 15(1), de la nature et de la situation de la personne ou du groupe en cause et des antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne. Un ou plusieurs motifs ne seront pas jugés analogues en vertu du par. 15(1) à moins qu'il ne puisse être démontré que la différence de traitement découlant de ce ou ces motifs est susceptible d'avoir une incidence sur la dignité humaine. Si la cour considère que reconnaître le motif, ou la combinaison de motifs, comme analogue irait dans le sens de la réalisation de l'objet fondamental du par. 15(1), le motif, ou la combinaison de motifs, sera alors reconnu.

Une allégation de discrimination reposant sur une combinaison de motifs peut être considérée comme étant fondée sur un motif analogue ou sur une synthèse des motifs énumérés au par. 15(1). Si le RPC avait fondé l'admissibilité sur une combinaison de facteurs, l'appelante aurait quand même pu établir l'existence de la distinction requise, qu'elle soit fondée sur l'âge seul ou sur une combinaison de motifs.

Relativement parlant, les adultes de moins de 45 ans n'ont pas continuellement subi le genre de discrimination à laquelle ont fait face certaines minorités distinctes et isolées du Canada. Par conséquent, la Cour aura plus de difficultés à conclure en pratique, à partir des faits dont elle peut à bon droit prendre connaissance d'office, que la distinction législative en cause viole la dignité humaine de l'appelante.

Il n'a pas été démontré que l'objet ou l'effet des dispositions législatives contestées violent la dignité humaine de l'appelante au point de constituer de la discrimination, bien que cette dernière ait attiré l'attention de notre Cour sur des rapports gouvernementaux et d'autres sources favorables à l'élargissement de l'admissibilité aux prestations aux conjoints survivants plus jeunes, en raison de leurs besoins financiers immédiats. L'objet et la fonction des dispositions contestées du

and widowers, but rather to enable older widows and widowers to meet their basic needs during the longer term. The notion that young persons experience fewer impediments to long-term labour force participation and are generally in a better position than older persons to replace independently the income of a deceased spouse over the long run as a working member of Canadian society is reflected in the survivor's pension provision of the CPP. The increasing difficulty with which one can find and maintain employment as one grows older is a matter of which a court may appropriately take judicial notice.

Although the law imposes a disadvantage on younger spouses in this class, it is unlikely to be a substantive disadvantage, viewed in the long term. The differential treatment of younger people does not reflect or promote the notion that they are less capable or less deserving of concern, respect, and consideration, when the dual perspectives of long-term security and the greater opportunity of youth are considered. Nor does the differential treatment perpetuate the view that people in this class are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society. Given the contemporary and historical context of the differential treatment and those affected by it, the legislation does not stereotype, exclude, or devalue adults under 45. The law functions not by the device of stereotype, but by distinctions corresponding to the actual situation of individuals it affects. By being young, the appellant, *a fortiori*, has greater prospect of long-term income replacement.

The clear ameliorative purpose of the pension scheme for older surviving spouses is another factor supporting the view that the impugned CPP provisions do not violate essential human dignity. Parliament's intent in enacting a survivor's pension scheme with benefits allocated according to age appears to have been to allocate funds to those persons whose ability to overcome need was weakest. The concern was to enhance personal dignity and freedom by ensuring a basic level of long-term financial security to persons whose personal situation makes them unable to achieve this goal which is so important to life and dignity. This legislative purpose

RPC ne sont pas de pourvoir aux besoins financiers immédiats des veuves et des veufs, mais plutôt de permettre aux veuves et aux veufs plus âgés de subvenir à leurs besoins essentiels à long terme. L'idée qui se dégage des distinctions fondées sur l'âge établies par les dispositions du RPC relatives à la pension de survivant semble être que les jeunes personnes éprouvent moins de difficulté à participer au marché du travail à long terme et sont généralement plus en mesure que leurs aînés de remplacer, au fil du temps, par leurs propres moyens et en tant que membres actifs de la société canadienne, le revenu de leur conjoint décédé. Un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d'office du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi.

Bien que la loi défavorise les conjoints plus jeunes qui se trouvent dans cette catégorie, il ne s'agit vraisemblablement pas d'un désavantage réel, si on le regarde à long terme. Le fait que la loi traite différemment les personnes plus jeunes ne traduit ni n'encourage l'idée que ces personnes sont moins capables, ou moins dignes d'intérêt, de respect et de considération, s'il est analysé du double point de vue de la sécurité à long terme et des possibilités plus grandes offertes par la jeunesse. De même, la différence de traitement ne perpétue pas l'opinion que les gens de cette catégorie sont moins capables, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne. Compte tenu du contexte contemporain et historique qui entoure la différence de traitement et les personnes qu'elle touche, les dispositions législatives en cause n'appliquent pas de stéréotypes aux adultes âgés de moins de 45 ans, ne les excluent pas et ne les dévalorisent pas. La loi ne fonctionne pas au moyen de stéréotypes mais au moyen de distinctions qui correspondent à la situation véritable des personnes qu'elle vise. Du fait de sa jeunesse, l'appelante jouit, à plus forte raison, de meilleures chances de remplacer à long terme le revenu perdu.

Le fait que le régime de pension a clairement pour objet d'améliorer la situation des conjoints survivants âgés constitue un autre facteur à l'appui de l'opinion que les dispositions contestées du RPC ne portent pas atteinte à la dignité humaine essentielle. En établissant un régime de pension qui accorde des prestations suivant l'âge du survivant, le législateur semble avoir voulu allouer les fonds aux personnes dont la capacité de subvenir à leurs besoins était la plus faible. Sa préoccupation était de promouvoir la dignité et la liberté de la personne en assurant une sécurité financière de base à long terme aux personnes dont la situation les rend inca-

accords well with the fundamental purposes of s. 15(1) of the *Charter*.

Legislation need not always correspond perfectly with social reality in order to comply with s. 15(1) of the *Charter*. The determination of whether a legislative provision infringes a claimant's dignity must in every case be considered in the full context of the claim. In the present case, the appellant is more advantaged by virtue of her young age. The legislation has an egalitarian purpose and function and its provisions correspond to a very large degree with the needs and circumstances of the persons whom the legislation targets. No other factors suggest that the appellant's dignity as a younger adult is demeaned by the legislation, either in its purpose or in its effects.

The fact that the legislation is premised upon informed statistical generalizations which may not correspond perfectly with the long-term financial need of all surviving spouses does not affect the ultimate conclusion that the legislation is consonant with the human dignity and freedom of the appellant. Parliament is entitled, under these limited circumstances at least, to premise remedial legislation upon informed generalizations without running afoul of s. 15(1) of the *Charter* and being required to justify its position under s. 1. Under other circumstances a more precise correspondence would undoubtedly be required in order to comply with s. 15(1). In particular, a more precise correspondence will likely be important where the individual or group which is excluded by the legislation is already disadvantaged or vulnerable within Canadian society. The availability of the pension to the appellant at age 65 strengthens the conclusion that the law does not reflect a view of the appellant that suggests she is undeserving or less worthy as a person, only that the distribution of the benefit to her will be delayed until she is at a different point in her life cycle, when she reaches retirement age.

Cases Cited

Considered: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Eaton v. Brant County*

pables d'atteindre ce but, qui revêt tant d'importance sur les plans de la vie et de la dignité. C'est là un objet législatif qui s'harmonise bien avec les objectifs fondamentaux du par. 15(1) de la *Charte*.

Il n'est pas toujours nécessaire qu'une loi corresponde parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au par. 15(1) de la *Charte*. La question de savoir si une disposition législative porte atteinte à la dignité du demandeur doit dans chaque cas être examinée en tenant compte de l'ensemble du contexte de la demande. En l'espèce, l'appelante est favorisée en raison de son jeune âge. Le texte de loi a un objet et des fonctions égalitaires et ses dispositions correspondent dans une très large mesure aux besoins et à la situation des personnes ciblées. Aucun autre facteur ne donne à penser que ces dispositions portent atteinte à la dignité de jeune adulte de l'appelante, tant dans leur objet que dans leurs effets.

Le fait que les dispositions de la loi s'appuient sur des généralisations statistiques documentées qui peuvent ne pas correspondre parfaitement aux besoins financiers à long terme de tous les conjoints survivants ne compromet pas la conclusion ultime, soit qu'elles sont compatibles avec la dignité et la liberté de l'appelante. Dans ces circonstances particulières à tout le moins, le législateur peut légitimement s'appuyer sur des généralisations documentées pour édicter des dispositions réparatrices sans contrevenir au par. 15(1) de la *Charte* et sans avoir à les justifier au sens de l'article premier. Dans d'autres circonstances, le respect du par. 15(1) exigera à n'en pas douter une correspondance plus précise. En particulier, une correspondance plus précise sera vraisemblablement importante dans le cas où la personne ou le groupe exclu de la loi est déjà défavorisé ou vulnérable dans la société canadienne. L'admissibilité de l'appelante à la pension à l'âge de 65 ans étaye la conclusion que la loi ne traduit pas une opinion voulant que l'appelante soit moins méritante ou ait moins de valeur comme personne; la loi prévoit seulement que les prestations ne lui seront versées que lorsqu'elle aura atteint une certaine étape dans son cycle de vie, soit au moment de l'âge de la retraite.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Eaton c. Conseil scolaire du*

Board of Education, [1997] 1 S.C.R. 241; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; **referred to:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Hess; R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813.

Statutes and Regulations Cited

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 44(1)(*d*) [am. c. 30 (2nd Supp.), s. 13], 58(1)(*a*) [am. *idem.*, s. 26].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), (2).

Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 26th Parl., August 10, 1964, p. 6636.
Canada. *House of Commons Debates*, vol. IX, 2nd Sess., 26th Parl., November 16, 1964, p. 10122.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1996), 135 D.L.R. (4th) 293, 196 N.R. 73, [1996] F.C.J. No. 511 (QL), dismissing an application to set aside a decision of the Pension Appeals Board (1995), C.E.B. & P.G.R. 8574, finding certain age distinctions in the Canada Pension Plan to be constitutional. Appeal dismissed.

James Sayre, for the appellant.

Susan L. Van Der Hout, Virginia McRae and *Julie Lalonde-Goldenberg*, for the respondent.

comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; **arrêts mentionnés:** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Hess; R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Kask c. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), (2).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 44(1)*d*) [mod. ch. 30 (2e suppl.), art. 13], 58(1)*a*) [mod. *idem.*, art. 26].

Doctrine citée

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 26e lég., 10 août 1964, p. 6824.
Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 2e sess., 26e lég., 16 novembre 1964, p. 10310.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1996), 135 D.L.R. (4th) 293, 196 N.R. 73, [1996] A.C.F. nº 511 (QL), qui a rejeté une demande visant à faire annuler une décision de la Commission d'appel des pensions (1995), C.E.B. & P.G.R. 8574, qui avait conclu que certaines distinctions fondées sur l'âge prévues au Régime de pensions du Canada étaient constitutionnelles. Pourvoi rejeté.

James Sayre, pour l'appelante.

Susan L. Van Der Hout, Virginia McRae et *Julie Lalonde-Goldenberg*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction and Overview

This appeal concerns the constitutionality of ss. 44(1)(*d*) and 58 of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, which draw distinctions on the basis of age with regard to entitlement to survivor's pensions. The issue is whether the provisions infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that they discriminate against persons under the age of 45 on the basis of age and, if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. In my view, a purposive reading and application of s. 15(1) results in the conclusion that the appellant has not established discrimination within the meaning of the *Charter*.

Section 15 of the *Charter* guarantees to every individual the right to equal treatment by the state without discrimination. It is perhaps the *Charter*'s most conceptually difficult provision. In this Court's first s. 15 case, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R 143, at p. 164, McIntyre J. noted that, as embodied in s. 15(1) of the *Charter*, the concept of equality is "an elusive concept", and that "more than any of the other rights and freedoms guaranteed in the *Charter*, it lacks precise definition". Part of the difficulty in defining the concept of equality stems from its exalted status. The quest for equality expresses some of humanity's highest ideals and aspirations, which are by their nature abstract and subject to differing articulations. The challenge for the judiciary in interpreting and applying s. 15(1) of the *Charter* is to transform these ideals and aspirations into practice in a manner which is meaningful to Canadians and which accords with the purpose of the provision.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction et aperçu

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'al. 44(1)*d*) et de l'art. 58 du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, qui établissent des distinctions fondées sur l'âge en ce qui concerne le droit à une pension de survivant. Il s'agit de savoir si ces dispositions violent le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'elles établissent une distinction fondée sur l'âge à l'égard des personnes de moins de 45 ans et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. À mon avis, interpréter et appliquer le par. 15(1) en fonction de son objet amène à conclure que l'appelante n'a pas démontré l'existence de discrimination au sens de la *Charte*. 1

L'article 15 de la *Charte* garantit à tous le droit à un traitement égal de la part de l'État, indépendamment de toute discrimination. Il s'agit peut-être de la disposition de la *Charte* la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel. Dans le premier arrêt de notre Cour portant sur l'art. 15, soit *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 164, le juge McIntyre a fait remarquer que, enchâssé au par. 15(1) de la *Charte*, le concept d'égalité était «un concept difficile à saisir» et que, «plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la *Charte*, [il] ne comporte pas de définition précise». Le problème que pose la définition du concept d'égalité découle en partie de son caractère éminent. La recherche de l'égalité symbolise certains des idéaux et certaines des aspirations les plus élevés de l'humanité, lesquels sont par nature abstraits et soumis à différents modes d'expression. Le défi auquel fait face l'appareil judiciaire à l'égard de l'interprétation et de l'application du par. 15(1) de la *Charte* est de mettre en œuvre ces idéaux et ces aspirations d'une manière qui ait un sens pour les Canadiens et qui soit conforme à l'objet de cette disposition. 2

3 In *Andrews*, McIntyre J., who delivered the unanimous reasons of the Court on the issue of the proper approach to s. 15(1), cautioned at p. 168 that it would be inappropriate to attempt to confine analysis under s. 15(1) to a "fixed and limited formula". This sentiment has been echoed in subsequent decisions: see, e.g., *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296 at p. 1326, *per* Wilson J., and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 991-92, *per* Lamer C.J. McIntyre J. advocated a contextual and purposive approach to discrimination analysis under the *Charter*, and contrasted this preferred approach to the rigid formalism which had characterized this Court's approach under the equality provision in the *Canadian Bill of Rights*. As he suggested, a flexible and nuanced analysis under s. 15(1) is preferable because it permits evolution and adaptation of equality analysis over time in order to accommodate new or different understandings of equality as well as new issues raised by varying fact situations. Such an approach also accords far better with the strong remedial purpose of s. 15, permitting the realization of that purpose.

Dans *Andrews*, le juge McIntyre, qui a prononcé les motifs unanimes de notre Cour sur la bonne façon d'aborder le par. 15(1), a émis l'avertissement, à la p. 168, qu'il serait inapproprié de tenter de restreindre l'analyse faite en vertu de ce paragraphe à une «formule limitée et figée». Cette façon de voir a été adoptée dans des arrêts subséquents: voir p. ex., *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1326, le juge Wilson; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 991 et 992, le juge en chef Lamer. Le juge McIntyre favorisait une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte à l'égard de l'analyse relative à la discrimination au sens de la *Charte*, et il opposait cette démarche au formalisme rigide qui avait caractérisé la démarche de notre Cour aux fins de la disposition sur l'égalité prévue dans la *Déclaration canadienne des droits*. Comme il l'a mentionné, une analyse souple et nuancée aux fins du par. 15(1) est préférable car elle permet l'évolution et l'adaptation de l'analyse relative à l'égalité au fil du temps afin que celle-ci tienne compte des significations nouvelles ou différentes que ce terme pourrait acquérir et des questions nouvelles qui pourraient être soulevées dans le cadre de différentes situations de fait. En outre, une telle démarche est beaucoup plus conforme à l'important objet réparateur de l'art. 15, ce qui en favorise la réalisation.

4 Indeed, in the brief history of this Court's interpretation of s. 15(1) of the *Charter*, there have been several important substantive developments in equality law, relating to, among other things, the meaning of adverse effects discrimination, the role of context in identifying discrimination more generally, and the *indicia* of an analogous ground. All of these developments have been guided by the Court's evolving understanding of the purpose of equality protection under s. 15(1). All have augmented and enriched anti-discrimination jurisprudence under the *Charter*.

En fait, au cours de la courte période de l'interprétation du par. 15(1) de la *Charte* par notre Cour, plusieurs changements de fond importants sont survenus en droit de l'égalité, notamment à l'égard de la signification de la discrimination par suite d'effets préjudiciables, du rôle du contexte dans la détermination de la discrimination de façon plus générale, et des indices de l'existence d'un motif analogue. Tous ces changements ont été amenés par l'évolution de la façon dont notre Cour a compris l'objet de la protection du droit à l'égalité garanti par le par. 15(1). Ils ont tous nourri et enrichi la jurisprudence qui a condamné la discrimination en se fondant sur la *Charte*.

5 Throughout these developments, although there have been differences of opinion among the members of this Court as to the appropriate interpretation of s. 15(1), I believe it is fair to say that there

Tout au long de ces changements, bien qu'il y ait eu des divergences d'opinions parmi les juges de notre Cour relativement à l'interprétation appropriée du par. 15(1), je crois qu'il est juste de dire

has been and continues to be general consensus regarding the basic principles relating to the purpose of s. 15(1) and the proper approach to equality analysis. In my view, the present case is a useful juncture at which to summarize and comment upon these basic principles, in order to provide a set of guidelines for courts that are called upon to analyze a discrimination claim under the *Charter*.

qu'il y a eu, et qu'il y a toujours, un consensus général sur les principes fondamentaux portant sur l'objet de ce paragraphe et sur la façon appropriée d'aborder l'analyse relative à l'égalité. J'estime que le présent pourvoi nous fournit une belle occasion de résumer et de commenter ces principes fondamentaux afin de fournir aux tribunaux un ensemble de lignes directrices qui leur servira lorsqu'ils devront analyser une allégation de discrimination fondée sur la *Charte*.

In accordance with McIntyre J.'s caution in *Andrews*, *supra*, I think it is sensible to articulate the basic principles under s. 15(1) as guidelines for analysis, and not as a rigid test which might risk being mechanically applied. Equality analysis under the *Charter* must be purposive and contextual. The guidelines which I review below are just that — points of reference which are designed to assist a court in identifying the relevant contextual factors in a particular discrimination claim, and in evaluating the effect of those factors in light of the purpose of s. 15(1).

6 Conformément à la mise en garde du juge McIntyre dans *Andrews*, précité, je crois qu'il est logique de poser les principes fondamentaux qui sous-tendent le par. 15(1) en tant que lignes directrices à des fins d'analyse plutôt qu'en tant que critères stricts susceptibles d'êtres appliqués de façon automatique. L'analyse relative à l'égalité au sens de la *Charte* doit être faite en fonction de l'objet visé et du contexte. Les lignes directrices que j'expose plus loin sont précisément des points de référence conçus pour aider le tribunal à relever les facteurs contextuels pertinents dans le cadre d'une allégation de discrimination donnée et à évaluer l'effet de ces facteurs à la lumière de l'objet du par. 15(1).

The analysis in these reasons proceeds from the general to the more specific. I begin, after describing the background of the case, with a review of general principles regarding the proper approach to be followed in analyzing a discrimination claim. This portion of the reasons is concerned with outlining elements or stages of analysis, whose content and application I then develop. The second portion of my analysis is a discussion of the basic principles which this Court has articulated in past jurisprudence regarding the purpose of s. 15(1), and the fundamentally purposive nature of each stage of analysis under the provision. Next, on the basis of previous cases, I review some of the contextual factors which may assist a court in determining whether the purpose of s. 15(1) has been engaged within the context of a particular case. A summary of the elements of a discrimination claim, the purpose of s. 15(1), and the contextual factors then follows. Finally, I apply the principles articulated in this analysis to the case at bar.

7 Le raisonnement suivi dans les présents motifs chemine du général au particulier. Après avoir décrit le contexte de l'affaire, j'entreprends l'examen des principes généraux relatifs à la façon appropriée d'aborder une allégation de discrimination. Cette partie des motifs s'emploie à mettre en relief des éléments ou des étapes de l'analyse et d'en exposer le contenu et l'application par la suite. La deuxième partie de mon analyse consiste en un exposé des principes fondamentaux que notre Cour a élaborés à l'égard de l'objet du par. 15(1) dans les arrêts antérieurs et de la nature essentiellement axée sur l'objet de chaque étape de l'analyse faite en vertu de cette disposition. Ensuite, à la lumière d'arrêts antérieurs, j'examine certains facteurs contextuels susceptibles d'aider le tribunal à déterminer si une affaire donnée fait intervenir l'objet du par. 15(1). Suivent alors un résumé des éléments d'une allégation de discrimination et l'exposé de l'objet du par. 15(1) et des facteurs contextuels. Enfin, j'applique à la présente affaire les principes énoncés dans cette analyse.

II. Background

A. *The Legislation*

8 The Canada Pension Plan (the "CPP") is a compulsory social insurance scheme which was enacted in 1965 in order to provide contributors and their families with reasonable minimum levels of income upon the retirement, disability or death of the wage earner: see *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 26th Parl., August 10, 1964, at p. 6636. Among the benefits available under the CPP is the survivor's pension. This monthly benefit is paid to a surviving spouse whose deceased partner has made sufficient contributions to the CPP, and who meets the eligibility criteria specified in s. 44(1)(*d*), namely, an age threshold, responsibility for dependent children or disability.

9 A claimant who is over the age of 45 at the time of the contributor's death, or is maintaining dependent children of the deceased contributor, or is (or becomes) disabled, is entitled to receive the survivor's pension at the full rate. However, s. 58 gradually reduces that pension for able-bodied surviving spouses without dependent children who are between the ages of 35 and 45 by 1/120th of the full rate for each month that the claimant's age is less than 45 years at the time of the contributor's death. Pursuant to s. 44(1)(*d*), unless they should become disabled, able-bodied surviving spouses without dependent children who are under 35 at the time of the death of the contributor are precluded from receiving a survivor's pension until they reach the age of 65.

B. *Facts*

10 The appellant, Nancy Law, married Jason Law in 1980. Mr. Law died in 1991, at the age of 50, having contributed to the CPP for 22 years. At the time of his death, the appellant was 30 years old. Prior to Mr. Law's death, the couple had co-owned a small business. The appellant was responsible for business operations and her husband had the requi-

II. Le contexte

A. *Les dispositions législatives*

Le Régime de pensions du Canada (RPC) est un régime d'assurance sociale obligatoire qui a été adopté en 1965 pour assurer au salarié cotisant et à sa famille un revenu minimum raisonnable à la retraite de ce salarié ou en cas d'invalidité ou de décès de celui-ci: voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 26e lég., 10 août 1964, à la p. 6824. La pension de survivant est une des formes de prestations prévues par le RPC. Ces prestations mensuelles sont versées au conjoint survivant de la personne décédée qui a suffisamment cotisé au RPC, pourvu qu'il satisfasse aux critères d'admissibilité établis à l'al. 44(1)*d*), soit avoir atteint un certain âge, avoir un enfant à charge ou être invalide.

Le demandeur qui a plus de 45 ans au moment du décès du cotisant, qui subvient aux besoins des enfants qui étaient à la charge du cotisant décédé ou qui est (ou devient) invalide, a droit à la pleine pension de survivant. Cependant, l'art. 58 prévoit, pour le conjoint survivant sans enfant à charge, qui n'est pas invalide et qui a entre 35 et 45 ans, une réduction progressive du plein montant de cette pension de 1/120 par mois pour le nombre de mois restant à courir, au décès du cotisant, avant que le conjoint survivant n'atteigne l'âge de 45 ans. L'alinéa 44(1)*d*) prévoit qu'à moins qu'il ne devienne invalide, le conjoint survivant sans enfant à charge, qui n'est pas invalide et qui n'a pas atteint l'âge de 35 ans au moment du décès du cotisant, ne peut toucher une pension de survivant avant d'avoir atteint l'âge de 65 ans.

B. *Les faits*

L'appelante, Nancy Law, a épousé Jason Law en 1980. Monsieur Law est décédé en 1991, à l'âge de 50 ans, après avoir cotisé au RPC pendant 22 ans. Au décès de son époux, l'appelante était âgée de 30 ans. Avant le décès de M. Law, le couple avait possédé en copropriété une petite entreprise. L'appelante était responsable de l'exploitation de l'entreprise, alors que M. Law possédait les connaissances et l'expertise techniques néces-

site technical knowledge and expertise. The business failed soon after Mr. Law's death.

The appellant applied to receive survivor's benefits under the CPP. Her husband had made sufficient contributions under the CPP such that she would qualify for survivor benefits if she came within the class of persons entitled to receive them. However, her application was refused because she was under 35 years of age at the time of her husband's death, she was not disabled, and she did not have dependent children.

The appellant appealed this decision to the Minister of National Health and Welfare, who rejected the appeal in May, 1992. She then appealed to the Pension Plan Review Tribunal, arguing that the age distinctions in ss. 44(1)(*d*) and 58 of the CPP discriminate against her on the basis of age contrary to s. 15(1) of the *Charter*. The tribunal found that the legislation discriminates against those who, at the time of the contributor's death, have not reached age 35, have no dependent children and are not disabled. However, the tribunal was unable to reach a consensus regarding s. 1 of the *Charter*. The majority concluded that the discrimination was justified under s. 1 and, although a more precise test of need could have been crafted, the measures adopted were a reasonable attempt by Parliament to achieve the objective of the CPP. The dissenting member of the tribunal found that the age distinctions in the impugned provisions were arbitrary and that Parliament could have targeted needy dependents without discrimination by legislating a test to determine need.

The appellant then appealed to the Pension Appeals Board, which, in a trial *de novo*, concluded that the impugned age distinctions do not violate the appellant's equality rights. The majority of the board also found that, even if the distinctions did infringe s. 15(1) of the *Charter*, they would be justified under s. 1. A subsequent appeal

saires. L'entreprise a fait faillite peu après le décès de M. Law.

L'appelante a demandé que des prestations de survivant lui soient versées en vertu du RPC. Son époux avait suffisamment cotisé au RPC pour qu'elle soit admissible à toucher des prestations de survivant si elle relevait de la catégorie de personnes y ayant droit. Cependant, sa demande a été rejetée parce qu'au décès de son époux elle avait moins de 35 ans, n'était pas invalide et n'avait aucun enfant à charge. 11

L'appelante a interjeté appel de cette décision devant le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, qui l'a rejeté en mai 1992. Par la suite, elle en a appelé devant le tribunal de révision du Régime de pensions alléguant que les distinctions fondées sur l'âge établies à l'al. 44(1)*d*) et à l'art. 58 du RPC la rendaient victime de discrimination fondée sur l'âge, ce qui contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Le tribunal a conclu que les mesures législatives en cause sont discriminatoires à l'égard du conjoint qui, au moment du décès du cotisant, n'a pas encore 35 ans, n'a aucun enfant à charge ou n'est pas invalide. Cependant, les membres du tribunal ont été incapables d'en arriver à un consensus au sujet de l'article premier de la *Charte*. La majorité a conclu que la discrimination était justifiée au sens de l'article premier et que, même s'il avait été possible d'établir un critère d'évaluation des besoins plus précis, les mesures prises par le législateur constituaient une tentative raisonnable d'atteindre l'objectif du RPC. Le membre dissident du tribunal a conclu que les distinctions fondées sur l'âge dans les dispositions contestées étaient arbitraires et que le législateur aurait pu cibler les personnes à charge nécessiteuses, indépendamment de toute discrimination, en adoptant un critère permettant de déterminer les besoins. 12

L'appelante a ensuite interjeté appel devant la Commission d'appel des pensions qui a conclu, après la tenue d'un procès *de novo*, que les distinctions contestées fondées sur l'âge ne portent pas atteinte à ses droits à l'égalité. Les membres majoritaires de la Commission ont également conclu que, même si ces distinctions violaient effective- 13

to the Federal Court of Appeal was dismissed largely for the reasons of the Pension Appeals Board.

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

14 *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8

44. (1) Subject to this Part,

. . .

(*d*) a survivor's pension shall be paid to the surviving spouse, as determined pursuant to this Act, of a deceased contributor who has made contributions for not less than the minimum qualifying period, if the surviving spouse

(i) has reached sixty-five years of age, or

(ii) in the case of a surviving spouse who has not reached sixty-five years of age,

(A) had at the time of the death of the contributor reached thirty-five years of age,

(B) was at the time of the death of the contributor a surviving spouse with dependent children, or

(C) is disabled;

. . .

58. (1) Subject to this section, a survivor's pension payable to the surviving spouse of a contributor is a basic monthly amount as follows:

(*a*) in the case of a surviving spouse who has not reached sixty-five years of age and to whom no retirement pension is payable under this Act or a provincial pension plan, a basic monthly amount consisting of

(i) a flat rate benefit, calculated as provided in subsection (1.1), and

(ii) 37½ per cent of the amount of the contributor's retirement pension, calculated as provided in subsection (3),

ment le par. 15(1) de la *Charte*, elles seraient justifiées au sens de l'article premier. Un appel interjeté ultérieurement devant la Cour d'appel fédérale a été rejeté en grande partie pour les motifs exposés par la Commission d'appel des pensions.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8

44. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie:

. . .

d) une pension de survivant doit être payée à la personne qui, aux termes de la présente loi, a la qualité de conjoint survivant d'un cotisant qui a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité, si le conjoint survivant:

(i) soit a atteint l'âge de soixante-cinq ans,

(ii) soit, dans le cas d'un conjoint survivant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans:

(A) ou bien avait au moment du décès du cotisant atteint l'âge de trente-cinq ans,

(B) ou bien était au moment du décès du cotisant un conjoint survivant avec enfant à charge,

(C) ou bien est invalide;

. . .

58. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, une pension de survivant payable au conjoint survivant d'un cotisant est un montant mensuel de base établi comme suit:

a) dans le cas d'un conjoint survivant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans et à qui aucune pension de retraite n'est payable en conformité avec la présente loi ou avec un régime provincial de pensions, un montant mensuel de base comprenant, à la fois:

(i) une prestation à taux uniforme, calculée comme le prévoit le paragraphe (1.1),

(ii) 37 1/2 pour cent du montant de la pension de retraite du cotisant, calculé comme le prévoit le paragraphe (3),

reduced, unless the surviving spouse was at the time of the death of the contributor a surviving spouse with dependent children or unless he is disabled, by 1/120 for each month by which the age of the surviving spouse at the time of the death of the contributor is less than forty-five years, and reduced, if at any time after the death of the contributor the surviving spouse ceases to be

(iii) a surviving spouse with dependent children and is not at that time disabled, or

(iv) disabled and is not at that time a surviving spouse with dependent children,

by 1/120 for each month by which the age of the surviving spouse at that time is less than forty-five years; . . .

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

IV. Judicial History

A. Pension Appeals Board (1995), C.E.B. & P.G.R. 8574

(1) Rutherford J., Dureault J. concurring

Following an extensive extract from the respondent's expert report, adduced at the trial *de novo* before the Pension Appeals Board, Rutherford J. stated that, although many laws create legal distinctions, not all amount to discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. He went on to find that although age is a factor in determining eligibility for survivor's benefits under the CPP, it is not the sole criterion. Rather, it is a combination of age, healthful employability, and freedom from the responsibility of dependent children which may lead to exclusion from benefits. Moreover, he held that, to the extent that age is a factor in the denial of benefits, ss. 44(1)(*d*)(ii)(A) and 58 do not create the kind

réduit, sauf si le conjoint survivant était, au décès du cotisant, un conjoint survivant avec enfant à charge ou s'il est invalide, de 1/120 par mois pour le nombre de mois restant à courir, au décès du cotisant, avant que le conjoint survivant atteigne l'âge de quarante-cinq ans, et réduit, si à un moment quelconque après le décès du cotisant le conjoint survivant cesse d'être:

(iii) soit un conjoint survivant avec enfant à charge et n'est pas alors invalide,

(iv) soit invalide et n'est pas alors un conjoint survivant avec enfant à charge,

de 1/120 par mois pour le nombre de mois restant alors à courir avant que le conjoint survivant atteigne l'âge de quarante-cinq ans; . . .

Charte canadienne des droits et libertés

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

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Commission d'appel des pensions* (1995), C.E.B. & P.G.R. 8574

(1) Le juge Rutherford, avec l'appui du juge Dureault

Après avoir cité un long extrait du rapport d'expert de l'intimé, produit lors du procès *de novo* devant la Commission d'appel des pensions, le juge Rutherford a affirmé que, même si de nombreuses lois établissent des distinctions, celles-ci ne sont pas toutes discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Il a ensuite conclu que, même si l'âge entre en ligne de compte pour déterminer l'admissibilité aux prestations de survivant prévues dans le RPC, ce n'est pas là le seul critère. C'est plutôt la combinaison de l'âge, de l'absence d'invalidité empêchant de travailler et du fait de ne pas avoir d'enfant à charge qui peut rendre une personne non admissible aux prestations. En outre, il a conclu que, dans la mesure où l'âge est un facteur d'inadmissibilité aux prestations, la div. 44(1)*d*)(ii)(A) et l'art. 58 ne créent pas le genre de

of distinction that has been characterized as "discrimination" in the constitutional sense.

16 Rutherford J. noted that the Supreme Court of Canada has used s. 15(1) of the *Charter* as a means of protecting discrete and insular minorities and of shielding vulnerable groups against stigmatization, stereotyping, and prejudice. Quoting with approval from the remarks of Wilson J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, he found that none of the evidence in the present case suggested that the appellant is a member of a group that suffers "discrimination" in *Charter* terms. Nor, he observed, did the evidence suggest that able-bodied and young surviving spouses without responsibility for children are treated differently, on the basis of an irrelevant personal characteristic, from those who do receive survivor's pension benefits. Rather, Rutherford J. found that age is a very relevant characteristic to be considered in determining relative need for survivor's benefits. He also noted that the appellant is not a member of a traditionally disadvantaged group, an insular minority or a segment of society that is or may be stigmatized, stereotyped or subjected to prejudice. Accordingly, he concluded that, even though the impugned provisions draw a distinction based on age, this does not constitute discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

17 Although it was not necessary to do so in order to dispose of the appeal, Rutherford J. went on to find that even if the impugned provisions of the CPP did infringe s. 15(1) of the *Charter*, the infringement would be justified under s. 1 of the *Charter*. He acknowledged that the extension of benefits to widowers and the elimination of remarriage as a bar to continuing survivor's benefits had diluted the original legislative objective, making it difficult for ss. 44(1)(*d*)(ii)(A) and 58 to pass the justificatory test under s. 1 of the *Charter* without being found vulnerable on one point or another. However, in his view, the complexity of the CPP, its status as an over-arching federal-provincial

distinction qui a été qualifié de «discrimination» au sens de la Constitution.

Le juge Rutherford a souligné que la Cour suprême du Canada s'était fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* pour protéger les minorités distinctes et isolées et pour empêcher que des groupes vulnérables soient victimes de stigmatisation, de stéréotypes et de préjugés. Citant avec approbation les observations du juge Wilson dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, il a statué qu'aucun élément de preuve en l'espèce ne laissait croire que l'appelante appartient à un groupe victime de «discrimination» au sens de la *Charte*. La preuve n'indiquait pas non plus, a-t-il fait remarquer, que les jeunes conjoints survivants qui ne sont pas invalides et qui n'ont aucun enfant à charge sont traités différemment, en raison d'une caractéristique personnelle non pertinente, de ceux qui touchent des prestations de survivant. Le juge Rutherford a plutôt conclu que l'âge était une caractéristique fort pertinente dont il fallait tenir compte pour déterminer le besoin relatif de toucher des prestations de survivant. Il a également souligné que l'appelante n'est membre ni d'un groupe traditionnellement défavorisé, ni d'une minorité isolée ou d'une couche de la société qui est ou peut être victime de stigmatisation, de stéréotypes ou de préjugés. Il a donc statué que, même si les dispositions contestées établissent une distinction fondée sur l'âge, cette distinction ne constitue pas de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Bien que cela ne fût pas nécessaire pour trancher l'appel, le juge Rutherford a ensuite conclu que, même si les dispositions contestées du RPC violaient effectivement le par. 15(1) de la *Charte*, cette violation serait justifiée au sens de l'article premier de cette dernière. Il a reconnu que l'attribution de prestations aux veufs et l'élimination du remariage en tant qu'obstacle à la continuation du versement des prestations de survivant avaient édulcoré l'objectif législatif initial, ce qui faisait que la div. 44(1)*d*)(ii)(A) et l'art. 58 pouvaient difficilement satisfaire au critère de justification de l'article premier de la *Charte* sans être jugés vulnérables sous un aspect ou un autre. Cependant, à son

benefits system, and its onerous amendment requirements justify deference to Parliament's choice of measures.

(2) Angers J.A.

Angers J.A. agreed with his colleagues' reasons regarding discrimination on the basis of age, but preferred not to comment on the effect of s. 1 of the *Charter*.

B. *Federal Court of Appeal* (1996), 135 D.L.R. (4th) 293

Isaac C.J., delivering judgment on behalf of a unanimous court, was not convinced that the Pension Appeals Board had committed a reviewable error. He stated that the court substantially agreed with the reasons of the board that neither s. 44(1)(*d*) nor s. 58 of the CPP infringes upon the appellant's equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. The Court of Appeal was also in substantial agreement with the majority opinion that, even if those provisions do infringe s. 15(1) of the *Charter*, they constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, the appeal was dismissed.

V. Issues

By order of the Chief Justice dated March 26, 1997, the following constitutional questions were stated for this Court's consideration:

1. Do ss. 44(1)(*d*) and 58 of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, infringe on s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that they discriminate against widows and widowers under the age of 45 on the basis of age?

2. If so, can this infringement be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

avis, la complexité du RPC, le fait qu'il s'agit d'un régime de prestations à ramifications fédérales-provinciales et la difficulté de modifier le régime justifient que l'on fasse preuve de retenue à l'égard des mesures adoptées par le législateur.

Le juge Angers

18 Le juge Angers a souscrit aux motifs de ses collègues au sujet de la discrimination fondée sur l'âge, mais il a préféré s'abstenir de tout commentaire quant à l'effet de l'article premier de la *Charte*.

B. *Cour d'appel fédérale* (1996), 135 D.L.R. (4th) 293

19 Le juge en chef Isaac, qui a prononcé le jugement unanime de la Cour, n'était pas convaincu que la Commission d'appel des pensions avait commis une erreur donnant lieu à révision. Il a dit que la cour souscrivait, pour l'essentiel, aux motifs de la Commission selon lesquels ni l'al. 44(1)*d*) ni l'art. 58 du RPC ne portent atteinte aux droits à l'égalité garantis à l'appelante par le par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a également souscrit, pour l'essentiel, à l'opinion majoritaire que, même si ces dispositions contrevenaient effectivement au par. 15(1) de la *Charte*, elles constitueraient une restriction raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. En conséquence, l'appel a été rejeté.

V. Les questions en litige

20 Dans une ordonnance rendue le 26 mars 1997, le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes, soumises à l'examen de la Cour:

1. L'alinéa 44(1)*d*) et l'art. 58 du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, violent-ils le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'ils établissent une distinction fondée sur l'âge relativement aux veuves et aux veufs âgés de moins de 45 ans?

2. Dans l'affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

VI. Analysis

A. *Approach to s. 15(1)*

21 Subsection 15(1) of the *Charter* states as follows:

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

22 On its face, s. 15(1) guarantees the equal treatment of individuals by the state without discrimination. The concepts of "equality" and "discrimination" lie at the heart of the provision. What do these concepts mean, and how are they to be established? An excellent starting point in answering these questions is the *Andrews* decision, *supra*, which articulates many of the basic principles which continue to guide s. 15(1) analysis to the present day.

(1) *Andrews* Revisited

23 McIntyre J. in *Andrews* adopted an approach to s. 15(1) which focusses upon three central elements: (1) whether a law imposes differential treatment between the claimant and others; (2) whether an enumerated or analogous ground of discrimination is the basis for the differential treatment; and (3) whether the law in question has a "discriminatory" purpose or effect. In these reasons, for the sake of convenience, I will refer only to discriminatory laws, and not to the various other forms of potentially discriminatory state action. The first element — differential treatment — relates to, but is not determinative of, the issue of equality for the purpose of s. 15(1). The second and third elements in McIntyre J.'s approach determine whether the differential treatment in question constitutes discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. In his detailed discussion of these three elements, McIntyre J. made clear that the analysis of each element is to be undertaken in a purposive and contextualized manner, taking into account the

VI. Analyse

A. *La façon d'aborder le paragraphe 15(1)*

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit:

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

À sa face même, le par. 15(1) garantit à tous un traitement égal par l'État, indépendamment de toute discrimination. Les concepts d'«égalité» et de «discrimination» se trouvent au cœur de cette disposition. Quelle est la signification de ces concepts et comment doivent-ils être établis? La réponse à ces questions trouve un excellent point de départ dans l'arrêt *Andrews*, précité, dans lequel sont exposés plusieurs des principes fondamentaux qui guident toujours l'analyse relative au par. 15(1).

(1) Nouvel examen de l'arrêt *Andrews*

Dans *Andrews*, la façon d'aborder le par. 15(1) que le juge McIntyre a adoptée s'appuie sur trois éléments majeurs, à savoir: 1) si la loi impose une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes; 2) si un motif de discrimination énuméré ou analogue constitue le fondement de la différence de traitement, et 3) si la loi en question a un but ou des effets «discriminatoires». Par souci de commodité, dans le cadre des présents motifs, je ne mentionnerai que les règles de droit discriminatoires, faisant abstraction des diverses autres formes de mesures potentiellement discriminatoires de l'État. Le premier élément, soit la différence de traitement, est lié à la question de l'égalité aux fins du par. 15(1), mais il n'est pas déterminant quant à cette question. Les deuxième et troisième éléments, selon la méthode du juge McIntyre, servent à déterminer si la différence de traitement en question constitue de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Dans son exposé détaillé sur ces trois éléments, le juge

"large remedial component" (p. 171) of s. 15(1), and the purpose of the provision in fighting the evil of discrimination.

McIntyre J. began his discussion of the requirement of differential treatment by noting, at p. 164, that equality is a comparative concept, "the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises". It is impossible to evaluate a s. 15(1) claim without identifying specific personal characteristics or circumstances of the individual or group bringing the claim, and comparing the treatment of that person or group to the treatment accorded to a relevant comparator. This comparison determines whether the s. 15(1) claimant may be said to experience differential treatment, which is the first step in determining whether there is discriminatory inequality for the purpose of s. 15(1).

At the same time, McIntyre J. emphasized that true equality does not necessarily result from identical treatment. Formal distinctions in treatment will be necessary in some contexts in order to accommodate the differences between individuals and thus to produce equal treatment in a substantive sense: see pp. 164-69. Correspondingly, a law which applies uniformly to all may still violate a claimant's equality rights. The main consideration, McIntyre J. stated, at p. 165, must be the impact of the law upon the individual or group to whom it applies, as well as upon those whom it excludes from its application. He explained that the determination of the impact of legislation, by its nature, must be undertaken in a contextual manner, taking into account the content of the law, its purpose, and the characteristics and circumstances of the claimant, among other things. Hence, equality in s. 15 must be viewed as a substantive concept. Differential treatment, in a substantive sense, can be brought about either by a formal legislative distinction, or by a failure to take into account the

McIntyre a fait ressortir clairement que l'analyse de chacun devait être entreprise en fonction de l'objet visé et du contexte, en prenant en considération l'«aspect réparateur important» (p. 171) du par. 15(1) et l'objet de cette disposition, qui est de combattre le fléau de la discrimination.

Le juge McIntyre a commencé son exposé portant sur la nécessité qu'il y ait une différence de traitement en faisant remarquer, à la p. 164, que l'égalité était un concept relatif, «dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée». Il est impossible d'évaluer une allégation fondée sur le par. 15(1) sans identifier les caractéristiques ou la situation personnelles précises de la personne ou du groupe qui la formule et sans comparer le traitement dont cette personne ou ce groupe fait l'objet à un élément de comparaison pertinent. Cette comparaison permet de déterminer si la personne qui invoque le par. 15(1) subit une différence de traitement, ce qui constitue la première étape de la détermination de la présence d'inégalité discriminatoire aux fins de ce paragraphe. 24

Par la même occasion, le juge McIntyre a insisté sur le fait que la véritable égalité n'était pas nécessairement produite par un traitement identique. Dans certains cas, des distinctions formelles de traitement seront nécessaires afin de composer avec les différences entre les individus et de produire ainsi un véritable traitement égal: voir les pp. 164 à 169. De la même façon, une loi qui s'applique uniformément à tous est quand même susceptible de violer les droits à l'égalité d'un demandeur. Comme le juge McIntyre l'a dit, à la p. 165, la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné, de même que sur ceux qu'elle exclut de son application. Il a expliqué que l'étude de l'effet de la loi devait, de par sa nature, être effectuée d'une manière contextuelle, qui tient compte notamment du contenu et de l'objet de la loi, de même que des caractéristiques et de la situation du demandeur. Il s'ensuit que l'égalité au sens de l'art. 15 doit être considérée en fonction de la situation réelle. Une différence de traitement réelle peut être produite tant 25

underlying differences between individuals in society.

26 Moving on to discuss the requirement that a s. 15(1) claimant show that differential treatment is discriminatory in order to establish a *Charter* violation, McIntyre J. defined "discrimination" in the following terms, at pp. 174-75:

> . . . discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

27 Importantly, McIntyre J. explained that the determination of whether a distinction in treatment imposes a burden or withholds a benefit so as to constitute "discrimination" within the meaning of s. 15(1) is to be undertaken in a purposive way. As he stated, at pp. 180-81, "[t]he words 'without discrimination' require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals". Moreover, "in assessing whether a complainant's rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground" (p. 182). Rather, "a role must be assigned to s. 15(1) which goes beyond the mere recognition of a legal distinction" on such a ground. The protection of equality rights is concerned with distinctions which are truly discriminatory. A discriminatory burden or denial of a benefit, McIntyre J. stated, is to be understood in a substantive sense and in the context of the historical development of Canadian anti-discrimination law, notably the human rights codes: "The words 'with-

par une distinction législative formelle que par l'omission de prendre en considération les différences intrinsèques entre les personnes dans la société.

Abordant ensuite l'exigence selon laquelle la personne qui invoque le par. 15(1) doit démontrer que la différence de traitement est discriminatoire pour établir la présence d'une violation de la *Charte*, le juge McIntyre a défini la «discrimination» de la façon suivante, aux pp. 174 et 175:

> . . . la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Fait important, le juge McIntyre a expliqué que, pour déterminer si une différence de traitement impose un fardeau ou prive d'un avantage de façon à constituer de la «discrimination» au sens du par. 15(1), il faut tenir compte de l'objet visé. Comme il l'a dit aux pp. 180 et 181, «[l]'expression "indépendamment de toute discrimination" exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus». De plus, «pour vérifier s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue» (p. 182). Il faut plutôt «attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d'une distinction légale» fondée sur un tel motif. La protection des droits à l'égalité s'intéresse aux distinctions véritablement discriminatoires. Un fardeau discriminatoire ou la privation d'un avantage, a dit le juge McIntyre, doit être considéré en fonction de la situation réelle et dans le contexte de l'évolution historique des lois antidiscriminatoires

out discrimination' . . . are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage" (pp. 180-81).

Further discussion of McIntyre J.'s statements regarding the purpose of s. 15(1) in remedying prejudice and disadvantage occurs below, where I discuss the purpose of s. 15(1) in more detail. At this point, it is sufficient to note that the Court in *Andrews* held that the fact that a distinction is drawn on the basis of a ground expressly enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto, although generally sufficient to establish discrimination, does not automatically give rise to this conclusion. In some circumstances a distinction based upon an enumerated or analogous ground will not be discriminatory. As mentioned, McIntyre J. in *Andrews* gave an indication as to one such type of permissible distinction, namely a distinction which takes into account the actual differences in characteristics or circumstances between individuals in a manner which respects and values their dignity and difference.

Finally, regarding the role of the various grounds of discrimination expressly listed in s. 15(1), McIntyre J. stated, at p. 175, that they "reflect the most common and probably the most socially destructive and historically practised bases of discrimination", but noted that a s. 15(1) claim may also be brought on an analogous ground, in accordance with the provision's wording and with a proper interpretation of its remedial purpose. In her majority reasons elaborating on the specific issue of analogous grounds, Wilson J. explained, at p. 152, that a ground may qualify as analogous to those listed in s. 15(1) if persons characterized by the trait in question are, among other things, "lacking in political power", "vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated", and "vulnerab[le] to becoming a disadvantaged group" on the basis of the trait. Just as for the other two elements of the

canadiennes, dont les codes des droits de la personne: «L'expression "indépendamment de toute discrimination" [. . .] est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage» (pp. 180 et 181).

28 Les commentaires du juge McIntyre sur l'objet du par. 15(1) en tant que disposition visant à remédier aux préjugés et aux désavantages seront repris plus loin, lorsque j'analyserai plus en détail l'objet de ce paragraphe. Pour l'instant, il suffit de mentionner que, dans *Andrews*, notre Cour a conclu que le fait qu'une distinction soit fondée sur un motif expressément énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue, bien qu'il soit suffisant de façon générale pour établir la discrimination, n'entraîne pas automatiquement cette conclusion. Dans certaines circonstances, une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne sera pas discriminatoire. Comme je l'ai mentionné, dans *Andrews*, le juge McIntyre a indiqué un genre de distinction permise, soit une distinction qui tient compte des différences réelles dans les caractéristiques ou la situation de certaines personnes d'une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence.

29 Enfin, au sujet du rôle des divers motifs de discrimination expressément énumérés au par. 15(1), le juge McIntyre a déclaré, à la p. 175, qu'ils «traduisent [. . .] les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement», mais a fait remarquer qu'une allégation fondée sur ce paragraphe peut aussi être fondée sur un motif analogue, conformément à la formulation de la disposition et à l'interprétation appropriée de son objet réparateur. S'exprimant au nom de la majorité et approfondissant la question particulière des motifs analogues, le juge Wilson a expliqué, à la p. 152, qu'un motif peut être qualifié d'analogue à ceux qui sont énumérés au par. 15(1) si les personnes caractérisées par la particularité en question sont, notamment, «dépourvu[es] de pouvoir politique», «susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également

s. 15(1) analysis outlined by McIntyre J., Wilson J. emphasized at p. 152 that the determination of whether a ground qualifies as analogous under s. 15(1) is to be undertaken in a contextual manner:

> . . . this is a determination which is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society. While legislatures must inevitably draw distinctions among the governed, such distinctions should not bring about or reinforce the disadvantage of certain groups and individuals by denying them the rights freely accorded to others.

30 In summary, then, the *Andrews* decision established that there are three key elements to a discrimination claim under s. 15(1) of the *Charter*: differential treatment, an enumerated or analogous ground, and discrimination in a substantive sense involving factors such as prejudice, stereotyping, and disadvantage. Of fundamental importance, as stressed repeatedly by all of the judges who wrote, the determination of whether each of these elements exists in a particular case is always to be undertaken in a purposive manner, taking into account the full social, political, and legal context of the claim.

(2) Post-*Andrews* Jurisprudence

31 The general approach adopted in *Andrews* was regularly applied in subsequent decisions of the Court: see, e.g., *Turpin*, *supra*; *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906; *McKinney*, *supra*; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Swain*, *supra*; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R.

violé» et qu'elles courent «[l]e risque [de devenir] un groupe défavorisé» en raison de cette particularité. De la même façon qu'en ce qui a trait aux deux autres éléments de l'analyse relative au par. 15(1) exposée par le juge McIntyre, le juge Wilson a insisté, à la p. 152, sur le fait que, pour déterminer si un motif peut être qualifié d'analogue au sens du par. 15(1), il faut tenir compte du contexte:

> . . . il s'agit là d'une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Bien que les législatures doivent inévitablement établir des distinctions entre les gouvernés, ces distinctions ne devraient pas causer des désavantages à certains groupes ou individus, ni renforcer les désavantages dont ils sont victimes, en les privant des droits consentis librement aux autres.

Bref, l'arrêt *Andrews* a donc établi qu'une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* comporte trois éléments clés: une différence de traitement, un motif énuméré ou un motif analogue et la présence de discrimination réelle, comprenant des facteurs comme les préjugés, les stéréotypes et les désavantages. Comme l'ont souligné à maintes reprises les juges qui se sont prononcés, pour déterminer si chacun de ces éléments se retrouve dans une affaire donnée, il est d'une importance capitale de toujours tenir compte de l'ensemble des contextes social, politique et juridique dans lesquels l'allégation est formulée.

(2) La jurisprudence subséquente à l'arrêt *Andrews*

La démarche générale adoptée dans *Andrews* a été appliquée régulièrement dans des arrêts subséquents de la Cour: voir p. ex., *R. c. Turpin*, précité; *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906; *McKinney*, précité; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Swain*, précité; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eaton c. Conseil scolaire du*

241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

In *Egan*, *supra*, at paras. 130-31, Cory J., for himself and Iacobucci J., summarized the approach set out in *Andrews*, *supra*, as a two-step analysis with two components to the second step, in the following terms:

> In *Andrews*, *supra*, and *Turpin*, *supra*, a two-step analysis was formulated to determine whether a s. 15(1) right to equality had been violated. The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.
>
> Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

In *Miron*, *supra*, McLachlin J. (Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. concurring) outlined a similar s. 15(1) framework as follows, at para. 128:

> The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of "equal protection" or "equal benefit" of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. If the

comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Dans *Egan*, précité, aux par. 130 et 131, le juge Cory, en son nom et en celui du juge Iacobucci, a résumé la procédure établie dans *Andrews*, précité, en une analyse en deux étapes, dont la seconde comportait deux parties, dans les termes suivants: 32

> Dans les arrêts *Andrews* et *Turpin*, précités, on a formulé une analyse en deux étapes permettant d'établir si le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) avait été violé. La première consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.
>
> Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

Dans *Miron*, précité, le juge McLachlin (avec l'appui des juges Sopinka, Cory et Iacobucci) a exposé, au par. 128, un cadre similaire fondé sur le par. 15(1): 33

> L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est

claimant meets the onus under this analysis, violation of s. 15(1) is established.

34 As was noted by Iacobucci J. for the full Court in *Benner*, *supra*, at para. 62, the approaches adopted by Cory J. in *Egan* and by McLachlin J. in *Miron* are "essentially alike". Although Cory J. did not, in the passage just quoted from the *Egan* decision, specifically advert to the role of factors such as stereotyping, prejudice, and historical disadvantage in the second step of the discrimination analysis, the remainder of his analysis in that case clearly reveals the fundamental importance of such factors, in accordance with the framework established in *Andrews*.

35 Each of the elements of the approach to s. 15(1) articulated by the Court in *Andrews* and confirmed in later cases has developed and been enriched by the subsequent jurisprudence.

36 In *Eaton*, *supra*, at paras. 66-67, Sopinka J. for the full Court elaborated upon the point made by McIntyre J. in *Andrews* that, although in many cases a claimant will be able to establish substantively differential treatment by pointing to a formal distinction drawn by the impugned legislation, there are other ways to establish differential treatment. In particular, Sopinka J. noted that an approach which requires proof of an express legislative distinction is not necessarily applicable where a claim of "adverse effects" discrimination is made. In such cases, it is the legislation's failure to take into account the true characteristics of a disadvantaged person or group within Canadian society (i.e., by treating all persons in a formally identical manner), and not the express drawing of a distinction, which triggers s. 15(1). Sopinka J.'s statements to this effect in *Eaton* were echoed in the subsequent cases of *Eldridge*, *supra*, at

fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Si le demandeur s'acquitte de ce fardeau, la violation du par. 15(1) est établie.

Comme l'a fait observer le juge Iacobucci au nom de la Cour en formation plénière dans *Benner*, précité, au par. 62, les démarches adoptées par les juge Cory dans *Egan* et McLachlin dans *Miron* sont «essentiellement identiques». Bien que, dans l'extrait susmentionné de l'arrêt *Egan*, le juge Cory n'ait pas abordé nommément le rôle de facteurs comme les stéréotypes, les préjugés et le désavantage historique dans le cadre de la seconde étape de l'analyse relative à la discrimination, le reste de son analyse dans cette affaire fait clairement ressortir l'importance de tels facteurs, conformément au cadre établi dans l'arrêt *Andrews*.

Chacun des éléments de la démarche relative au par. 15(1) qui ont été élaborés par notre Cour dans *Andrews* et qui ont été confirmés à l'occasion d'affaires ultérieures ont évolué et ont été nourris par la jurisprudence subséquente.

Dans *Eaton*, précité, aux par. 66 et 67, le juge Sopinka, au nom de la Cour en formation plénière, a approfondi le raisonnement suivi par le juge McIntyre dans *Andrews*, selon lequel bien qu'un demandeur puisse dans bien des cas établir l'existence d'une différence de traitement réelle en dénonçant une distinction formelle faite par les dispositions législatives contestées, il existe d'autres moyens d'établir une différence de traitement. Le juge Sopinka a souligné en particulier qu'une démarche qui exige la preuve d'une distinction législative expresse n'est pas nécessairement applicable lorsqu'une allégation de discrimination découlant d'«effets préjudiciables» est portée. Dans de tels cas, c'est l'omission des dispositions de tenir compte des véritables caractéristiques d'une personne ou d'un groupe défavorisés au sein de la société canadienne (p. ex., en accordant un traitement formellement identique à tous), et non l'établissement exprès d'une distinction, qui déclenche l'application du par. 15(1). Les propos tenus par le juge Sopinka à cet égard dans *Eaton* ont été repris subséquemment dans les arrêts

paras. 60-80, and *Vriend*, *supra*, at para. 72, *per* Cory and Iacobucci JJ.

In a similar vein, relating to the issue of enumerated and analogous grounds, the Court has had the opportunity to develop the principles relating to the *indicia* of an analogous ground in such cases as *Turpin*, *supra*, *Miron*, *supra*, and *Egan*, *supra*, among several others. Notably, in *Symes*, *supra*, this Court recognized that, although *Andrews* spoke of differential treatment being based upon one enumerated or analogous ground, it is open to a s. 15(1) claimant to articulate a discrimination claim on the basis of more than one ground. As is discussed in more detail below, the claimant may place the evidentiary focus of the claim upon a person or subgroup identified by several grounds: see *Symes*, *supra*, at paras. 138 *et seq.*, *per* Iacobucci J.

In the same way, the jurisprudence of the Court has affirmed and clarified McIntyre J.'s emphasis in *Andrews* upon the necessity of establishing discrimination in a substantive or purposive sense, beyond mere proof of a distinction on enumerated or analogous grounds: see *Hess*, *supra*, at pp. 927-28; *per* Wilson J.; *McKinney*, *supra*, at pp. 392-93, *per* Wilson J.; *Swain*, *supra*, at p. 992, *per* Lamer C.J.; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at pp. 1043-44, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Benner*, *supra*, at para. 69; *Eaton*, *supra*, at para. 66. In *Miron*, *supra*, at para. 132, McLachlin J. confirmed that "distinctions made on enumerated or analogous grounds may prove to be, upon examination, non-discriminatory". She explained that a distinction "may be found not to engage the purpose of the *Charter* guarantee", or it may "not have the effect of imposing a real disadvantage in the social and political context of the claim".

In my view, the proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter* involves a synthesis of these various articula-

Eldridge, précité, aux par. 60 à 80, et *Vriend*, précité, au par. 72, les juges Cory et Iacobucci.

37 Dans la même optique, en ce qui a trait à la question des motifs énumérés et des motifs analogues, notre Cour a eu l'occasion d'approfondir les principes relatifs aux indices d'un motif analogue dans plusieurs arrêts, notamment dans *Turpin*, *Miron*, et *Egan*, précités. Plus particulièrement, dans *Symes*, précité, notre Cour a reconnu que, malgré le fait qu'il était question d'une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue dans l'arrêt *Andrews*, un demandeur aux fins du par. 15(1) pouvait fonder son allégation de discrimination sur plus d'un motif. Comme il en est question plus en détail plus loin, le demandeur peut axer sa preuve sur la personne ou sur le sous-groupe visés par les différents motifs: voir *Symes*, précité, au par. 138 et suiv., le juge Iacobucci.

38 De la même façon, la jurisprudence de notre Cour a confirmé et clarifié l'importance que le juge McIntyre avait accordée, dans *Andrews*, à la nécessité de démontrer l'existence de discrimination réelle ou en fonction de l'objet visé, en présentant une preuve qui va au-delà de la simple preuve de distinction fondée sur des motifs énumérés ou des motifs analogues: voir *Hess*, précité, aux pp. 927 et 928, le juge Wilson; *McKinney*, précité, aux pp. 392 et 393, le juge Wilson; *Swain*, précité, à la p. 992, le juge en chef Lamer; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, aux pp. 1043 et 1044, le juge L'Heureux-Dubé; *Benner*, précité, au par. 69; *Eaton*, précité, au par. 66. Dans *Miron*, précité, au par. 132, le juge McLachlin a confirmé que «des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou des motifs analogues peuvent, à l'examen, se révéler discriminatoires». Elle a expliqué que l'«on peut juger que la distinction n'a pas de rapport avec l'objet de la garantie de la *Charte*» ou qu'elle «n'a pas pour effet d'imposer un désavantage réel dans le contexte social et politique de la demande».

39 À mon avis, pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il convient de faire une synthèse de ces différentes

tions. Following upon the analysis in *Andrews*, *supra*, and the two-step framework set out in *Egan*, *supra*, and *Miron*, *supra*, among other cases, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

démarches. Appliquant l'analyse énoncée dans *Andrews*, précité, et l'analyse en deux étapes décrite notamment dans *Egan* et *Miron*, précités, le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

B. *The Purpose of s. 15(1)*

B. *L'objet du paragraphe 15(1)*

40 As was emphasized in early *Charter* decisions such as *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and reiterated by McIntyre J. in *Andrews*, *supra*, the proper approach to the definition of rights guaranteed by the *Charter* is a purposive one. The purpose of s. 15(1) is to be sought, in the words of Dickson J. (as he then was) in *Big M*, *supra*, at p. 344, "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 . . . to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*".

Comme il a été souligné dans les premiers arrêts portant sur la *Charte*, dont *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et comme l'a réaffirmé le juge McIntyre dans *Andrews*, précité, la façon appropriée d'aborder la définition des droits garantis par la *Charte* est de le faire en fonction de l'objet visé. Pour reprendre les termes du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Big M*, précité, à la p. 344, l'objet du par. 15(1) 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, [. . .] en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*».

Since the beginning of its s. 15(1) jurisprudence, this Court has recognized that the existence of a conflict between an impugned law and the purpose of s. 15(1) is essential in order to found a discrimination claim. This principle holds true with respect to each element of a discrimination claim. The determination of whether legislation fails to take into account existing disadvantage, or whether a claimant falls within one or more of the enumerated and analogous grounds, or whether differential treatment may be said to constitute discrimination within the meaning of s. 15(1), must all be undertaken in a purposive and contextual manner.

Depuis ses tout premiers arrêts portant sur le par. 15(1), notre Cour a reconnu qu'il fallait absolument qu'il y ait conflit entre la loi contestée et l'objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination. Ce principe demeure vrai à l'égard de tous les éléments d'une allégation de discrimination. C'est en fonction de l'objet et du contexte qu'il faut déterminer si les dispositions législatives omettent de tenir compte d'un désavantage existant, si un demandeur peut se réclamer de l'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues, ou si on peut dire que la différence de traitement constitue de la discrimination au sens du par. 15(1). 41

What is the purpose of the s. 15(1) equality guarantee? There is great continuity in the jurisprudence of this Court on this issue. In *Andrews*, *supra*, all judges who wrote advanced largely the same view. McIntyre J. stated, at p. 171, that the purpose of s. 15 is to promote "a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration". The provision is a guarantee against the evil of oppression, he explained at pp. 180-81, designed to remedy the imposition of unfair limitations upon opportunities, particularly for those persons or groups who have been subject to historical disadvantage, prejudice, and stereotyping.

Quel est l'objet de la garantie d'égalité du par. 15(1)? La jurisprudence de notre Cour est d'une grande constance sur cette question. Dans *Andrews*, précité, tous les juges qui ont rédigé des motifs ont dans une large mesure émis la même opinion. À la p. 171, le juge McIntyre a dit que l'objet de l'art. 15 était de favoriser «l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération». Il a expliqué, aux pp. 180 et 181, que cette disposition était une garantie contre le fléau de l'oppression et qu'elle était conçue pour remédier à la restriction inéquitable des possibilités, particulièrement en ce qui concerne les personnes et les groupes qui ont fait l'objet, au cours de l'histoire, de désavantages, de préjugés et de stéréotypes. 42

Similarly, La Forest J., concurring with respect to the proper approach to s. 15(1), stated that the equality guarantee was designed to prevent the imposition of differential treatment that was likely to "inhibit the sense of those who are discriminated against that Canadian society is not free or democratic as far as they are concerned", and that was likely to decrease their "confidence that they can freely and without obstruction by the state pursue their and their families' hopes and expectations of vocational and personal development" (p. 197, quoting from *Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154 (Alta. Q.B.), at p. 161, *per* McDonald J.). As discussed above, Wilson J. focussed upon issues of

De la même manière, le juge La Forest, souscrivant aux motifs des juges majoritaires relativement à la façon appropriée d'aborder le par. 15(1), a dit que la garantie d'égalité visait à empêcher l'imposition d'une différence de traitement susceptible de [TRADUCTION] «laisser croire à ceux qui sont victimes de discrimination que la société canadienne n'est pas libre et démocratique» et de les pousser à ne pas [TRADUCTION] «croire qu'[ils] peuvent librement et sans entrave de la part de l'État poursuivre la réalisation de leurs aspirations et attentes, ainsi que de celles de leur famille, en matière de carrière et d'épanouissement personnel» (p. 197, tiré de *Kask c. Shimizu*, [1986] 4 43

powerlessness and vulnerability within Canadian society, and emphasized the importance of examining the surrounding social, political, and legal context in order to determine whether discrimination exists within the meaning of s. 15(1).

44 The principles expressed in *Andrews* were echoed in subsequent cases, dealing with all three primary elements of the discrimination analysis. For example, Wilson J., writing for a unanimous Court in *Turpin*, *supra*, engaged in a purposive analysis of s. 15(1) in order to determine whether it was appropriate to consider "province of residence" (p. 1333) as an analogous ground of discrimination in the circumstances of the particular case. The appellants in that case, both charged with murder in Ontario, argued that they were denied their right to equal treatment because, unlike persons accused of murder in Alberta, they were denied the right to elect to be tried by a judge alone, without a jury. Wilson J. stated that some of the central *indicia* of discrimination within the meaning of s. 15(1) were stereotyping, historical disadvantage, and vulnerability to political and social prejudice. Finding that no such *indicia* were present, Wilson J. dismissed the appeal, stating, at p. 1333: "Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society."

45 A similar purposive approach was applied by La Forest J., writing for a unanimous Court in *Weatherall*, *supra*, dealing with the question of whether a formal distinction in treatment on an enumerated ground could be said to qualify as discrimination within the meaning of the *Charter*.

W.W.R. 154 (B.R. Alb.), à la p. 161, le juge McDonald). Comme il en a été question précédemment, le juge Wilson s'est attachée aux questions de l'impuissance et de la vulnérabilité à l'intérieur de la société canadienne, et elle a insisté sur l'importance d'analyser les contextes social, politique et juridique environnants pour déterminer s'il y a discrimination au sens du par. 15(1).

Les principes énoncés dans *Andrews* ont été repris dans les arrêts subséquents qui portaient sur les trois éléments majeurs de l'analyse relative à la discrimination. Par exemple, le juge Wilson, s'exprimant au nom de notre Cour à l'unanimité dans *Turpin*, précité, a analysé le par. 15(1) en fonction de son objet afin de déterminer s'il convenait de considérer la «province de résidence» (p. 1333) comme un motif analogue de discrimination dans les circonstances de cette affaire. Dans cette affaire, les appelants, accusés de meurtre en Ontario, ont fait valoir que leur droit de bénéficier d'un traitement égal n'était pas respecté parce que, contrairement aux personnes accusées de meurtre en Alberta, ils n'avaient pas le droit de choisir d'être jugés par un juge seul, sans jury. Le juge Wilson a déclaré que certains des principaux indices de discrimination au sens du par. 15(1) étaient les stéréotypes, le désavantage historique et la vulnérabilité aux préjugés politiques et sociaux. Concluant à l'absence de tels indices, le juge Wilson a rejeté le pourvoi en disant, à la p. 1333: «Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination.»

Le juge La Forest, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a adopté une démarche similaire fondée sur l'objet dans l'arrêt *Weatherall*, précité, qui portait sur la question de savoir si on pouvait qualifier de discriminatoire au sens de la *Charte* une distinction formelle dans le traitement

The appellant, a male inmate at a federal penitentiary, challenged the practices of frisk searching and patrolling of cell ranges by female guards as, *inter alia*, a violation of his right to equal treatment on the basis of sex under s. 15(1) of the *Charter*. In suggesting that these practices did not violate s. 15(1), La Forest J. explained, at pp. 877-78, that an examination of the larger historical, biological, and sociological context made clear that the practices in question had a different, more threatening impact on women, such that it was not discriminatory in a substantive or purposive sense to treat men and women differently in this regard.

Similarly, in *Eaton*, *supra*, Sopinka J. applied a purposive approach to the determination of whether the state's failure to take into account the underlying difference of the disabled qualified as differential treatment or inequality within the meaning of s. 15(1). Sopinka J. stated, at para. 66, that in light of the underlying context surrounding disabled persons in Canadian society, avoidance of discrimination on the ground of disability would frequently require formal distinctions in treatment to be made in order to effect substantive equality. He explained that "[t]his emphasizes that the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society as has been the case with disabled persons".

The purpose of s. 15(1) has been variously expressed by the members of this Court. In *McKinney*, *supra*, Wilson J., writing in dissent, described the purpose of the section as both protection "against the evil of discrimination by the state whatever form it takes" (p. 385) and the "promotion of human dignity" (p. 391). In *Swain*, *supra*, Lamer C.J. stated, at p. 992, that the overall purfondée sur un motif énuméré. L'appelant, un détenu du sexe masculin dans un pénitencier fédéral, contestait les pratiques consistant en des fouilles par palpation et des rondes de surveillance des rangées de cellules effectuées par des gardiens du sexe féminin en alléguant qu'elles portaient atteinte, entre autres, à son droit à l'égalité sur le fondement de son sexe au sens du par. 15(1) de la *Charte*. En émettant l'opinion que ces pratiques n'étaient pas contraires au par. 15(1), le juge La Forest a expliqué, aux pp. 877 et 878, que l'analyse plus globale des contextes historique, biologique et sociologique faisait clairement ressortir que les pratiques en question avaient un effet différent et plus menaçant pour les femmes, de sorte qu'il n'était pas discriminatoire au sens réel ou selon l'objet visé de traiter différemment les hommes et les femmes à cet égard.

46 De même, dans *Eaton*, précité, le juge Sopinka s'est fondé sur l'objet pour déterminer si l'omission de l'État de tenir compte de la différence sous-jacente des personnes handicapées constituait une différence de traitement ou une inégalité au sens du par. 15(1). Au paragraphe 66, il a dit que, à la lumière du contexte sous-jacent dans lequel vivent les personnes handicapées dans la société canadienne, il faudra souvent établir des distinctions formelles dans le traitement pour éviter la discrimination fondée sur une déficience et pour atteindre l'égalité réelle. Il a expliqué que «[c]ela fait ressortir que le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire comme ce fut le cas pour les personnes handicapées».

47 L'objet du par. 15(1) a été énoncé de diverses façons par les membres de notre Cour. Dans *McKinney*, précité, le juge Wilson, dissidente, mentionne que cette disposition a pour objet à la fois d'assurer une protection «contre le fléau de la discrimination pratiquée par l'État, peu importe la forme qu'elle revêt» (p. 385) et de «promouvoir la dignité humaine» (p. 391). Dans *Swain*, précité, le

pose of the section is "to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society". In *Tétreault-Gadoury*, *supra*, at pp. 40-41, La Forest J. referred to the stigmatizing effect of discriminatory treatment, and to the role of s. 15(1) in preventing the imposition of such stigma and the perpetuation of negative stereotypes and vulnerability.

juge en chef Lamer affirme, à la p. 992, que l'article a pour objectif général de «corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne». Dans *Tétreault-Gadoury*, précité, aux pp. 40 et 41, le juge La Forest a mentionné l'effet stigmatisant du traitement discriminatoire ainsi que le rôle que joue le par. 15(1) lorsqu'il s'agit d'empêcher l'imposition d'un tel stigmate et la perpétuation des stéréotypes négatifs et de la vulnérabilité.

48 Similar observations were made in *Miron*, *supra*, by McLachlin J. and in *Egan*, *supra*, by L'Heureux-Dubé J. and Cory J., all of whom found that the fundamental purpose of s. 15(1) is the protection of human dignity. Cory J. stated in *Egan*, *supra*, at para. 128, that the equality guarantee "recognizes and cherishes the innate human dignity of every individual". As he explained, at para. 179, "the existence of discrimination is determined by assessing the prejudicial effect of the distinction against s. 15(1)'s fundamental purpose of preventing the infringement of essential human dignity". Similarly, in *Miron*, *supra*, at para. 131, McLachlin J. stated the overarching purpose of s. 15(1) as being "to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of merit, capacity, or circumstance".

Des observations similaires ont été faites par le juge McLachlin dans *Miron*, précité, et par les juges L'Heureux-Dubé et Cory dans *Egan*, précité, lesquels ont tous conclu que la préservation de la dignité humaine constituait l'objectif fondamental du par. 15(1). Dans *Egan*, précité, au par. 128, le juge Cory a dit que la garantie d'égalité «reconnaît et défend la dignité humaine innée de chacun». Comme il l'a expliqué au par. 179, «[l]'existence d'une discrimination est [. . .] établie par l'appréciation de l'effet préjudiciable de la distinction par rapport à l'objectif fondamental du par. 15(1), qui est d'empêcher toute atteinte à la dignité humaine essentielle». De même, dans *Miron*, précité, au par. 131, le juge McLachlin a affirmé que l'objectif général du par. 15(1) était d'«empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou capacités d'une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres».

49 In *Egan*, *supra*, at para. 39, L'Heureux-Dubé J. stated in a similar vein:

> . . . at the heart of s. 15 is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as equal human beings, equally capable, and equally deserving. A person or group of persons has been discriminated against within the meaning of s. 15 of the *Charter* when members of that group have been made to feel, by virtue of the impugned legislative distinction, that they are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of

Dans *Egan*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a dit dans la même veine, au par. 39:

> . . . au cœur de l'art. 15 se situe la promotion d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît en tant qu'êtres humains égaux, tous aussi capables et méritants les uns que les autres. Une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* si, du fait de la distinction législative contestée, les membres de ce groupe ont l'impression d'être moins capables ou de moins mériter d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou

Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration.

Most recently, in *Vriend*, *supra*, at para. 67, Cory and Iacobucci JJ. stated the purpose of s. 15(1) as being to take "a further step in the recognition of the fundamental importance and the innate dignity of the individual", and in the recognition of "the intrinsic worthiness and importance of every individual . . . regardless of the age, sex, colour, origins, or other characteristics of the person".

All of these statements share several key elements. It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration. Legislation which effects differential treatment between individuals or groups will violate this fundamental purpose where those who are subject to differential treatment fall within one or more enumerated or analogous grounds, and where the differential treatment reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. Alternatively, differential treatment will not likely constitute discrimination within the purpose of s. 15(1) where it does not violate the human dignity or freedom of a person or group in this way, and in particular where the differential treatment also assists in ameliorating the position of the disadvantaged within Canadian society.

As noted above, one of the difficulties in defining the concepts of "equality" and "discrimination" is the abstract nature of the words and the

en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération.

Très récemment, dans *Vriend*, précité, au par. 67, les juges Cory et Iacobucci ont dit que le par. 15(1) avait pour objet de franchir «une autre étape dans la reconnaissance de l'importance fondamentale et de la dignité inhérente de chacun» et que devaient être reconnues «la valeur et l'importance intrinsèques de chaque individu [. . .] sans égard à l'âge, au sexe, à la couleur, aux origines ou à d'autres caractéristiques de la personne». 50

Tous ces énoncés ont plusieurs éléments clés en commun. On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. Subsidiairement, une différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité humaine ou la liberté d'une personne ou d'un groupe de cette façon, surtout si la différence de traitement contribue à l'amélioration de la situation des défavorisés au sein de la société canadienne. 51

Comme il a été mentionné précédemment, il est difficile de définir les concepts d'«égalité» et de «discrimination» en raison notamment de la nature 52

similarly abstract nature of words used to explain them. No single word or phrase can fully describe the content and purpose of s. 15(1). However, in the articulation of the purpose of s. 15(1) just provided on the basis of past cases, a focus is quite properly placed upon the goal of assuring human dignity by the remedying of discriminatory treatment.

53 What is human dignity? There can be different conceptions of what human dignity means. For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

54 The equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter* must be understood and applied in light of the

abstraite de ces termes et de la nature également abstraite des termes utilisés pour les expliquer. Aucun mot et aucune expression ne peuvent décrire avec une précision absolue le contenu et l'objet du par. 15(1). Toutefois, dans la formulation de l'objet du par. 15(1) qui ressort des arrêts antérieurs, l'accent est mis, à juste titre, sur le but de préserver la dignité humaine au moyen de l'élimination du traitement discriminatoire.

En quoi consiste la dignité humaine? Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

La garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte* doit être comprise et appliquée à la lumière

above understanding of its purpose. The overriding concern with protecting and promoting human dignity in the sense just described infuses all elements of the discrimination analysis.

In order to determine whether the fundamental purpose of s. 15(1) is brought into play in a particular claim, it is essential to engage in a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant. I now propose to comment briefly on the nature of the comparative approach, and then to examine some of the contextual factors that a court should consider in determining whether s. 15(1) has been infringed. Each factor may be more or less relevant depending upon the circumstances of the case.

C. *The Comparative Approach*

As discussed above, McIntyre J. emphasized in *Andrews*, *supra*, that the equality guarantee is a comparative concept. Ultimately, a court must identify differential treatment as compared to one or more other persons or groups. Locating the appropriate comparator is necessary in identifying differential treatment and the grounds of the distinction. Identifying the appropriate comparator will be relevant when considering many of the contextual factors in the discrimination analysis.

To locate the appropriate comparator, we must consider a variety of factors, including the subject-matter of the legislation. The object of a s. 15(1) analysis is not to determine equality in the abstract; it is to determine whether the impugned legislation creates differential treatment between the claimant and others on the basis of enumerated or analogous grounds, which results in discrimination. Both the purpose and the effect of the legislation must be considered in determining the appropriate comparison group or groups. Other contextual factors may also be relevant. The biological, historical, and sociological similarities or dissimilarities may be relevant in establishing the relevant comparator in particular, and whether the legislation effects discrimination in a substantive

de l'interprétation susmentionnée de son objet. Tous les éléments de l'analyse relative à la discrimination sont imprégnés de la volonté supérieure de préserver et de promouvoir la dignité humaine, au sens susmentionné.

55 Pour déterminer si l'objet fondamental du par. 15(1) intervient dans le cadre d'une allégation donnée, il est essentiel d'effectuer une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l'allégation et le demandeur. Je voudrais maintenant commenter brièvement la nature de la méthode comparative et examiner ensuite certains des facteurs contextuels dont un tribunal doit tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du par. 15(1). La pertinence de chaque facteur peut varier selon les circonstances de l'affaire.

C. *La méthode comparative*

56 Comme je l'ai mentionné plus haut, le juge McIntyre a souligné dans *Andrews*, précité, que la garantie d'égalité est un concept relatif. En dernière analyse, le tribunal doit établir la différence de traitement par comparaison avec une ou plusieurs autres personnes ou groupes. Il est nécessaire de trouver l'élément de comparaison approprié pour cerner la différence de traitement et les motifs de la distinction. Il y aura lieu de trouver l'élément de comparaison approprié au moment de l'examen des nombreux facteurs contextuels dans l'analyse de la discrimination.

57 Pour déterminer quel est l'élément de comparaison approprié, toute une gamme de facteurs doit être prise en compte, notamment, l'objet des dispositions législatives. Une analyse relative au par. 15(1) n'a pas pour objet de juger de l'égalité dans l'abstrait. Son objet est plutôt de déterminer si les dispositions législatives contestées créent entre le demandeur et les autres, sur le fondement des motifs énumérés ou de motifs analogues, une différence de traitement qui entraîne de la discrimination. Il faut examiner à la fois l'objet et l'effet des dispositions pour faire ressortir le groupe ou les groupes de comparaison appropriés. D'autres facteurs contextuels peuvent également être pertinents. Les ressemblances ou dissemblances biologiques, historiques et sociologiques peuvent être

sense more generally: see *Weatherall*, *supra*, at pp. 877-78.

58 When identifying the relevant comparator, the natural starting point is to consider the claimant's view. It is the claimant who generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry, thus setting the parameters of the alleged differential treatment that he or she wishes to challenge. However, the claimant's characterization of the comparison may not always be sufficient. It may be that the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups. Clearly a court cannot, *ex proprio motu*, evaluate a ground of discrimination not pleaded by the parties and in relation to which no evidence has been adduced: see *Symes*, *supra*, at p. 762. However, within the scope of the ground or grounds pleaded, I would not close the door on the power of a court to refine the comparison presented by the claimant where warranted.

D. *Establishing Discrimination in a Purposive Sense: Contextual Factors*

(1) The Appropriate Perspective

59 The determination of the appropriate comparator, and the evaluation of the contextual factors which determine whether legislation has the effect of demeaning a claimant's dignity must be conducted from the perspective of the claimant. As applied in practice in several of this Court's equality decisions, and as neatly discussed by L'Heureux-Dubé J. in *Egan*, *supra*, at para. 56, the focus of the discrimination inquiry is both subjective and objective: subjective in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances; and objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by consid-

pertinentes en particulier pour cerner l'élément de comparaison approprié et, de façon plus générale, pour déterminer si les dispositions créent réellement de la discrimination: voir *Weatherall*, précité, aux pp. 877 et 878.

Le point de départ naturel lorsqu'il s'agit d'établir l'élément de comparaison pertinent consiste à tenir compte du point de vue du demandeur. C'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu'il allègue et qu'il souhaite contester. Cependant, il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes. Le tribunal ne peut manifestement pas, de son propre chef, évaluer un motif de discrimination que n'ont pas invoqué les parties et à l'égard duquel aucune preuve n'a été produite: voir *Symes*, précité, à la p. 762. Cependant, dans le cadre du ou des motifs invoqués, je n'exclurais pas le pouvoir du tribunal d'approfondir la comparaison soumise par le demandeur lorsque le tribunal estime justifié de le faire.

D. *Établir la discrimination en fonction de l'objet: les facteurs contextuels*

(1) La perspective appropriée

La détermination de l'élément de comparaison approprié et l'évaluation des facteurs contextuels qui établissent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité d'un demandeur doivent s'effectuer dans la perspective de ce dernier. Comme cela a été appliqué en pratique à l'occasion de plusieurs arrêts de notre Cour en matière d'égalité et comme il en a clairement été question dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé, au par. 56 de l'arrêt *Egan*, précité, le point central de l'analyse relative à la discrimination est à la fois subjectif et objectif: subjectif dans la mesure où le droit à l'égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des caractéristiques et une situation

ering the larger context of the legislation in question, and society's past and present treatment of the claimant and of other persons or groups with similar characteristics or circumstances. The objective component means that it is not sufficient, in order to ground a s. 15(1) claim, for a claimant simply to assert, without more, that his or her dignity has been adversely affected by a law.

propres; et objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question et le traitement passé et actuel accordé par la société au demandeur et aux autres personnes ou groupes partageant des caractéristiques ou une situation semblables. La partie objective signifie que, pour fonder une allégation formulée en vertu du par. 15(1), le demandeur ne peut se contenter de prétendre que sa dignité a souffert en raison d'une loi sans étayer davantage cette prétention.

As stated by L'Heureux-Dubé J. in *Egan, supra*, at para. 56, the relevant point of view is that of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant. Although I stress that the inquiry into whether legislation demeans the claimant's dignity must be undertaken from the perspective of the claimant and from no other perspective, a court must be satisfied that the claimant's assertion that differential treatment imposed by legislation demeans his or her dignity is supported by an objective assessment of the situation. All of that individual's or that group's traits, history, and circumstances must be considered in evaluating whether a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.

60 Comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, précité, au par. 56, le point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur. Bien que j'insiste sur la nécessité de se placer dans la perspective du demandeur, et uniquement dans cette perspective, pour déterminer si la mesure législative sape sa dignité, j'estime que le tribunal doit être convaincu que l'allégation du demandeur, quant à l'effet dégradant que la différence de traitement imposée par la mesure a sur sa dignité, est étayée par une appréciation objective de la situation. C'est l'ensemble des traits, de l'histoire et de la situation de cette personne ou de ce groupe qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

I should like to emphasize that I in no way endorse or contemplate an application of the above perspective which would have the effect of subverting the purpose of s. 15(1). I am aware of the controversy that exists regarding the biases implicit in some applications of the "reasonable person" standard. It is essential to stress that the appropriate perspective is not solely that of a "reasonable person" — a perspective which could, through misapplication, serve as a vehicle for the imposition of community prejudices. The appropriate perspective is subjective-objective. Equality

61 Je me dois d'insister sur le fait que je n'appuie ni n'envisage, de quelque façon que ce soit, une application de la perspective susmentionnée d'une manière qui aurait pour effet de détourner l'objet du par. 15(1). Je suis conscient de la controverse qui existe au sujet du parti pris inhérent à certaines applications de la norme de la «personne raisonnable». Il est primordial de souligner que la perspective appropriée n'est pas seulement celle de la «personne raisonnable» — une perspective qui, mal appliquée, pourrait servir à véhiculer les préjugés de la collectivité. La perspective appropriée

analysis under the *Charter* is concerned with the perspective of a person in circumstances similar to those of the claimant, who is informed of and rationally takes into account the various contextual factors which determine whether an impugned law infringes human dignity, as that concept is understood for the purpose of s. 15(1).

(2) Contextual Factors

62 There is a variety of factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation has the effect of demeaning his or her dignity, as dignity is understood for the purpose of the *Charter* equality guarantee. In these reasons I discuss four such factors in particular, although, as I discuss below, there are undoubtedly others, and not all four factors will necessarily be relevant in every case.

(a) *Pre-existing Disadvantage*

63 As has been consistently recognized throughout this Court's jurisprudence, probably the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed by legislation is truly discriminatory will be, where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice experienced by the individual or group: see, e.g., *Andrews*, *supra*, at pp. 151-53, *per* Wilson J., p. 183, *per* McIntyre J., pp. 195-97, *per* La Forest J.; *Turpin*, *supra*, at pp. 1331-33; *Swain*, *supra*, at p. 992, *per* Lamer C.J.; *Miron*, *supra*, at paras. 147-48, *per* McLachlin J.; *Eaton*, *supra*, at para. 66. These factors are relevant because, to the extent that the claimant is already subject to unfair circumstances or treatment in society by virtue of personal characteristics or circumstances, persons like him or her have often not been given equal concern, respect, and consideration. It is logical to conclude that, in most cases, further differential treatment will contribute to the perpetuation or promotion of their unfair social characterization,

est subjective-objective. L'analyse relative à l'égalité selon la *Charte* tient compte de la perspective d'une personne qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur, qui est informée et qui prend en considération de façon rationnelle les divers facteurs contextuels servant à déterminer si la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine, au sens où ce concept est interprété aux fins du par. 15(1).

(2) Les facteurs contextuels

Il existe une gamme de facteurs sur lesquels peut s'appuyer un demandeur pour démontrer que des dispositions législatives ont pour effet de saper sa dignité, au sens où ce terme est interprété aux fins de la garantie d'égalité de la *Charte*. Dans les présents motifs, j'analyse quatre facteurs en particulier, bien que, comme je le mentionne plus loin, il en existe évidemment d'autres, et que les quatre facteurs ne soient pas nécessairement tous pertinents dans chaque cas.

a) *Le désavantage préexistant*

Comme la jurisprudence de notre Cour l'a reconnu de façon constante, le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe: voir p. ex., *Andrews*, précité, aux pp. 151 à 153, le juge Wilson, à la p. 183, le juge McIntyre, aux pp. 195 à 197, le juge La Forest; *Turpin*, précité, aux pp. 1331 à 1333; *Swain*, précité, à la p. 992, le juge en chef Lamer; *Miron*, précité, aux par. 147 et 148, le juge McLachlin; *Eaton*, précité, au par. 66. Ces facteurs sont pertinents parce que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l'objet d'un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d'une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n'aient pas fait l'objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s'ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la

and will have a more severe impact upon them, since they are already vulnerable.

One consideration which the Court has frequently referred to with respect to the issue of pre-existing disadvantage is the role of stereotypes. A stereotype may be described as a misconception whereby a person or, more often, a group is unfairly portrayed as possessing undesirable traits, or traits which the group, or at least some of its members, do not possess. In my view, probably the most prevalent reason that a given legislative provision may be found to infringe s. 15(1) is that it reflects and reinforces existing inaccurate understandings of the merits, capabilities and worth of a particular person or group within Canadian society, resulting in further stigmatization of that person or the members of the group or otherwise in their unfair treatment. This view accords with the emphasis placed by this Court ever since *Andrews*, *supra*, upon the role of s. 15(1) in overcoming prejudicial stereotypes in society. However, proof of the existence of a stereotype in society regarding a particular person or group is not an indispensable element of a successful claim under s. 15(1). Such a restriction would unduly constrain discrimination analysis, when there is more than one way to demonstrate a violation of human dignity. I emphasize, then, that any demonstration by a claimant that a legislative provision or other state action has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society (whether or not it involves a demonstration that the provision or other state action corroborates or exacerbates an existing prejudicial stereotype), will suffice to establish an infringement of s. 15(1).

It should be stressed that, while it is helpful to demonstrate the existence of historic disadvantage, it is of course not necessary to show such disad-

perpétuation ou à l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste et aura sur elles un effet plus grave puisqu'elles sont déjà vulnérables.

64 L'une des considérations que la Cour a souvent évoquée eu égard à la question du désavantage préexistant est le rôle que jouent les stéréotypes. Un stéréotype peut se définir comme une conception erronée à partir de laquelle une personne ou, la plupart du temps un groupe, est injustement dépeint comme possédant des caractéristiques indésirables, ou des caractéristiques que le groupe, ou au moins certains de ses membres, ne possède pas. À mon avis, la raison probablement la plus courante de conclure qu'une disposition législative donnée viole le par. 15(1) est qu'elle traduit et renforce des idées reçues quant au mérite, aux capacités et à la valeur d'une personne ou d'un groupe particulier dans la société canadienne, aggravant la stigmatisation de la personne et des membres du groupe ou résultant en un traitement injuste à leur égard. Cette façon de voir est compatible avec l'importance que notre Cour accorde depuis l'arrêt *Andrews*, précité, au rôle du par. 15(1) dans la lutte contre les stéréotypes préjudiciables dans la société. Cependant, la preuve de l'existence d'un stéréotype dans la société au sujet d'une personne ou d'un groupe particulier n'est pas un élément indispensable pour qu'il puisse être fait droit à une demande présentée en vertu du par. 15(1). Une telle restriction limiterait indûment l'analyse relative à la discrimination, lorsqu'il existe plus d'une façon de démontrer l'existence d'une atteinte à la dignité humaine. Je souligne donc que, pour établir la violation du par. 15(1), il suffira qu'un demandeur démontre qu'une disposition législative ou une autre mesure étatique a pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne (qu'il y ait ou non démonstration que la disposition ou autre mesure étatique corrobore ou exacerbe un stéréotype préjudiciable existant).

65 Il faut souligner que, bien qu'il soit utile de démontrer l'existence d'un désavantage historique, il n'est évidemment pas nécessaire de le faire pour

vantage in order to establish a s. 15(1) violation, for at least two distinct reasons. On the one hand, this Court has stated several times that, although a distinction drawn on such a basis is an important *indicium* of discrimination, it is not determinative: see, e.g., *Hess*, *supra*, at pp. 943-44, *per* McLachlin J.; *Miron*, *supra*, at para. 15, *per* Gonthier J. and at para. 149, *per* McLachlin J.; *Egan*, *supra*, at paras. 59-61, per L'Heureux-Dubé J.; and *Eldridge*, *supra* , at para. 54. A member of any of the more advantaged groups in society is clearly entitled to bring a s. 15(1) claim which, in appropriate cases, will be successful.

66 On the other hand, it may be misleading or inappropriate in some cases to speak about "membership" within a group for the purpose of a s. 15(1) claim. The *Charter* guarantees equality rights to individuals. In this respect, it must be made clear that the s. 15(1) claimant is not required to establish membership in a sociologically recognized group in order to be successful. It will always be helpful to the claimant to be able to identify a pattern of discrimination against a class of persons with traits similar to the claimant, i.e., a group, of which the claimant may consider herself or himself a member. Nonetheless, an infringement of s. 15(1) may be established by other means, and may exist even if there is no one similar to the claimant who is experiencing the same unfair treatment.

67 At the same time, I also do not wish to suggest that the claimant's association with a group which has historically been more disadvantaged will be conclusive of a violation under s. 15(1), where differential treatment has been established. This may be the result, but whether or not it is the result will depend upon the circumstances of the case and, in particular, upon whether or not the distinction truly affects the dignity of the claimant. There is no principle or evidentiary presumption that differential treatment for historically disadvantaged persons is discriminatory.

établir une violation du par. 15(1), et ce, pour au moins deux motifs distincts. D'une part, notre Cour a affirmé à maintes reprises que, même si une distinction fondée sur un tel élément est un indice important de discrimination, elle n'est pas déterminante: voir p. ex., *Hess*, précité, aux pp. 943 et 944, le juge McLachlin; *Miron*, précité, au par. 15, le juge Gonthier, et au par. 149, le juge McLachlin; *Egan*, précité, aux par. 59 à 61, le juge L'Heureux-Dubé, et *Eldridge*, précité, au par. 54. Un membre de n'importe quel groupe social plus favorisé a clairement le droit de formuler une allégation fondée sur le par. 15(1) et, dans les cas appropriés, il aura gain de cause.

D'autre part, il peut être trompeur ou inapproprié, dans certains cas, de parler d'«appartenance» à un groupe aux fins d'une allégation fondée sur le par. 15(1). La *Charte* garantit les droits à l'égalité aux particuliers. À cet égard, il faut établir clairement que la personne qui invoque le par. 15(1) n'a pas à démontrer, pour avoir gain de cause, qu'elle fait partie d'un groupe reconnu sociologiquement. Il sera toujours utile pour un demandeur d'être en mesure de relever une pratique discriminatoire contre une catégorie de personnes possédant des caractéristiques semblables aux siennes, c.-à-d., un groupe auquel le demandeur peut considérer qu'il appartient. Néanmoins, la violation du par. 15(1) peut être démontrée à l'aide d'autres moyens et peut exister même si aucune autre personne possédant les mêmes caractéristiques que le demandeur ne subit le même traitement injuste.

Par ailleurs, je ne veux pas non plus donner à entendre que l'appartenance du demandeur à un groupe historiquement plus défavorisé permettra de conclure à l'existence d'une violation du par. 15(1), lorsqu'a été établie la preuve d'une différence de traitement. Il peut en être ainsi, mais la question de savoir si c'est le cas dépendra des circonstances de chaque affaire et, plus particulièrement, du fait que la distinction porte ou non véritablement atteinte à la dignité du demandeur. Il n'y a aucun principe ni aucune présomption de preuve qu'une différence de traitement à l'égard des personnes historiquement défavorisées soit discriminatoire.

Moreover, in line with my earlier comment, in referring to groups which, historically, have been more or less disadvantaged, I do not wish to imply the existence of a strict dichotomy of advantaged and disadvantaged groups, within which each claimant must be classified. I mean to identify simply the social reality that a member of a group which historically has been more disadvantaged in Canadian society is less likely to have difficulty in demonstrating discrimination. Since *Andrews*, it has been recognized in the jurisprudence of this Court that an important, though not exclusive, purpose of s. 15(1) is the protection of individuals and groups who are vulnerable, disadvantaged, or members of "discrete and insular minorities". The effects of a law as they relate to this purpose should always be a central consideration in the contextual s. 15(1) analysis.

68 De plus, conformément à mes observations précédentes, en me référant aux groupes qui, historiquement, ont été plus ou moins défavorisés, je ne veux pas dire qu'il existe une dichotomie stricte entre groupes favorisés et groupes défavorisés, qui doit servir à classifier tous les demandeurs. Je veux simplement faire état de la réalité sociale suivant laquelle un membre d'un groupe historiquement plus défavorisé dans la société canadienne aura vraisemblablement moins de difficulté à prouver la discrimination. Depuis l'arrêt *Andrews*, la jurisprudence de notre Cour reconnaît qu'un objet important, mais non exclusif, du par. 15(1) est la protection des personnes et des groupes qui sont vulnérables, défavorisés ou qui font partie de «minorités distinctes et isolées». Les effets d'une loi reliés à cet objet doivent toujours constituer une considération primordiale dans le cadre de l'analyse contextuelle relative au par. 15(1).

(b) *Relationship Between Grounds and the Claimant's Characteristics or Circumstances*

b) *Le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur*

What are some factors other than an individual's or a group's pre-existing disadvantage which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate a negative effect upon the claimant's dignity? One factor in some circumstances may be the relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment. Some of the enumerated and analogous grounds have the potential to correspond with need, capacity, or circumstances. As was recognized in *Eaton*, *supra*, and in *Eldridge*, *supra*, one of these grounds is disability, where the avoidance of discrimination will frequently require distinctions be made to take into account the actual personal characteristics of disabled persons. Another ground is sex, as was recognized by this Court in *Weatherall*, *supra*, and, in the context of a statutory human rights code, in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219. A further such ground is age, where need, capacity, or circumstances may again correspond with the ground.

69 Hormis le désavantage préexistant subi par une personne ou un groupe, quels autres facteurs le demandeur peut-il invoquer sous le régime du par. 15(1) pour établir la preuve d'un effet négatif sur sa dignité? Dans certains cas, l'un des facteurs peut être le rapport entre le motif sur lequel est fondée l'allégation et la nature de la différence de traitement. Certains des motifs énumérés et des motifs analogues peuvent en effet correspondre aux besoins, aux capacités ou à la situation. Comme on l'a reconnu dans les arrêts *Eaton* et *Eldridge*, précités, l'un de ces motifs est la déficience et, pour éviter la discrimination fondée sur ce motif, il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée. Un autre de ces motifs est le sexe, comme notre Cour l'a reconnu dans *Weatherall*, précité, et, dans le contexte d'un code des droits de la personne, dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219. Il en va de même de l'âge, où les besoins, les capacités ou la situation peuvent encore là correspondre au motif.

70 It is thus necessary to analyze in a purposive manner the ground upon which the s. 15(1) claim is based when determining whether discrimination has been established. As a general matter, as stated by McIntyre J. in *Andrews*, *supra*, and by Sopinka J. in *Eaton*, *supra*, and referred to above, legislation which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity. This is not to say that the mere fact of impugned legislation's having to some degree taken into account the actual situation of persons like the claimant will be sufficient to defeat a s. 15(1) claim. The focus must always remain upon the central question of whether, viewed from the perspective of the claimant, the differential treatment imposed by the legislation has the effect of violating human dignity. The fact that the impugned legislation may achieve a valid social purpose for one group of individuals cannot function to deny an equality claim where the effects of the legislation upon another person or group conflict with the purpose of the s. 15(1) guarantee. In line with the reasons of McIntyre J. and Sopinka J., I mean simply to state that it will be easier to establish discrimination to the extent that impugned legislation fails to take into account a claimant's actual situation, and more difficult to establish discrimination to the extent that legislation properly accommodates the claimant's needs, capacities, and circumstances.

Il est donc nécessaire d'analyser en fonction de l'objet visé le motif sur lequel est fondée l'allégation formulée sous le régime du par. 15(1) lorsqu'il s'agit de décider si l'on a établi la preuve d'une discrimination. En règle générale, comme l'ont dit le juge McIntyre dans *Andrews*, précité, et le juge Sopinka dans *Eaton*, précité, et comme je l'ai indiqué précédemment, la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d'autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d'une façon qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d'avoir un effet négatif sur la dignité humaine. Cela ne veut pas dire que le simple fait que la mesure législative contestée prend en compte dans une certaine mesure la situation véritable de personnes telles que le demandeur sera suffisant pour faire échouer une demande présentée en vertu du par. 15(1). L'accent doit toujours être mis sur la question centrale de savoir si, dans la perspective du demandeur, la différence de traitement imposée par la mesure a pour effet de violer la dignité humaine. Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1). En conformité avec les motifs des juges McIntyre et Sopinka, je veux simplement dire qu'il sera plus facile d'établir la discrimination si les dispositions contestées omettent de tenir compte de la situation véritable d'un demandeur, et plus difficile si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur.

71 Examples are prevalent in the jurisprudence of this Court of legislation or other state action which either failed to take into account the actual situation of a claimant, or alternatively quite properly treated a claimant differently on the basis of actual personal differences between individuals. In *Eldridge*, *supra*, for example, a provincial government's failure to provide limited funding for sign language interpreters for deaf persons when

Les exemples sont courants dans la jurisprudence de notre Cour de lois ou autres mesures étatiques qui soit ont omis de prendre en compte la situation réelle d'un demandeur soit, subsidiairement, ont à juste titre traité un demandeur différemment en fonction de différences personnelles réelles entre les individus. Dans *Eldridge*, précité, par exemple, on a jugé que le refus du gouvernement provincial de financer dans une certaine

receiving medical services was found to violate s. 15(1), in part on the basis that the government's failure to take into account the actual needs of deaf persons infringed their human dignity. Conversely, in *Weatherall*, *supra*, it was stated that the decision to permit cross-gender prison searches of male prisoners but not of female prisoners likely did not violate s. 15(1), because such a difference in treatment was appropriate in light of the historical, biological and sociological differences between men and women.

mesure des services d'interprétation gestuelle pour les personnes atteintes de surdité lorsqu'elles reçoivent des soins médicaux violait le par. 15(1), en partie parce que le fait que le gouvernement ne tenait pas compte des besoins véritables des personnes atteintes de surdité constituait une atteinte à leur dignité. À l'inverse, dans *Weatherall*, précitée, on a dit que la décision de permettre les fouilles des détenus du sexe masculin mais non des femmes détenues par des personnes du sexe opposé n'était pas susceptible de violer le par. 15(1), parce que cette différence de traitement était appropriée compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes.

(c) *Ameliorative Purpose or Effects*

Another possibly important factor will be the ameliorative purpose or effects of impugned legislation or other state action upon a more disadvantaged person or group in society. As stated by Sopinka J. in *Eaton*, *supra*, at para. 66: "the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society". An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation. I emphasize that this factor will likely only be relevant where the person or group that is excluded from the scope of ameliorative legislation or other state action is more advantaged in a relative sense. Underinclusive ameliorative legislation that excludes from its scope the members of a historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination: see *Vriend*, *supra*, at paras. 94-104, *per* Cory J.

c) *L'objet ou l'effet d'amélioration*

72 Un autre facteur qui pourra s'avérer important est l'objet ou l'effet d'amélioration des dispositions législatives ou autres mesures étatiques contestées eu égard à une personne ou un groupe plus défavorisés dans la société. Comme l'a dit le juge Sopinka dans *Eaton*, précité, au par. 66, «le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire». Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives. Je souligne que ce facteur ne sera probablement pertinent que dans la mesure où la personne ou le groupe exclu de l'application de dispositions ou d'une autre mesure étatique apportant une amélioration est relativement plus favorisé. Des dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d'un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination: voir *Vriend*, précité, aux par. 94 à 104, le juge Cory.

73 At the same time, I would not wish to be taken as foreclosing the possibility that a member of society could be discriminated against by laws aimed at ameliorating the situation of others, requiring the court to consider justification under s. 1, or the operation of s. 15(2). The possibility of new forms of discrimination denying essential human worth cannot be foreclosed. This said, the ameliorative aim and effect of the law is a factor to be considered in determining whether discrimination is present. Conversely, where the impugned legislation does not have a purpose or effect which is ameliorative in s. 15(1) terms, this factor may be of some assistance, depending upon the circumstances, in establishing a s. 15(1) infringement.

(d) *Nature of the Interest Affected*

74 A further contextual factor which may be relevant in appropriate cases in determining whether the claimant's dignity has been violated will be the nature and scope of the interest affected by the legislation. This point was well explained by L'Heureux-Dubé J. in *Egan*, *supra*, at paras. 63-64. As she noted, at para. 63, "[i]f all other things are equal, the more severe and localized the . . . consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*". L'Heureux-Dubé J. explained, at para. 64, that the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating not only the economic but also the constitutional and societal significance attributed to the interest or interests adversely affected by the legislation in question. Moreover, it is relevant to consider whether the distinction restricts access to a fundamental social institution, or affects "a basic aspect of full membership in Canadian society", or "constitute[s] a complete non-recognition of a particular group".

75 There are other factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to establish an

Par ailleurs, je ne voudrais pas que l'on croie que j'élimine la possibilité qu'un membre favorisé de la société fasse l'objet de discrimination en raison de lois visant à améliorer la situation d'autres personnes, obligeant les tribunaux à se pencher sur la clause de justification prévue à l'article premier ou sur l'application du par. 15(2). On ne peut éliminer à l'avance la possibilité que de nouvelles formes de discrimination viennent nier la valeur essentielle de l'être humain. Cela dit, l'objet et l'effet d'amélioration de la loi peuvent constituer un facteur à examiner pour déterminer l'existence de discrimination. En contrepartie, dans le cas où les dispositions législatives contestées n'ont pas pour objet ou pour effet d'apporter une amélioration au sens du par. 15(1), ce facteur pourra s'avérer d'une certaine utilité, selon les circonstances, pour établir la violation de ce paragraphe.

d) *La nature du droit touché*

Un facteur contextuel supplémentaire susceptible de s'avérer pertinent dans les cas appropriés pour déterminer s'il y a eu atteinte à la dignité du demandeur est la nature et l'étendue du droit touché par les dispositions législatives. Cet élément a été bien expliqué par le juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, précité, aux par. 63 et 64. Comme elle l'a fait remarquer, au par. 63, «[t]outes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences [. . .] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*». Le juge L'Heureux-Dubé a expliqué, au par. 64, qu'on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans mesurer non seulement l'importance économique, mais aussi l'importance sur le plan de la société et de la constitution, du droit ou des droits auxquels les dispositions en question ont porté atteinte. De plus, il est pertinent de vérifier si la distinction restreint l'accès à une institution sociale fondamentale, si elle compromet «un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne» ou si elle a «pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier».

La personne qui se prévaut du par. 15(1) peut encore invoquer d'autres facteurs en vue d'établir

infringement of equality rights in a purposive sense, but they are not directly relevant to the inquiry in the present appeal. Guidance as to these other factors may be found in previous decisions of this Court, and through analogy to the factors listed above. The general theme, though, may be simply stated. An infringement of s. 15(1) of the *Charter* exists if it can be demonstrated that, from the perspective of a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant who takes into account the contextual factors relevant to the claim, the legislative imposition of differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity: see *Egan*, *supra*, at para. 56, *per* L'Heureux-Dubé J. Demonstrating the existence of discrimination in this purposive sense will require a claimant to advert to factors capable of supporting an inference that the purpose of s. 15(1) of the *Charter* has been infringed by the legislation.

(3) The Nature and Extent of the Claimant's Burden under s. 15(1)

Having emphasized the importance of a claimant demonstrating that impugned legislation infringes s. 15(1) in a purposive sense, it will be useful at this point to review the nature of the claimant's burden as a practical matter. There are three points which should be addressed.

First, I should underline that none of the foregoing discussion implies that the claimant must adduce data, or other social science evidence not generally available, in order to show a violation of the claimant's dignity or freedom. Such materials may be adduced by the parties, and may be of great assistance to a court in determining whether a claimant has demonstrated that the legislation in question is discriminatory. However, they are not required. A court may often, where appropriate, determine on the basis of judicial notice and logical reasoning alone whether the impugned legislation infringes s. 15(1). It is well established that a court may take judicial notice of notorious and undisputed facts, or of facts which are capable of

l'existence d'une atteinte aux droits à l'égalité suivant une démarche fondée sur l'objet, mais ces facteurs n'ont pas de pertinence directe dans le présent pourvoi. On peut trouver des indications à l'égard de ces autres facteurs dans des arrêts antérieurs de notre Cour et par analogie avec les facteurs susmentionnés. On peut toutefois énoncer le principe général en termes simples. Il y a violation du par. 15(1) de la *Charte* s'il peut être démontré que, dans la perspective d'une personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle où se trouve le demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents aux fins de l'allégation, l'imposition d'une différence de traitement dans la loi a pour effet de porter atteinte à sa dignité: voir *Egan*, précité, au par. 56, le juge L'Heureux-Dubé. Démontrer l'existence d'une discrimination suivant cette démarche fondée sur l'objet exigera du demandeur qu'il invoque des facteurs permettant d'inférer que les dispositions constituent une atteinte à l'objet du par. 15(1) de la *Charte*.

(3) La nature et l'étendue du fardeau du demandeur dans le cadre du par. 15(1)

Ayant ainsi souligné l'importance pour le demandeur de démontrer, en adoptant une démarche fondée sur l'objet, que les dispositions législatives contestées violent le par. 15(1), j'estime utile, à ce stade, d'examiner la nature du fardeau du demandeur sur le plan pratique. Trois éléments doivent être abordés. 76

En premier lieu, je me dois de souligner que rien dans les observations qui précèdent n'implique que le demandeur doive produire des données ou autres éléments de preuve du domaine des sciences sociales qui ne sont pas accessibles à tous, pour établir une atteinte à sa dignité ou à sa liberté. Des éléments de ce genre peuvent être produits par les parties et s'avérer très utiles au tribunal chargé de déterminer si un demandeur a démontré que les dispositions en cause sont discriminatoires. Toutefois, ils ne sont pas obligatoires. Un tribunal peut souvent, dans les cas opportuns, s'appuyer uniquement sur la connaissance d'office et sur le raisonnement logique pour trancher la question de savoir si les dispositions contestées violent le par. 15(1). 77

immediate and accurate demonstration, by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy: see J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 976. There will frequently be instances in which a court may appropriately take judicial notice of some or all of the facts necessary to underpin a discrimination claim, and in which the court should engage in a process of logical reasoning from those facts to arrive at a finding that s. 15(1) has been infringed as a matter of law.

78 I neither need nor wish to elaborate unduly in these reasons as to categories of facts of which a court may properly take judicial notice for the purpose of a s. 15(1) claim. I would note, though, that this Court has routinely and appropriately undertaken analysis under s. 15(1) on the basis of judicial notice and logical reasoning. To cite but one example, in *Andrews*, *supra*, the issue was whether a citizenship requirement for entry into the legal profession in British Columbia infringed the right of non-citizens within Canada to equal treatment. Both the determination of whether citizenship constituted an analogous ground to those enumerated in s. 15(1), and the determination of whether the citizenship requirement imposed a truly discriminatory disadvantage, were accomplished on the basis of judicial notice and logical reasoning by all the judges of this Court who wrote. In deciding on the analogous ground issue, the Court took judicial notice of the fact that, "[r]elative to citizens, non-citizens are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated": (p. 152, *per* Wilson J.). It was similarly found on the basis of reasoning alone that barring this vulnerable group from certain forms of employment solely on the basis of the personal characteristic of citizenship was a real disadvantage to the claimant, resulting in an infringement

Il est bien établi qu'un tribunal peut prendre connaissance d'office de faits notoires et non contestés, ou de faits que l'on peut démontrer immédiatement et avec exactitude en se reportant à des sources facilement accessibles d'une exactitude incontestable: voir J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 976. Il arrivera souvent qu'un tribunal puisse, à bon droit, prendre connaissance d'office d'une partie ou de la totalité des faits nécessaires pour établir le bien-fondé d'une allégation de discrimination, et qu'il doive s'en remettre au raisonnement logique découlant de ces faits pour parvenir à la conclusion de droit qu'il y a eu atteinte aux droits garantis par le par. 15(1).

Dans le cadre des présents motifs, je n'ai pas besoin de m'attarder indûment, et je ne le souhaite pas, aux catégories de faits dont un tribunal est fondé à prendre connaissance d'office aux fins d'une allégation fondée sur le par. 15(1). Je ferais cependant remarquer que notre Cour a régulièrement et à bon droit procédé à un examen sous le régime du par. 15(1) en s'appuyant sur la connaissance d'office et le raisonnement logique. Pour n'en citer qu'un exemple, dans *Andrews*, précité, il s'agissait de déterminer si l'exigence de la citoyenneté comme condition d'admission à l'exercice de la profession d'avocat en Colombie-Britannique portait atteinte au droit des non-citoyens de recevoir un traitement égal au Canada. Les questions de savoir si la citoyenneté constituait un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1) et si l'exigence de la citoyenneté imposait un désavantage véritablement discriminatoire ont été tranchées sur la base de la connaissance d'office et du raisonnement logique par tous les juges de notre Cour qui ont rédigé des motifs. En tranchant la question du motif analogue, la Cour a pris connaissance d'office du fait que «[c]omparativement aux citoyens, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé»: (p. 152, le juge Wilson). La Cour a conclu, de la même façon, en s'appuyant uniquement sur le raisonnement, que l'exclusion de ce groupe vulnérable de certaines professions

of s. 15(1). See also, e.g., *Turpin*, *supra*, at pp. 1331-33, and *Weatherall*, *supra*, at pp. 877-78.

uniquement en raison de la caractéristique personnelle que constitue la citoyenneté était un désavantage véritable pour le demandeur et contrevenait au par. 15(1). Voir aussi, p. ex., *Turpin*, précité, aux pp. 1331 à 1333, et *Weatherall*, précité, aux pp. 877 et 878.

In making these observations regarding the use of judicial notice in equality analysis under the *Charter*, I should not be understood as expanding the range of facts of which it is appropriate to take judicial notice. The exercise of a certain amount of caution is in order in taking judicial notice. In particular, although it is clearly appropriate for the purpose of s. 15(1) to take judicial notice of certain forms of disadvantage and prejudice, among other things, one should not unwittingly or otherwise use judicial notice to invent stereotypes or other social phenomena which may not or do not truly exist.

79 En faisant ces observations relativement à l'utilisation de la connaissance d'office dans le cadre de l'analyse relative à l'égalité aux fins de la *Charte*, je ne voudrais pas que l'on interprète mes propos comme voulant étendre le nombre des faits dont il convient de prendre connaissance d'office. Il y a lieu de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'il s'agit de prendre connaissance d'office d'un fait. Tout particulièrement, bien qu'il convienne manifestement, pour les fins du par. 15(1), de prendre connaissance d'office de certaines formes de désavantages et de préjugés, entre autres, la connaissance d'office ne doit pas être utilisée, par inadvertance ou autrement, pour inventer des stéréotypes ou d'autres phénomènes sociaux qui peuvent ne pas exister ou qui n'existent pas en fait dans la réalité.

Second, it is equally important to emphasize that the requirement that a claimant establish a s. 15(1) infringement in this purposive sense does not entail a requirement that the claimant prove any matters which cannot reasonably be expected to be within his or her knowledge. As this Court has previously stated, the s. 15(1) claimant is not required to establish that the intent of the legislature in enacting the impugned legislation was discriminatory, in the sense that, for example, the legislation was consciously premised upon a prejudicial stereotype, or the legislature purposely failed to take into account the social disadvantage of an individual or group in enacting the legislation: see, e.g., *Miron*, *supra*, at para. 129, *per* McLachlin J. While it is well established that it is open to a s. 15(1) claimant to establish discrimination by demonstrating a discriminatory legislative purpose, proof of legislative intent is not required in order to found a s. 15(1) claim: *Andrews*, *supra*, at p. 174. What is required is that the claimant establish that either the purpose or the effect of the legislation infringes

80 En deuxième lieu, il est également important de souligner que l'exigence voulant qu'un demandeur établisse la violation du par. 15(1) en adoptant une démarche fondée sur l'objet n'a pas pour conséquence qu'il doive faire la preuve de questions qu'on ne peut pas raisonnablement supposer être de sa connaissance. Comme notre Cour l'a déjà affirmé, la personne qui invoque le par. 15(1) n'a pas à établir que, lors de l'adoption des dispositions législatives contestées, l'intention du législateur était discriminatoire, en ce sens que, par exemple, il les a consciemment fondées sur un stéréotype préjudiciable ou a sciemment omis de prendre en considération le désavantage social d'une personne ou d'un groupe: voir p. ex., *Miron*, précité, au par. 129, le juge McLachlin. Bien qu'il soit bien établi qu'il est loisible à la personne qui invoque le par. 15(1) de faire la preuve de la discrimination en démontrant que la loi a un objet discriminatoire, la preuve de l'intention législative n'est pas nécessaire pour établir le bien-fondé d'une allégation fondée sur le par. 15(1); *Andrews*,

s. 15(1), such that the onus may be satisfied by showing only a discriminatory effect.

81 There is nothing new in requiring a *Charter* claimant to establish that his or her right has been infringed in a manner which brings into play the purpose of the right in question. Both the principle that *Charter* rights are to be interpreted purposively, and the principle that the *Charter* claimant bears the onus of establishing an infringement of his or her right before the onus shifts to the state to justify the infringement, are fundamental and well established: see *Hunter v. Southam*, *supra*; *Big M*, *supra*; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. In *Andrews*, *supra*, McIntyre J. specifically rejected an approach to analysis under s. 15(1) which would have seen the mere drawing of a legislative distinction as an infringement of the provision, noting that such a formalistic approach to the equality guarantee did not accord with its purpose. He also rejected an approach which would have seen issues of reasonableness and justification dealt with under s. 15 rather than under s. 1. In preferring the "enumerated and analogous grounds" approach to s. 15(1), McIntyre J. emphasized that this approach struck the appropriate balance between the claimant and the state, stating, at p. 178: "It must be admitted at once that the relationship between these two sections [s. 15 and s. 1] may well be difficult to determine on a wholly satisfactory basis. It is, however, important to keep them analytically distinct if for no other reason than the different attribution of the burden of proof. It is for the citizen to establish that his or her *Charter* right has been infringed and for the state to justify the infringement."

82 Third, it should be stressed that in some cases it may not be necessary as a practical matter for a

précité, à la p. 174. L'exigence faite au demandeur est d'établir que soit l'objet, soit l'effet de la disposition législative viole le par. 15(1), de sorte qu'il puisse satisfaire au fardeau qui lui incombe en faisant la preuve seulement d'un effet discriminatoire.

Il n'y a rien de neuf dans l'exigence que la personne qui invoque la *Charte* soit tenue de démontrer qu'il y a eu atteinte à un droit d'une façon qui touche l'objet du droit en question. Sont fondamentaux et bien établis à la fois le principe que les droits protégés par la *Charte* doivent être interprétés en fonction de l'objet visé, et celui voulant que la personne qui invoque la *Charte* soit tenue de démontrer qu'il y a eu atteinte à un droit, pour que l'État ait le fardeau de justifier cette atteinte: voir *Hunter c. Southam*, précité; *Big M*, précité; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Dans *Andrews*, précité, le juge McIntyre a expressément rejeté une façon d'aborder l'analyse relative au par. 15(1) selon laquelle le simple établissement d'une distinction législative aurait constitué une violation de ce paragraphe, et il a fait remarquer qu'une telle démarche formaliste concernant la garantie d'égalité n'était pas conforme à son objet. Il a également rejeté une démarche selon laquelle les questions relatives au caractère raisonnable et à la justification auraient été tranchées en application de l'art. 15 plutôt que de l'article premier. En indiquant sa préférence pour l'analyse du par. 15(1) axée sur les «motifs énumérés et analogues», le juge McIntyre a mis l'accent sur le fait que cette démarche atteignait l'équilibre approprié entre le demandeur et l'État en disant, à la p. 178: «Il faut reconnaître au départ que le rapport entre ces deux articles [l'art. 15 et l'article premier] pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante. Il est toutefois important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte*, et à l'État de justifier cette violation.»

En troisième lieu, il faut souligner que, dans certains cas, il se peut qu'il ne soit pas nécessaire en

claimant to focus the purposive analysis upon more than one element of the discrimination claim. For example, in cases where it is clear that a law draws a formal distinction upon enumerated or established analogous grounds, the issue in the case will largely be limited to that of whether the law discriminates in a sense which interferes with the claimant's dignity. Similarly, through the process of demonstrating that the adverse effect of a law is to produce substantive inequality through formally identical treatment, a claimant will often also make clear that the law infringes the human dignity of those affected, thus satisfying two elements of the s. 15(1) inquiry at once.

pratique pour le demandeur d'axer l'analyse en fonction de l'objet visé sur plus d'un élément de l'allégation de discrimination. Par exemple, dans les cas où il est clair qu'une loi établit une distinction formelle fondée sur des motifs énumérés ou sur des motifs analogues déjà reconnus, la question en litige se résumera en grande partie à celle de savoir si la loi établit une discrimination d'une manière qui porte atteinte à la dignité du demandeur. De même, dans le cadre de la présentation de sa preuve selon laquelle l'effet négatif d'une loi est de produire une inégalité réelle au moyen d'un traitement formellement identique, le demandeur fera souvent ressortir le fait que la loi porte atteinte à la dignité humaine des personnes touchées, répondant ainsi à deux éléments de l'analyse relative au par. 15(1).

Taking these three points into account, it should be clear that in some cases it will be relatively easy for a claimant to establish a s. 15(1) infringement, while in other cases it will be more difficult to locate a violation of the purpose of the equality guarantee. In more straightforward cases, it will be clear to the court on the basis of judicial notice and logical reasoning that an impugned law interferes with human dignity and thus constitutes discrimination within the meaning of the *Charter*. Often, but not always, this will be the case where a law draws a formal distinction in treatment on the basis of enumerated or analogous grounds, because the use of these grounds frequently does not correlate with need, capacity, or merit. It may be sufficient for the court simply to take judicial notice of pre-existing disadvantage experienced by the claimant or by the group of which the claimant is a member in order for such a s. 15(1) claim to be made out. In other cases, it will be necessary to refer to one or more other contextual factors. In every case, though, a court's central concern will be with whether a violation of human dignity has been established, in light of the historical, social, political, and legal context of the claim. In order to succeed under s. 15(1), it is up to the claimant to

83

Ces trois éléments font clairement ressortir que, dans certains cas, il sera relativement facile pour le demandeur de démontrer qu'il y a eu violation du par. 15(1), tandis que, dans d'autres, il sera plus difficile de trouver une atteinte à l'objet de la garantie d'égalité. Dans des affaires simples, le tribunal constatera facilement, en s'appuyant sur la connaissance d'office et sur le raisonnement logique, que la loi contestée brime la dignité humaine et qu'elle est donc discriminatoire au sens de la *Charte*. Cela se produira souvent, mais pas toujours, dans les cas où une loi établit une différence formelle de traitement en raison de motifs énumérés ou de motifs analogues parce que l'utilisation de ces motifs ne correspond que rarement aux besoins, aux capacités et aux mérites. Il pourra suffire que le tribunal prenne connaissance d'office d'un désavantage préexistant subi par le demandeur ou par le groupe auquel il appartient pour qu'il soit fait droit à une allégation fondée sur le par. 15(1). Dans d'autres affaires, il sera nécessaire de s'appuyer sur un ou plusieurs autres facteurs contextuels. Toutefois, la question première que se posera le tribunal dans chaque affaire sera de savoir si une atteinte à la dignité humaine a été démontrée, compte tenu des contextes historique, social, politique et juridique dans lesquels l'allégation est formulée. Si le demandeur veut avoir gain de cause lorsqu'il invoque le par. 15(1), il lui

ensure that the court is made aware of this context in the appropriate manner.

84 I should pause at this juncture to comment briefly upon an alternative method of articulating the approach to be taken under s. 15(1). I have reviewed in these reasons the general approach taken to s. 15(1) by this Court, which involves three broad elements, namely (1) the existence of differential treatment, (2) the presence of enumerated or analogous grounds, and (3) discrimination which brings into play the purpose of s. 15(1). However, it is possible to understand the third element of the s. 15(1) inquiry as really being a restatement of the requirement that there be substantive rather than merely formal inequality in order for an infringement of s. 15(1) to have been made out. Under this alternative view, the definition of "substantive inequality" is "discrimination" within the meaning of the *Charter*, bringing into play the claimant's human dignity. No substantive inequality would exist where the claimant's human dignity was not brought into play by his or her treatment by the state.

85 I agree with the general idea that, in practice in some cases, it may well be duplicative to determine first whether differential treatment exists, and then to determine whether the purpose of s. 15(1) has been brought into play. As I mentioned above, this will particularly be the case where adverse effects discrimination is at issue, since the analysis of whether the claimant's difference has been effectively ignored by an impugned law will usually bring into play issues of human dignity. In such cases, there may be no real difference in analysis or result regardless of whether one or the other approach is used.

86 I do have some reservations, however, which lead me to prefer the approach which I have reviewed in these reasons, involving three main elements rather than two. To take the adverse effects discrimination example again, there may be cases where a law which applies identically to all fails to take into account the claimant's different traits or circumstances, yet does not infringe the

incombe de faire en sorte que le tribunal soit bien informé de ce contexte.

Avant de poursuivre, je voudrais faire quelques brèves observations sur une autre façon d'énoncer la démarche à suivre aux fins du par. 15(1). Dans le cadre des présents motifs, j'ai passé en revue la démarche générale suivie par notre Cour aux fins de ce paragraphe, laquelle comporte trois éléments majeurs, à savoir: 1) l'existence d'une différence de traitement, 2) la présence de motifs énumérés ou analogues, et 3) l'existence de discrimination faisant intervenir l'objet du par. 15(1). Cependant, il est possible d'interpréter le troisième élément de l'analyse relative au par. 15(1) comme n'étant qu'une reformulation de l'exigence qu'il y ait une inégalité réelle, plutôt qu'une simple inégalité de forme, pour démontrer une violation du par. 15(1). Selon cette autre interprétation, «inégalité réelle» signifie «discrimination» au sens de la *Charte*, ayant une incidence sur la dignité humaine du demandeur. Il n'y aurait aucune inégalité réelle si le traitement prévu par l'État n'avait aucune incidence sur la dignité humaine du demandeur.

Je partage l'opinion générale que, en pratique, il peut fort bien se révéler superflu de déterminer d'abord s'il existe une différence de traitement pour ensuite déterminer si l'objet du par. 15(1) entre en jeu. Comme je l'ai mentionné précédemment, cela sera particulièrement vrai dans les cas où la discrimination par suite d'effets préjudiciables est en cause, puisque l'analyse visant à déterminer si, à toutes fins pratiques, la loi contestée a fait abstraction de la différence propre au demandeur fera généralement intervenir des questions relatives à la dignité humaine. Dans de tels cas, l'utilisation de l'une ou de l'autre démarche peut ne faire aucune différence relativement à l'analyse ou au résultat.

J'ai cependant certaines réserves qui me portent à préférer la démarche que j'ai examinée dans le cadre des présents motifs et qui comporte trois éléments principaux au lieu de deux. Pour reprendre l'exemple de la discrimination par suite d'effets préjudiciables, il peut y avoir des cas où une loi s'appliquant indistinctement à tous omet de tenir compte des caractéristiques ou de la situation

claimant's human dignity in so doing. In such cases, there could be said to be substantively differential treatment between the claimant and others, because the law has a meaningfully different effect upon the claimant, without there being discrimination for the purpose of s. 15(1). Thus, by changing the formal structure of analysis under s. 15(1) from that expressed in the previous jurisprudence, the alternative approach referred to above might detract in practice from the importance placed by courts upon contextual factors and the purpose of s. 15(1). I believe it is easier and more effective for a court to apply an approach which distinguishes conceptually between differential treatment, on the one hand, and the discriminatory quality of that differential treatment, on the other.

Accordingly, I have continued this Court's practice of articulating s. 15(1) analysis as having the three distinct elements which have been reviewed in these reasons. At the same time, I do not disagree with the idea that the concept of substantive inequality could be defined in terms of its discriminatory purpose or effect, nor do I mean to suggest that a court which articulated its analysis using a different structure would err in law simply by doing that, provided it addressed itself properly and thoroughly to the purpose of s. 15(1) and the relevant contextual factors.

E. *Summary of Guidelines*

Before moving on to apply the principles that I have just discussed to the facts of this case, I believe it would be useful to summarize some of the main guidelines for analysis under s. 15(1) to be derived from the jurisprudence of this Court, as reviewed in these reasons. As I stated above, these guidelines should not be seen as a strict test, but rather should be understood as points of reference for a court that is called upon to decide whether a claimant's right to equality without discrimination under the *Charter* has been infringed. Inevitably, the guidelines summarized here will need to be supplemented in practice by the explanation of these guidelines in these reasons and those of previous cases, and by a full appreciation of the

personnelles du demandeur sans toutefois porter atteinte à sa dignité. Dans de tels cas, on pourrait dire que, la loi ayant un effet vraiment différent sur le demandeur, il y a une différence de traitement réelle entre le demandeur et les autres personnes, sans qu'il y ait pour autant discrimination au sens du par. 15(1). Ainsi, en modifiant la structure formelle de l'analyse exposée dans la jurisprudence relative au par. 15(1), l'autre démarche susmentionnée est susceptible de diminuer l'importance que les tribunaux accordent en pratique aux facteurs contextuels et à l'objet de ce paragraphe. J'estime qu'il est plus facile et plus efficace pour un tribunal d'utiliser une démarche qui fait la distinction conceptuelle entre, d'une part, la différence de traitement et, d'autre part, le caractère discriminatoire de cette différence de traitement.

Par conséquent, j'ai suivi la pratique de notre Cour de faire reposer l'analyse relative au par. 15(1) sur les trois éléments distincts que j'ai examinés dans le cadre des présents motifs. Par ailleurs, je ne suis pas en désaccord avec l'idée que le concept d'inégalité réelle puisse être défini selon son objet ou son effet discriminatoires, et je ne veut pas donner à entendre que le tribunal qui procéderait à son analyse en utilisant une structure différente commettrait une erreur de droit simplement en agissant ainsi, dans la mesure où il étudierait de façon appropriée et exhaustive l'objet du par. 15(1) et les facteurs contextuels pertinents. 87

E. *Résumé des lignes directrices*

Avant de me pencher sur l'application aux faits de l'espèce des principes que je viens d'aborder, j'estime utile de résumer certaines des principales lignes directrices de l'analyse relative au par. 15(1) qui découlent des arrêts de notre Cour examinés dans le cadre des présents motifs. Comme je l'ai déjà dit, ces lignes directrices ne doivent pas être perçues comme des critères stricts, mais plutôt comme des points de repère pour les tribunaux appelés à décider s'il y a eu atteinte au droit à l'égalité d'un demandeur, indépendamment de toute discrimination , au sens de la *Charte*. Il est bien entendu que les lignes directrices résumées en l'espèce devront être enrichies, en pratique, par les explications que l'on retrouve dans les présents 88

context surrounding the specific s. 15(1) claim at issue. It goes without saying that as our s. 15 jurisprudence evolves it may well be that further elaborations and modifications will emerge.

General Approach

(1) It is inappropriate to attempt to confine analysis under s. 15(1) of the *Charter* to a fixed and limited formula. A purposive and contextual approach to discrimination analysis is to be preferred, in order to permit the realization of the strong remedial purpose of the equality guarantee, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach.

(2) The approach adopted and regularly applied by this Court to the interpretation of s. 15(1) focuses upon three central issues:

(A) whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect;

(B) whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and

(C) whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

The first issue is concerned with the question of whether the law causes differential treatment. The second and third issues are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

(3) Accordingly, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

(A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more per-

motifs et dans les arrêts antérieurs, et par l'étude approfondie du contexte de l'allégation particulière fondée sur le par. 15(1) dont il est question. Il va sans dire qu'au fur et à mesure de l'évolution de notre jurisprudence sur l'art. 15, de nouveaux raisonnements et de nouvelles modifications peuvent fort bien se dégager.

La démarche générale

(1) Il est inapproprié de tenter de restreindre l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte* à une formule figée et limitée. Une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte doit plutôt être utilisée en vue de l'analyse relative à la discrimination pour permettre la réalisation de l'important objet réparateur qu'est la garantie d'égalité et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique.

(2) La démarche que notre Cour a adoptée et qu'elle applique régulièrement relativement à l'interprétation du par. 15(1) repose sur trois questions primordiales:

(A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes?

(B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

(C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité?

La première question vise à déterminer si la loi entraîne une différence de traitement. Les deuxième et troisième visent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

(3) Par conséquent, le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions:

(A) La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de

sonal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

(B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

(C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

(B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

(C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

Purpose

(4) In general terms, the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

(5) The existence of a conflict between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of s. 15(1) is essential in order to found a discrimination claim. The determination of whether such a conflict exists is to be made through an analysis of the full context surrounding the claim and the claimant.

L'objet

(4) En termes généraux, l'objet du par. 15(1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

(5) Il doit absolument y avoir un conflit entre l'objet ou les effets de la loi contestée et l'objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination. L'existence d'un tel conflit doit être établie au moyen de l'analyse de l'ensemble du contexte entourant l'allégation et le demandeur.

Comparative Approach

(6) The equality guarantee is a comparative concept, which ultimately requires a court to establish one or more relevant comparators. The claimant generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry. However, where the claimant's characterization of the comparison is insufficient, a court may, within the scope of the ground or grounds pleaded, refine the comparison presented by the claimant where warranted. Locating the relevant comparison group requires an examination of the subject-matter of the legislation and its effects, as well as a full appreciation of context.

Context

(7) The contextual factors which determine whether legislation has the effect of demeaning a claimant's dignity must be construed and examined from the perspective of the claimant. The focus of the inquiry is both subjective and objective. The relevant point of view is that of the reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim.

(8) There is a variety of factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation demeans his or her dignity. The list of factors is not closed. Guidance as to these factors may be found in the jurisprudence of this Court, and by analogy to recognized factors.

(9) Some important contextual factors influencing the determination of whether s. 15(1) has been infringed are, among others:

(A) Pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue. The effects of a law as they relate to the important purpose of s. 15(1) in protecting individuals or groups who are vulner-

La méthode comparative

(6) La garantie d'égalité est un concept relatif qui, en dernière analyse, oblige le tribunal à cerner un ou plusieurs éléments de comparaison pertinents. C'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination. Cependant, lorsque la qualification de la comparaison par le demandeur n'est pas suffisante, le tribunal peut, dans le cadre du ou des motifs invoqués, approfondir la comparaison soumise par le demandeur lorsqu'il estime justifié de le faire. Pour déterminer quel est le groupe de comparaison pertinent, il faut examiner l'objet et les effets des dispositions législatives et tenir compte du contexte dans son ensemble.

Le contexte

(7) Les facteurs contextuels qui déterminent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité du demandeur doivent être interprétés et analysés dans la perspective de ce dernier. Le point central de l'analyse est à la fois subjectif et objectif. Le point de vue approprié est celui de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents.

(8) La personne qui invoque le par. 15(1) peut s'appuyer sur une série de facteurs pour démontrer que les dispositions législatives portent atteinte à sa dignité. La liste de ces facteurs n'est pas restrictive. On peut trouver des indications sur la nature de ces facteurs dans la jurisprudence de notre Cour et en faisant une analogie avec des facteurs reconnus.

(9) Voici certains des facteurs contextuels servant à déterminer s'il y a eu atteinte au par. 15(1):

(A) La préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause. Les effets d'une loi par rapport à l'objectif important du par. 15(1) pour ce qui est de la protection des personnes et

able, disadvantaged, or members of "discrete and insular minorities" should always be a central consideration. Although the claimant's association with a historically more advantaged or disadvantaged group or groups is not *per se* determinative of an infringement, the existence of these pre-existing factors will favour a finding that s. 15(1) has been infringed.

(B) The correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others. Although the mere fact that the impugned legislation takes into account the claimant's traits or circumstances will not necessarily be sufficient to defeat a s. 15(1) claim, it will generally be more difficult to establish discrimination to the extent that the law takes into account the claimant's actual situation in a manner that respects his or her value as a human being or member of Canadian society, and less difficult to do so where the law fails to take into account the claimant's actual situation.

(C) The ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society. An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation. This factor is more relevant where the s. 15(1) claim is brought by a more advantaged member of society.

des groupes qui sont vulnérables, défavorisés ou qui sont membres de «minorités distinctes et isolées», doivent toujours constituer une considération majeure. Bien que l'appartenance du demandeur à un ou plusieurs groupes historiquement favorisés ou défavorisés ne signifie pas, en soi, qu'il y a ait eu atteinte à un droit, la présence de ces facteurs préexistants portera à conclure qu'il y a eu violation du par. 15(1).

(B) La correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes. Bien que le simple fait que les dispositions législatives contestées tiennent compte des caractéristiques et de la situation personnelles du demandeur ne suffira pas nécessairement pour faire rejeter une allégation fondée sur le par. 15(1), il sera généralement plus difficile de démontrer l'existence de discrimination lorsque la loi prend en considération la situation véritable du demandeur d'une manière qui respecte sa valeur en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, et il sera moins difficile de le faire lorsque la loi fait abstraction de la situation véritable du demandeur.

(C) L'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société. Un objet ou un effet d'amélioration conforme à l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne portera vraisemblablement pas atteinte à la dignité humaine de personnes favorisées lorsque l'exclusion de ces dernières correspond en grande partie aux besoins plus grands ou à la situation différente propres au groupe défavorisé visé par les dispositions législatives. Ce facteur a une plus grande pertinence lorsque l'allégation fondée sur le par. 15(1) est faite par un membre favorisé de la société.

and

(D) The nature and scope of the interest affected by the impugned law. The more severe and localized the consequences of the legislation for the affected group, the more likely that the differential treatment responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15(1).

(10) Although the s. 15(1) claimant bears the onus of establishing an infringement of his or her equality rights in a purposive sense through reference to one or more contextual factors, it is not necessarily the case that the claimant must adduce evidence in order to show a violation of human dignity or freedom. Frequently, where differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds, this will be sufficient to found an infringement of s. 15(1) in the sense that it will be evident on the basis of judicial notice and logical reasoning that the distinction is discriminatory within the meaning of the provision.

F. *Application to the Case at Bar*

(1) Differential Treatment

89 The preliminary issue in this case is whether the questioned law draws a distinction, on the basis of one or more personal characteristics, between the claimant and some other person or group of persons, resulting in unequal treatment. As discussed herein, this stage of the inquiry is not concerned with whether the distinction in treatment constitutes discrimination. Moreover, unlike in *Eldridge*, *supra*, and *Eaton*, *supra*, there is no question in this case of the impugned legislation applying without distinction to all persons, and, in so doing, failing to take into account an individual's or a group's already disadvantaged position within Canadian society.

et

(D) La nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée. Plus les effets des dispositions législatives sont graves et localisés pour le groupe touché, plus il est probable que la différence de traitement à la source de ces effets soit discriminatoire au sens du par. 15(1).

(10) Bien qu'il incombe à la personne qui invoque le par. 15(1) de démontrer, en fonction de l'objet visé, qu'il y a eu atteinte à ses droits à l'égalité à la lumière d'un ou de plusieurs facteurs contextuels, le demandeur n'est pas nécessairement tenu de produire des éléments de preuve pour démontrer l'existence d'une atteinte à la dignité ou à la liberté humaines. Souvent, le simple fait que la différence de traitement soit fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues sera suffisant pour établir qu'il y a eu violation du par. 15(1), puisqu'il sera évident au vu de la connaissance d'office et du raisonnement logique que la distinction est discriminatoire au sens de ce paragraphe.

F. *Application aux faits de l'espèce*

(1) La différence de traitement

La question préliminaire en l'espèce est de savoir si la règle de droit contestée établit, entre le demandeur et une autre personne ou un autre groupe de personnes, une distinction fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles, créant ainsi une inégalité. Comme nous l'avons vu dans l'analyse qui précède, il ne s'agit pas, à cette étape de l'analyse, de déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination. De plus, contrairement aux affaires *Eldridge* et *Eaton*, précitées, il n'a pas été allégué en l'espèce que les dispositions législatives contestées s'appliquaient sans distinction à tous et, ce faisant, omettaient de prendre en considération la situation d'une personne ou d'un groupe déjà défavorisés dans la société canadienne.

The CPP grants benefits to surviving spouses over the age of 35 immediately following the death of the contributor. However, these benefits are not available to able-bodied spouses without dependent children who are less than 35 years of age at the time of the death of the contributor, until they reach age 65 or unless they should become disabled in the interim. In addition, while those over age 45 are entitled to receive benefits at the full rate, those between the ages of 35 and 45 receive a reduced sum. Thus, as a result of the ages specified under the CPP, a clear distinction is drawn between claimants over and under age 35, and also between claimants who are over age 45 and those between the ages of 35 and 45. In my view, both the delay in the receipt of benefits and the reduced entitlement to benefits constitute a denial of equal benefit of the law under the first step of the equality analysis.

Le RPC accorde, immédiatement après le décès du cotisant, des prestations au conjoint survivant de plus de 35 ans. Cependant, ces prestations ne pourront être versées au conjoint sans enfant à charge, qui n'est pas invalide et qui est âgé de moins de 35 ans au moment du décès du cotisant, que lorsqu'il aura atteint l'âge de 65 ans, ou avant, s'il devient invalide. De plus, alors que les conjoints âgés de plus de 45 ans ont droit au plein montant des prestations, ceux qui ont entre 35 et 45 ans reçoivent une somme réduite. Ainsi, en raison des âges qui y sont mentionnés, le RPC établit clairement une distinction entre, d'une part, les demandeurs âgés de plus de 35 ans et ceux qui n'ont pas encore atteint cet âge et, d'autre part, les demandeurs qui ont plus de 45 ans et ceux qui ont entre 35 et 45 ans. À mon avis, tant le délai écoulé avant de toucher des prestations que le droit à des prestations réduites constituent une négation du droit au même bénéfice de la loi selon le premier volet de l'analyse de l'égalité. 90

(2) Distinction on the Basis of Enumerated or Analogous Grounds

Age is one of the enumerated grounds of discrimination in s. 15(1) of the *Charter*. The appellant alleges that she was rendered ineligible for survivor's benefits by virtue of her age and that its use as a distinguishing criterion was discriminatory. The appellant does not base her discrimination claim upon any ground other than that of age. In answer, the respondent contends that, although age is a factor in determining eligibility, it cannot be said that the appellant was ineligible solely because of this factor. Rather, the respondent argues that entitlement under s. 44(1)(*d*) of the CPP depends on the interplay of the three factors included therein, namely, age, disability and responsibility for dependent children. This was the position adopted by the Pension Appeals Board. With respect, I cannot accept this view. In my opinion, it does not follow from the fact that any one of several criteria, including age, might determine entitlement to a survivor's pension, that the legislation does not draw a distinction on the basis of age.

(2) La distinction fondée sur des motifs énumérés ou des motifs analogues

L'âge est un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. L'appelante allègue que son âge l'a rendue non admissible aux prestations de survivant et que l'utilisation d'un tel critère de distinction était discriminatoire. Elle ne fonde son allégation de discrimination sur aucun autre motif que l'âge. L'intimé répond que, même si l'âge est un facteur à considérer pour déterminer l'admissibilité, on ne peut pas dire que l'appelante n'était pas admissible uniquement en raison de ce facteur. L'intimé soutient plutôt que le droit prévu à l'al. 44(1)*d*) du RPC dépend de l'interaction des trois facteurs mentionnés à cet alinéa, soit l'âge, l'invalidité et le fait d'avoir un enfant à charge. C'est le point de vue qu'a adopté la Commission d'appel des pensions. En toute déférence, je ne puis y souscrire. À mon avis, le fait qu'il existe plusieurs critères, notamment l'âge, dont n'importe lequel peut servir à déterminer le droit à une pension de survivant, ne signifie pas que la loi n'établit pas une distinction fondée sur l'âge. 91

92 As an able-bodied woman without children, the appellant does not suggest that the CPP discriminates by denying her equal benefits as compared to surviving spouses who have disabilities or dependent children. The appellant submits that the issue in dispute is whether age is properly included among the factors which determine eligibility for survivor's benefits and the amount that is provided. Had the appellant been able-bodied, without dependent children, and over age 45 at the time of her spouse's death, she would have been immediately entitled to receive full benefits. However, as an able-bodied, childless woman who was 30 years of age at the time of her spouse's death, she is denied any benefits until she reaches age 65, provided she does not subsequently become disabled. Similarly, for surviving spouses age 35 to 45, it is their age alone that serves to reduce the amount of benefits they receive as compared to those over age 45. In my view, the survivor's pension provisions of the CPP clearly draw distinctions on the basis of the enumerated ground of age.

En tant que femme sans enfant et non invalide, l'appelante ne prétend pas que le RPC est discriminatoire du fait qu'il l'empêche de toucher les mêmes prestations que celles touchées par le conjoint survivant qui est invalide ou qui a des enfants à charge. Elle soutient que la question en litige est de savoir si l'âge constitue à juste titre l'un des facteurs applicables pour déterminer l'admissibilité aux prestations de survivant et pour établir le montant de ces prestations. Si l'appelante avait été une personne non invalide, sans enfant à charge et âgée de plus de 45 ans au moment du décès de son conjoint, elle aurait immédiatement eu droit au plein montant des prestations. Cependant, en tant que femme sans enfant et non invalide qui avait 30 ans au moment du décès de son conjoint, elle ne pourra toucher des prestations que lorsqu'elle atteindra l'âge de 65 ans, à moins qu'elle ne devienne invalide entre-temps. De même, seul l'âge est pris en compte pour réduire les prestations des conjoints survivants âgés de 35 à 45 ans par rapport à celles versées aux personnes de plus de 45 ans. Selon moi, les dispositions du RPC relatives à la pension de survivant établissent nettement des distinctions fondées sur le motif énuméré de l'âge.

93 In any event, even if, as the respondent argues, entitlement under s. 44(1)(*d*) of the CPP were dependent upon the interplay of age, disability, and parental status, this interplay would not preclude the appellant from establishing that a distinction had been drawn on one or more of the grounds in s. 15(1) of the *Charter*. As stated above, it is open to a claimant to articulate a discrimination claim under more than one of the enumerated and analogous grounds. Such an approach to the grounds of discrimination accords with the essential purposive and contextual nature of equality analysis under s. 15(1) of the *Charter*. Where a party brings a discrimination claim on the basis of a newly postulated analogous ground, or on the basis of a combination of different grounds, this part of the discrimination inquiry must focus upon the issue of whether and why a ground or confluence of grounds is analogous to those listed in s. 15(1). This determination is made on the basis of a complete analysis of the purpose of s. 15(1), the nature

Quoi qu'il en soit, même si, comme le soutient l'intimé, le droit prévu à l'al. 44(1)*d*) du RPC dépendait de l'interaction de l'âge, de l'invalidité et du fait d'avoir un enfant à charge, cette interaction n'empêcherait pas l'appelante de démontrer qu'une distinction fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte* a été établie. Comme il a été mentionné précédemment, un demandeur peut rattacher son allégation de discrimination à plus d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. Cette façon d'aborder les motifs de discrimination est compatible avec la nature de l'analyse relative à l'égalité fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, essentiellement fondée sur l'objet et le contexte. Lorsqu'une partie allègue la discrimination en se fondant sur ce qu'elle présente comme un nouveau motif analogue ou sur une combinaison de divers motifs, cette étape de l'examen visant à déterminer s'il y a discrimination doit être axée sur la question de savoir si un motif, ou une combinaison de motifs, est analogue

and situation of the individual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of the group. A ground or grounds will not be considered analogous under s. 15(1) unless it can be shown that differential treatment premised on the ground or grounds has the potential to bring into play human dignity: see *Egan*, *supra*, at para. 52, *per* L'Heureux-Dubé J. If the court determines that recognition of a ground or confluence of grounds as analogous would serve to advance the fundamental purpose of s. 15(1), the ground or grounds will then be so recognized: see, e.g., *Turpin*, *supra*, at pp. 1331-33.

à ceux énumérés au par. 15(1) et pour quelle raison. Cette détermination se fonde sur une analyse exhaustive de l'objet du par. 15(1), de la nature et de la situation de la personne ou du groupe en cause et des antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne. Un ou plusieurs motifs ne seront pas jugés analogues en vertu du par. 15(1) à moins qu'il ne puisse être démontré que la différence de traitement découlant de ce ou ces motifs est susceptible d'avoir une incidence sur la dignité humaine: voir *Egan*, précité, au par. 52, le juge L'Heureux-Dubé. Si la cour considère que reconnaître le motif, ou la combinaison de motifs, comme analogue irait dans le sens de la réalisation de l'objet fondamental du par. 15(1), le motif, ou la combinaison de motifs, sera alors reconnu: voir p. ex., *Turpin*, précité, aux pp. 1331 à 1333.

There is no reason in principle, therefore, why a discrimination claim positing an intersection of grounds cannot be understood as analogous to, or as a synthesis of, the grounds listed in s. 15(1). In the present case, if the CPP had based entitlement on a combination of factors, the appellant would still have been able to establish the requisite distinction, whether on the basis of age alone, or based on a combination of grounds.

94 Il n'y a donc aucune raison de principe pour laquelle une allégation de discrimination reposant sur une combinaison de motifs ne peut pas être considérée comme étant fondée sur un motif analogue ou sur une synthèse des motifs énumérés au par. 15(1). En l'espèce, si le RPC avait fondé l'admissibilité sur une combinaison de facteurs, l'appelante aurait quand même pu établir l'existence de la distinction requise, qu'elle soit fondée sur l'âge seul ou sur une combinaison de motifs.

(3) Discrimination

(3) La discrimination

The central question in the present case is whether the age distinctions drawn by ss. 44(1)(*d*) and 58 of the CPP impose a disadvantage upon the appellant as a younger adult in a manner which constitutes discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. The appellant is asserting her claim solely on the basis of age — specifically, on the basis of being an adult under the age of 45. Relatively speaking, adults under the age of 45 have not been consistently and routinely subjected to the sorts of discrimination faced by some of Canada's discrete and insular minorities. For this reason, it will be more difficult as a practical matter for this Court to reason, from facts of which the Court may appropriately take judicial notice, that the legislative distinction at issue violates the human dignity of the appellant.

95 La principale question en litige en l'espèce est de savoir si les distinctions fondées sur l'âge établies par l'al. 44(1)*d*) et l'art. 58 du RPC imposent un désavantage à l'appelante parce qu'elle est une jeune adulte, et constituent ainsi de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. L'appelante fonde sa demande uniquement sur son âge — en particulier sur le fait d'être une adulte âgée de moins de 45 ans. Relativement parlant, les adultes de moins de 45 ans n'ont pas continuellement subi le genre de discrimination à laquelle ont fait face certaines minorités distinctes et isolées du Canada. Par conséquent, notre Cour aura plus de difficultés à conclure en pratique, à partir des faits dont elle peut à bon droit prendre connaissance d'office, que la distinction législative en cause viole la dignité humaine de l'appelante.

96 The appellant argues that the impugned CPP provisions infringe s. 15(1) of the *Charter* in both their purpose and their effect. She submits that the original intent underlying the distinctions created by ss. 44(1)(*d*) and 58 was to provide benefits to those surviving spouses most in need, based on an assumed correlation between, among other things, increased age and one's ability to enter or re-enter the workforce following the death of one's spouse. The appellant argues that this assumed correlation is faulty because, in fact, young people generally, and the appellant in particular, have difficulty in obtaining employment, and the legislation's assumptions to the contrary are based on false stereotypes regarding the advantages of youth. The appellant submits that there is no evidence establishing a direct link between a survivor's age at the time of the spouse's death and the need for benefits. She suggests that the effect of the impugned provisions is to demean the dignity of adults under the age of 45 and to treat them as being less worthy than older adults, by stereotyping them as being less in need.

97 In support of her position, the appellant refers to the remarks of the Honourable Judy LaMarsh, the Minister responsible for the enactment of the CPP. In Parliament on November 16, 1964, Ms. LaMarsh noted that the philosophy on which the CPP survivor's pension is premised is that benefits "should be available to those who cannot easily obtain employment". She went on to outline the eligibility criteria and reduction in benefits for those under age 45, and, as to the ineligibility of those under age 35, she stated: "Young widows in their twenties and early thirties usually have little difficulty in finding employment, and of course many of them remarry": see *House of Commons Debates*, vol. IX, 2nd Sess., 26th Parl., November 16, 1964, at p. 10122.

98 In reply, the respondent maintains that, although the age distinctions in the survivor's pension provisions of the CPP might initially have been based upon assumptions, the accuracy of those assump-

L'appelante prétend que tant l'objet que l'effet des dispositions du RPC violent le par. 15(1) de la *Charte*. Elle soutient que les distinctions créées par l'al. 44(1)*d*) et l'art. 58 avaient à l'origine pour but de fournir des prestations aux conjoints survivants les plus nécessiteux, en tenant pour acquis qu'il existe un lien, notamment, entre l'âge avancé d'une personne et sa capacité d'accéder au marché du travail ou de le réintégrer après le décès de son conjoint. L'appelante affirme que la supposition qu'un tel lien existe est erronée parce que les jeunes en général, et elle-même en particulier, ont en fait de la difficulté à trouver un emploi et que les suppositions contraires qui sous-tendent la loi reposent sur des stéréotypes faux concernant les avantages dont bénéficient les jeunes. À son avis, aucun élément de preuve n'établit un lien direct entre l'âge du survivant au moment du décès de son conjoint et le besoin de prestations. Elle avance que les dispositions contestées ont pour effet de saper la dignité des adultes âgés de moins de 45 ans et de les traiter comme ayant moins de valeur que les adultes plus âgés par l'application du stéréotype qu'ils sont moins dans le besoin.

L'appelante mentionne, à l'appui de son point de vue, les remarques de l'honorable Judy LaMarsh, la ministre responsable de l'adoption du RPC. Le 16 novembre 1964, Mme LaMarsh a dit devant le Parlement que le principe qui sous-tend la pension de survivant du RPC est qu'elle «devrait être versée [aux veuves] qui ne peuvent facilement obtenir du travail». Elle a ensuite parlé des critères d'admissibilité et de la réduction du montant des prestations versées aux veuves âgées de moins de 45 ans, et a affirmé au sujet de la non-admissibilité des veuves âgées de moins de 35 ans: «Les jeunes veuves dans leur vingtaine ou au début de la trentaine n'éprouvent ordinairement que peu de difficultés à se trouver du travail et, naturellement, bon nombre d'entre elles se remarient»: voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 2e sess., 26e lég., 16 novembre 1964, à la p. 10310.

En réponse, l'intimé maintient que même si, à l'origine, les distinctions en matière d'âge établies par les dispositions du RPC relatives à la pension de survivant peuvent avoir été fondées sur des sup-

tions are also today reflected in statistical data, other legislation, and several decisions of this Court. The respondent also emphasizes that the assumptions underlying the impugned CPP provisions concern, not the relatively immediate financial needs of surviving spouses, but their long-term financial needs.

positions, l'exactitude de ces dernières se reflète aujourd'hui dans des données statistiques, d'autres mesures législatives et plusieurs décisions de notre Cour. L'intimé souligne également que les suppositions qui sous-tendent les dispositions contestées du RPC concernent non pas les besoins financiers relativement immédiats des conjoints survivants, mais leurs besoins à long terme.

The questions, to take up the dignity-related concerns discussed above, may be put in the following terms. Do the impugned CPP provisions, in purpose or effect, violate essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice? Does the law, in purpose or effect, conform to a society in which all persons enjoy equal recognition as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect, and consideration? Does the law, in purpose or effect, perpetuate the view that people under 45 are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society?

99 Pour reprendre les préoccupations relatives à la dignité qui ont déjà été abordées, on peut résumer les questions de la façon suivante. Les dispositions contestées du RPC ont-elles pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux? L'objet et l'effet de la loi sont-ils compatibles avec une société dans laquelle tous sont également reconnus en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération? L'objet et l'effet de la loi perpétuent-ils l'opinion que les gens âgés de moins de 45 ans sont moins capables, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne?

Before answering these questions, it is useful to note that, although the appellant has referred this Court to government reports and other sources which favour extending survivor's pensions to younger spouses on the basis that they suffer immediate financial need, she has not demonstrated that either the purpose or the effect of the impugned legislative provisions violates her human dignity in the sense discussed above so as to constitute discrimination. I agree with the appellant that surviving spouses of all ages are vulnerable, economically and otherwise, immediately following the death of a spouse. However, as both the appellant and respondent acknowledged in their submissions before this Court, the purpose and function of the impugned CPP provisions is not to remedy the immediate financial need experienced by widows and widowers, but rather to enable

100 Avant de répondre à ces questions, il est utile de signaler que, bien que l'appelante ait attiré l'attention de notre Cour sur des rapports gouvernementaux et d'autres sources favorables à l'élargissement de l'admissibilité aux prestations aux conjoints survivants plus jeunes, en raison de leurs besoins financiers immédiats, elle n'a pas démontré que l'objet ou l'effet des dispositions législatives contestées violent la dignité et la liberté de sa personne, dans le sens susmentionné, au point de constituer de la discrimination. Je conviens avec l'appelante que les conjoints survivants de tous âges sont vulnérables, économiquement et autrement, dans la période qui suit immédiatement le décès de leur conjoint. Toutefois, ainsi que l'appelante et l'intimé l'ont reconnu dans leurs observations à la Cour, l'objet et la fonction des dispositions contestées du RPC ne sont pas de pourvoir aux besoins financiers immédiats des veuves et des veufs, mais plutôt de permettre aux veuves et aux

older widows and widowers to meet their basic needs during the longer term.

101 As the appellant states, reflected in the age distinctions in the survivor's pension provisions of the CPP appears to be the notion that young persons experience fewer impediments to long-term labour force participation and are generally in a better position than older persons to replace independently over the long run as a working member of Canadian society the income of a deceased spouse. It seems to me that the increasing difficulty with which one can find and maintain employment as one grows older is a matter of which a court may appropriately take judicial notice. Indeed, this Court has often recognized age as a factor in the context of labour force attachment and detachment. For example, writing for the majority in *McKinney*, *supra*, La Forest J. stated as follows, at p. 299:

> Barring specific skills, it is generally known that persons over 45 have more difficulty finding work than others. They do not have the flexibility of the young, a disadvantage often accentuated by the fact that the latter are frequently more recently trained in the more modern skills.

Similar thoughts were expressed in *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at pp. 998-99, *per* Iacobucci J., and at pp. 1008-09, *per* McLachlin J., regarding the relevance of increased age to a determination of what constitutes reasonable notice of employment termination. See also *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at pp. 881-83, *per* McLachlin J., regarding the relevance of increased age to a determination of a former spouse's ability to support himself or herself.

102 The answers to the questions which I posed above with respect to human dignity thus lie, in part, in the aim and effects of the legislation in providing long-term financial security for Canadians who lose a spouse, coupled with the greater flexibility and opportunity of younger people without dependent children or disabilities to achieve

veufs plus âgés de subvenir à leurs besoins essentiels à long terme.

Selon l'appelante, l'idée qui se dégage des distinctions fondées sur l'âge établies par les dispositions du RPC relatives à la pension de survivant semble être que les jeunes personnes éprouvent moins de difficulté à participer au marché du travail à long terme et sont généralement plus en mesure que leurs aînés de remplacer, au fil du temps, par leurs propres moyens et en tant que membres actifs de la société canadienne, le revenu de leur conjoint décédé. Il me semble qu'un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d'office du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi. En fait, notre Cour a souvent reconnu que l'âge était un facteur à considérer dans le contexte de la participation au marché du travail et du retrait de ce dernier. Par exemple, le juge La Forest a affirmé, au nom de la Cour à la majorité dans *McKinney*, précité, à la p. 299:

> À moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes.

Des idées semblables ont été exprimées dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, aux pp. 998 et 999, le juge Iacobucci, et aux pp. 1008 et 1009, le juge McLachlin, concernant la pertinence de l'âge quant à savoir ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi. Voir aussi *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, aux pp. 881 à 883, le juge McLachlin, concernant la pertinence de l'âge quant à la question de la capacité d'un ex-conjoint de subvenir à ses propres besoins.

Les réponses aux questions que j'ai énoncées précédemment relativement à la dignité humaine se trouvent donc, en partie, dans l'objet et les effets des dispositions législatives, pour ce qui est de fournir une sécurité financière à long terme aux Canadiens qui perdent leur conjoint, ainsi que dans la souplesse et les possibilités plus grandes qu'ont

long-term security absent their spouse. Yes, the law imposes a disadvantage on younger spouses in this class. But it is unlikely to be a substantive disadvantage, viewed in the long term. The law on its face treats such younger people differently, but the differential treatment does not reflect or promote the notion that they are less capable or less deserving of concern, respect, and consideration, when the dual perspectives of long-term security and the greater opportunity of youth are considered. Nor does the differential treatment perpetuate the view that people in this class are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society. Given the contemporary and historical context of the differential treatment and those affected by it, the legislation does not stereotype, exclude, or devalue adults under 45. The law functions not by the device of stereotype, but by distinctions corresponding to the actual situation of individuals it affects. By being young, the appellant, *a fortiori*, has greater prospect of long-term income replacement.

les personnes plus jeunes sans enfants à charge et sans invalidités lorsqu'il s'agit de se bâtir une sécurité à long terme en l'absence de leur conjoint. Il est vrai que la loi défavorise les conjoints plus jeunes qui se trouvent dans cette catégorie. Mais, il ne s'agit vraisemblablement pas d'un désavantage réel, si on le regarde à long terme. À sa face même, la loi traite différemment ces personnes plus jeunes, mais, si elle est analysée du double point de vue de la sécurité à long terme et des possibilités plus grandes offertes par la jeunesse, la différence de traitement ne traduit ni n'encourage l'idée que ces personnes sont moins capables, ou moins dignes d'intérêt, de respect et de considération. De même, la différence de traitement ne perpétue pas l'opinion que les gens de cette catégorie sont moins capables, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne. Compte tenu du contexte contemporain et historique qui entoure la différence de traitement et les personnes qu'elle touche, les dispositions législatives en cause n'appliquent pas de stéréotypes aux adultes âgés de moins de 45 ans, ne les excluent pas et ne les dévalorisent pas. La loi ne fonctionne pas au moyen de stéréotypes mais au moyen de distinctions qui correspondent à la situation véritable des personnes qu'elle vise. Du fait de sa jeunesse, l'appelante jouit, à plus forte raison, de meilleures chances de remplacer à long terme le revenu perdu.

Another factor supporting the view that the impugned CPP provisions do not violate essential human dignity is the clear ameliorative purpose of the pension scheme for older surviving spouses. Older surviving spouses, like surviving spouses who are disabled or who care for dependent children, are more economically vulnerable to the long-term effects of the death of a spouse. Parliament's intent in enacting a survivor's pension scheme with benefits allocated according to age appears to have been to allocate funds to those persons whose ability to overcome need was weakest. The concern was to enhance personal dignity and freedom by ensuring a basic level of long-term financial security to persons whose personal situation makes them unable to achieve this goal, so important to life and dignity. This is a legislative

103 Le fait que le régime de pensions a clairement pour objet d'améliorer la situation des conjoints survivants âgés constitue un autre facteur à l'appui de l'opinion que les dispositions contestées du RPC ne portent pas atteinte à la dignité humaine essentielle. Les conjoints survivants âgés, tout comme les conjoints survivants qui sont invalides ou ont des enfants à charge, sont plus vulnérables économiquement aux effets à long terme du décès du conjoint. En établissant un régime de pensions qui accorde des prestations suivant l'âge du survivant, le législateur semble avoir voulu allouer les fonds aux personnes dont la capacité de subvenir à leurs besoins était la plus faible. Sa préoccupation était de promouvoir la dignité et la liberté de la personne en assurant une sécurité financière de base à long terme aux personnes dont la situation

purpose which accords well with the fundamental purposes of s. 15(1) of the *Charter*. Given that the appellant is more advantaged in a relative sense, and that the legislative distinctions in the present case largely correspond to the greater long-term need and different circumstances experienced by the more disadvantaged group being targeted by the legislation, I find it difficult to perceive in the purpose or effects of the impugned legislation a violation of the appellant's dignity.

104 The challenged legislation simply reflects the fact that people in the appellant's position are more able to overcome long-term need because of the nature of a human being's life cycle. Those who are younger when they lose a spouse are more able to replace the income lost from the death of a spouse. A reasonable person under the age of 45 who takes into account the contextual factors relevant to the claim would properly interpret the distinction created by the CPP as suggesting that younger people are more likely to find a new spouse, are more able to retrain or obtain new employment, and have more time to adapt to their changed financial situation before retirement. Young people are inherently better able to initiate and maintain long-term labour force participation, and as such the impugned CPP provisions cannot be said to impose a discriminatory disadvantage upon them. In such narrow circumstances, where legislation does not demean the dignity of those it excludes in either its purpose or its effects, it is open to the legislature to use age as a proxy for long-term need.

105 In referring to the existence of a correspondence between a legislative distinction in treatment and the actual situation of different individuals or groups, I do not wish to imply that legislation must always correspond perfectly with social reality in order to comply with s. 15(1) of the *Charter*. The

les rend incapables d'atteindre ce but, qui revêt tant d'importance sur les plans de la vie et de la dignité. C'est là un objet législatif qui s'harmonise bien avec les objectifs fondamentaux du par. 15(1) de la *Charte*. Étant donné que l'appelante est relativement plus favorisée et que les distinctions législatives en l'espèce correspondent largement aux besoins à long terme plus grands et à la situation différente que vit le groupe plus défavorisé visé par les dispositions, il m'est difficile de voir dans l'objet ou les effets de ces dispositions contestées une violation de la dignité de l'appelante.

Les dispositions législatives contestées traduisent simplement le fait que les personnes se trouvant dans la situation de l'appelante sont plus en mesure de subvenir à leurs besoins à long terme compte tenu de la nature du cycle de la vie humaine. Les personnes qui sont plus jeunes lorsqu'elles perdent un conjoint sont davantage capables de remplacer le revenu perdu par suite du décès du conjoint. Une personne raisonnable de moins de 45 ans qui tient compte des facteurs contextuels entourant l'allégation interpréterait à bon droit la distinction créée par le RPC comme signifiant que les personnes plus jeunes sont plus susceptibles de trouver un nouveau conjoint, sont davantage capables de se doter d'une nouvelle formation ou de trouver un nouvel emploi et disposent de plus de temps pour s'adapter à leur nouvelle situation financière avant de prendre leur retraite. Les jeunes personnes sont par nature plus aptes à intégrer le marché du travail et à y demeurer à long terme, de sorte qu'il est impossible de dire que les dispositions contestées du RPC leur imposent un fardeau discriminatoire. Dans des circonstances aussi particulières, où l'objet et les effets des dispositions législatives ne sapent pas la dignité des personnes qu'elles excluent, il est loisible au législateur de se servir de l'âge comme d'un indicateur des besoins à long terme.

En évoquant l'existence d'une correspondance entre une distinction de traitement établie par la loi et la situation véritable de personnes ou de groupes différents, je ne veux pas laisser entendre qu'une loi doit toujours correspondre parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au par. 15(1) de

determination of whether a legislative provision infringes a claimant's dignity must in every case be considered in the full context of the claim. In the present case, the appellant is more advantaged by virtue of her young age. She is challenging the validity of legislation with an egalitarian purpose and function whose provisions correspond to a very large degree with the needs and circumstances of the persons whom the legislation targets. There are no other factors suggesting that her dignity as a younger adult is demeaned by the legislation, either in its purpose or in its effects.

la *Charte*. La question de savoir si une disposition législative porte atteinte à la dignité du demandeur doit dans chaque cas être examinée en tenant compte de l'ensemble du contexte de la demande. En l'espèce, l'appelante est favorisée en raison de son jeune âge. Elle conteste la validité d'un texte de loi ayant un objet et des fonctions égalitaires et dont les dispositions correspondent dans une très large mesure aux besoins et à la situation des personnes ciblées. Aucun autre facteur ne donne à penser que ces dispositions portent atteinte à sa dignité de jeune adulte, tant dans leur objet que dans leurs effets.

Under these circumstances, the fact that the legislation is premised upon informed statistical generalizations which may not correspond perfectly with the long-term financial need of all surviving spouses does not affect the ultimate conclusion that the legislation is consonant with the human dignity and freedom of the appellant. Parliament is entitled, under these limited circumstances at least, to premise remedial legislation upon informed generalizations without running afoul of s. 15(1) of the *Charter* and being required to justify its position under s. 1. I emphasize, though, that under other circumstances a more precise correspondence will undoubtedly be required in order to comply with s. 15(1). In particular, a more precise correspondence will likely be important where the individual or group which is excluded by the legislation is already disadvantaged or vulnerable within Canadian society.

106 Dans les circonstances, le fait que les dispositions de la loi s'appuient sur des généralisations statistiques documentées qui peuvent ne pas correspondre parfaitement aux besoins financiers à long terme de tous les conjoints survivants ne compromet pas la conclusion ultime, soit qu'elles sont compatibles avec la dignité et la liberté de l'appelante. Dans ces circonstances particulières à tout le moins, le législateur peut légitimement s'appuyer sur des généralisations documentées pour édicter des dispositions réparatrices sans contrevenir au par. 15(1) de la *Charte* et sans avoir à les justifier au sens de l'article premier. Je souligne toutefois que, dans d'autres circonstances, le respect du par. 15(1) exigera à n'en pas douter une correspondance plus précise. En particulier, une correspondance plus précise sera vraisemblablement importante dans le cas où la personne ou le groupe exclu de la loi est déjà défavorisé ou vulnérable dans la société canadienne.

In conclusion with respect to the particular circumstances of the appellant's case, I would also note that people in the position of the appellant are not completely excluded from obtaining a survivor's pension, although it is delayed until the person reaches age 65 unless they become disabled before then. The availability of the pension to the appellant strengthens the conclusion that the law does not reflect a view of the appellant that suggests she is undeserving or less worthy as a person, only that the distribution of the benefit to her will

107 Pour terminer en ce qui concerne la situation particulière de l'appelante, j'aimerais aussi souligner que les personnes dans sa situation ne sont pas complètement exclues du bénéfice des prestations de survivant, quoique celles-ci soient reportées au moment où elles atteignent 65 ans, à moins que, entre-temps, elles ne deviennent invalides. L'admissibilité de l'appelante à cette pension étaye la conclusion que la loi ne traduit pas une opinion voulant que l'appelante soit moins méritante ou ait moins de valeur comme personne; la loi prévoit seulement que les prestations ne lui seront versées que lorsqu'elle aura atteint une certaine étape dans

be delayed until she is at a different point in her life cycle, when she reaches retirement age.

son cycle de vie, soit au moment de l'âge de la retraite.

108 In these circumstances, recalling the purposes of s. 15(1), I am at a loss to locate any violation of human dignity. The impugned distinctions in the present case do not stigmatize young persons, nor can they be said to perpetuate the view that surviving spouses under age 45 are less deserving of concern, respect or consideration than any others. Nor do they withhold a government benefit on the basis of stereotypical assumptions about the demographic group of which the appellant happens to be a member. I must conclude that, when considered in the social, political, and legal context of the claim, the age distinctions in ss. 44(1)(*d*) and 58 of the CPP are not discriminatory.

Dans ces circonstances, compte tenu des objectifs du par. 15(1), je ne parviens pas à déceler une atteinte quelconque à la dignité humaine. Les distinctions contestées en l'espèce ne stigmatisent pas les jeunes personnes, et on ne peut pas non plus affirmer qu'elles perpétuent l'idée que les conjoints survivants de moins de 45 ans ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération que les autres. Elles ne privent pas non plus d'un avantage offert par l'État en raison de prémisses stéréotypées au sujet du groupe démographique dont l'appelante fait partie. Je dois conclure que, lorsqu'elles sont considérées dans les contextes social, politique et juridique de la demande, les distinctions fondées sur l'âge établies par l'al. 44(1)*d*) et l'art. 58 du RPC ne sont pas discriminatoires.

109 In finding that the impugned legislative provisions do not infringe s. 15(1) of the *Charter*, I do not wish in any way to minimize the emotional and economic upset which affects surviving dependents when a spouse dies. My analysis herein is not meant to suggest that young people do not suffer following the death of a loved one, but only that the impugned CPP provisions are not discriminatory between younger and older adults within the purpose and meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

En concluant que les dispositions législatives contestées ne violent pas le par. 15(1) de la *Charte*, je ne voudrais d'aucune façon minimiser les difficultés émotionnelles et économiques qui affectent les personnes à charge lorsqu'un conjoint décède. L'analyse que je fais ici ne signifie pas que les jeunes personnes ne souffrent pas à la suite du décès d'une personne qui leur est chère, mais seulement que les dispositions contestées du RPC n'exercent pas une discrimination entre adultes jeunes et plus âgés au sens et selon l'objet du par. 15(1) de la *Charte*.

110 I conclude, then, that this is one of the rare cases contemplated in *Andrews*, *supra*, in which differential treatment based on one or more of the enumerated or analogous grounds in s. 15(1) is not discriminatory. It is important to identify such cases through a purposive analysis of s. 15(1), in order to ensure that analysis under s. 15(1) does not become mechanistic, but rather addresses the true social, political and legal context underlying each and every equality claim.

Je conclus donc que la présente affaire constitue l'un des rares cas envisagés dans *Andrews*, précité, dans lesquels la différence de traitement, fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues visés par le par. 15(1), n'est pas discriminatoire. Il est important d'identifier ces cas en analysant le par. 15(1) en fonction de son objet, afin de faire en sorte que l'analyse effectuée sous le régime de ce paragraphe ne devienne pas mécanique, mais tienne compte plutôt des véritables contextes social, politique et juridique entourant chaque demande fondée sur le droit à l'égalité.

G. *Section 1 of the Charter*

As I have found no violation of s. 15(1) of the *Charter*, it is not necessary to turn to s. 1.

VII. Conclusions and Disposition

In the result, I would dismiss the appeal. I note that the respondent has not asked for costs. Under the circumstances, I make no order in that regard.

I would thus answer the constitutional questions as follows:

Q. 1: Do ss. 44(1)(*d*) and 58 of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, infringe on s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that they discriminate against widows and widowers under the age of 45 on the basis of age?

A.: No.

Q. 2: If so, can this infringement be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A.: In view of the answer to Question 1, it is not necessary to answer this question.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Toronto.

G. *L'article premier de la Charte*

Comme j'ai conclu à l'absence de violation du par. 15(1) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'article premier. 111

VII. Conclusions et dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je remarque que l'intimé n'a pas demandé de dépens. Dans ces circonstances, je ne rends aucune ordonnance à cet égard. 112

Je suis donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante: 113

Q. 1: L'alinéa 44(1)*d*) et l'art. 58 du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, violent-ils le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'ils établissent une distinction fondée sur l'âge relativement aux veuves et aux veufs âgés de moins de 45 ans?

R.: Non.

Q. 2: Dans l'affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R.: Vu la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureur de l'intimé: Le procureur général du Canada, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 1999 Vol. 1

3e cahier, 1999 Vol. 1

Cited as [1999] 1 S.C.R. 391-563

Renvoi [1999] 1 R.C.S. 391-563

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

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, 1999.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
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
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

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, 1999.

CONTENTS

Bracklow *v.* Bracklow **420**

Family law — Spousal support — Parties living together for seven years including three years of marriage — Wife having various health problems from beginning of relationship and becoming disabled and unable to work and support herself — Whether disabled spouse entitled to spousal support — Obligation owed by healthy spouse to sick one when marriage collapses — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 89, 93(2) — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2(1), (4), (6).

Law *v.* Canada (Minister of Employment and Immigration) **497**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Canada Pension Plan gradually discounting survivor's benefits for able-bodied claimants without dependent children until

Continued on next page

SOMMAIRE

Bracklow *c.* Bracklow **420**

Droit de la famille — Aliments au profit d'un époux — Cohabitation des parties pendant une période de sept années, dont trois années de mariage — Épouse devenant handicapée et incapable de travailler et de subvenir à ses besoins après avoir eu divers problèmes de santé dès le début de la relation — L'époux handicapé a-t-il droit à une pension alimentaire? — Obligation de l'époux bien portant envers l'époux malade à la rupture du mariage — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 89, 93(2) — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2(1), (4), (6).

Law *c.* Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) **497**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Régime de pensions du Canada réduisant de façon progres-

Suite à la page suivante

threshold minimum age of 35 reached and delaying those benefits until retirement age — Survivors benefits delayed to retirement age — Appellant able-bodied, under 35 and without dependent children — Whether denial of benefits discrimination on basis of age — Whether denial of benefits an infringement of Charter's equality provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 44(1)(d), 58.

R. *v.* Sundown **393**

Indians — Treaty rights — Right to hunt and fish — Treaty Indian constructing log cabin in provincial park — Park regulations prohibiting construction of dwelling on park land without permission — Whether cabin reasonably incidental to hunting and fishing rights — If so, whether regulations infringe upon hunting rights — Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, s. 41(2)(j) — Treaty No. 6 — Natural Resources Transfer Agreement, para. 12 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.

R. *v.* W.S. (R.) **391**

Criminal law — Sexual offences — Credibility — Trial judge finding accused's testimony failed to raise reasonable doubt — Accused properly convicted.

Smith *v.* Jones **455**

Privilege — Solicitor-client privilege — Public safety exception — Psychiatrist's report and opinion — Psychiatrist retained by defence counsel to assist in preparing accused's defence — Psychiatrist's report indicating that accused posed continuing danger to society — Accused pleading guilty and defence counsel informing psychiatrist that sentencing judge would not be informed of his concerns about accused — Circumstances and factors to be considered in determining whether solicitor-client privilege should be set aside in interest of protecting public safety.

Courts — Proceedings — Openness — Action on exception to solicitor-client privilege — Court file sealed — Hearing in Supreme Court public but members of press and public subject to publication ban — Supreme Court holding public safety exception to solicitor-client privilege applicable — Publication ban lifted and file unsealed, except parts of affidavit subject to solicitor-client privilege which do not fall within public safety exception.

sive le montant de la pension à laquelle le conjoint survivant qui n'est pas invalide et n'a pas d'enfant à charge a droit de sorte qu'il doit avoir au moins 35 ans pour toucher des prestations et reportant le versement de telles prestations à l'âge de la retraite — Versement des prestations de survivant reporté à l'âge de la retraite — Appelante de moins de 35 ans, qui n'est pas invalide et n'a pas d'enfant à charge — Son inadmissibilité aux prestations constitue-t-elle de la discrimination fondée sur l'âge? — Son inadmissibilité aux prestations viole-t-elle la disposition de la Charte en matière d'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 44(1)d), 58.

R. *c.* Sundown **393**

Indiens — Droits issus de traités — Droit de chasse et de pêche — Construction d'une cabane en rondins dans un parc provincial par un Indien visé par un traité — Dispositions réglementaires interdisant la construction sans permission de toute habitation dans les parcs — La cabane est-elle raisonnablement accessoire aux droits de chasse et de pêche? — Dans l'affirmative, les dispositions réglementaires portent-elles atteinte aux droits de chasse? — Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, art. 41(2)j) — Traité nº 6 — Convention sur le transfert des ressources naturelles, par. 12 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

R. *c.* W.S. (R.) **391**

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Crédibilité — Conclusion du juge du procès que le témoignage de l'accusé n'a suscité aucun doute raisonnable — Accusé déclaré coupable à bon droit.

Smith *c.* Jones **455**

Privilège — Secret professionnel de l'avocat — Exception relative à la sécurité publique — Rapport et avis d'un psychiatre — Services d'un psychiatre retenus par l'avocat de la défense pour l'aider à préparer la défense de l'accusé — Rapport du psychiatre indiquant que l'accusé constituait un danger permanent pour la société — Accusé ayant plaidé coupable, l'avocat de la défense fait savoir au psychiatre que le juge chargé de la détermination de la peine ne sera pas informé de ses inquiétudes au sujet de l'accusé — Circonstances et facteurs à examiner pour trancher la question de savoir si le secret professionnel de l'avocat doit être écarté dans l'intérêt de la protection de la sécurité publique.

Tribunaux — Procédures — Transparence — Action concernant une exception au privilège du secret professionnel de l'avocat — Dossier de la cour mis sous scellés — Audience publique devant la Cour suprême mais la presse et le public présents sont soumis à une interdiction de publication — Exception au privilège du secret professionnel de l'avocat relative à la sécurité publique jugée applicable par la Cour suprême — Levée des scellés et de l'ordonnance de non-publication, sauf en ce qui concerne les parties de l'affidavit faisant l'objet du secret professionnel de l'avocat qui ne sont pas visées par l'exception relative à la sécurité publique.

John Campbell and Salvatore Shirose *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* CAMPBELL

File No.: 25780.

1998: May 28; 1999: April 22.

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

Criminal law — Abuse of process — Stay of proceedings — Reverse sting operation involving police "sale" of illegal drugs to drug organization executives — Whether reverse sting operation abuse of process — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2 "traffic", 4 — Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041, s. 3(1) — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 37.

Evidence — Privilege — Solicitor-client privilege — Reverse sting operation involving police "sale" of illegal drugs to drug organization executives — RCMP officer consulting Department of Justice lawyer as to legality of planned reverse sting operation — Claim made that reverse sting operation predicated on its being considered legal — Defence wanting to test disclosure of legal advice received by RCMP — Whether communications between RCMP and Department of Justice lawyer should be disclosed.

The RCMP were alleged to have violated the *Narcotic Control Act* by selling a large quantity of hashish to senior "executives" in a drug trafficking organization as part of a reverse sting operation. The appellants, as purchasers, were charged with conspiracy to traffic in cannabis resin and conspiracy to possess cannabis resin for that purpose. The trial judge found the appellants guilty as charged but, before sentencing, heard their motion for a stay of any further steps in the proceeding. The appellants argued that the reverse sting constituted illegal police conduct which "shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper adminis-

John Campbell et Salvatore Shirose *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* CAMPBELL

N° du greffe: 25780.

1998: 28 mai; 1999: 22 avril.

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 criminel — Abus de procédure — Arrêt des procédures — Opération policière de «vente surveillée» de drogues illégales à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue — L'opération de vente surveillée est-elle un abus de procédure? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «faire le trafic», 4 — Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., ch. 1041, art. 3(1) — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 37.

Preuve — Secret professionnel de l'avocat — Opération policière de vente surveillée de drogues illégales à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue — Consultation d'un avocat du ministère de la Justice par un agent de la GRC au sujet de la légalité de l'opération de vente surveillée projetée — Il est allégué que l'opération de vente surveillée était fondée sur la croyance dans sa légalité — La défense veut vérifier la teneur de l'avis juridique obtenu par la GRC — Les communications entre la GRC et l'avocat du ministère de la Justice doivent-elles être divulguées?

Il a été allégué que la GRC a contrevenu à la *Loi sur les stupéfiants* en vendant une importante quantité de haschisch à de hauts «dirigeants» d'une organisation de trafic de drogue, dans le cadre d'une opération de vente surveillée. En tant qu'acheteurs, les appelants ont été inculpés de complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis et de complot en vue de posséder de la résine de cannabis pour en faire le trafic. Le juge du procès a déclaré les appelants coupables des infractions reprochées, mais, avant de prononcer la peine, il a entendu leur requête en arrêt des procédures. Les appelants ont soutenu que la vente surveillée est une activité policière

tration of justice that it warrants judicial intervention". The stay was refused by the courts below.

As part of their case for a stay the appellants sought, but were denied, access to the legal advice provided to the police by the Department of Justice on which the police claimed to have placed good faith reliance. The Crown's position implied that the RCMP acted in accordance with legal advice.

At issue here is the effect, in the context of the "war on drugs", of alleged police illegality on the grant of a judicial stay of proceedings, and related issues regarding the solicitor-client privilege invoked by the RCMP and pre-trial disclosure of solicitor-client communications to which privilege has been waived.

Held: The appeal should be allowed in part.

At this stage of the proceedings, the door is finally and firmly closed against both appellants on the question of guilt or innocence notwithstanding the contention of one appellant that the conspiracy alleged by the Crown, and encompassed in the indictment, was a larger agreement than his demonstrated involvement. The appellant was clearly able to ascertain the conspiracy alleged against him from a plain reading of the indictment as was required by the jurisprudence.

The effect of police illegality on an application for a stay of proceedings depends very much on the facts of a particular case. This case-by-case approach is dictated by the requirement to balance factors which are specific to each fact situation. Here, the RCMP acted in a manner facially prohibited by the *Narcotic Control Act*. Their motive in doing so does not matter because, while motive may be relevant for some purposes, it is intent, not motive, that is an element of a full *mens rea* offence.

A police officer investigating a crime occupies a public office initially defined by the common law and subsequently set out in various statutes and is not acting as a government functionary or as an agent. Here, the only issue was the status of an RCMP officer in the course of a criminal investigation and in that regard the police are independent of the control of the executive government.

illégale qui «choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'[elle] justifie une intervention des tribunaux». Les tribunaux d'instance inférieure ont refusé l'arrêt des procédures.

Dans le cadre de leur requête en arrêt des procédures, les appelants ont tenté en vain d'obtenir l'avis juridique que le ministère de la Justice avait fourni à la police et sur lequel cette dernière a affirmé s'être fondée de bonne foi. La position du ministère public donnait à croire que la GRC avait agi conformément à un avis juridique.

Il s'agit en l'espèce d'examiner, dans le contexte de la «guerre contre la drogue», l'effet de l'illégalité policière alléguée relativement à l'arrêt des procédures et aux questions connexes du secret professionnel de l'avocat invoqué par la GRC et de la divulgation avant procès de communications entre avocat et client dans le cas où le secret professionnel est levé.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

À cette étape des procédures, la question de la culpabilité ou de l'innocence des appelants est définitivement et fermement réglée malgré la prétention de l'un des appelants que le complot allégué par le ministère public et visé par l'acte d'accusation consistait en une entente plus globale que ce qui a été démontré relativement à sa participation. Il est clair que, comme l'exige la jurisprudence, la simple lecture de l'acte d'accusation permettait à l'appelant de déterminer le complot qui lui était reproché.

L'incidence de l'illégalité commise par la police sur une demande d'arrêt des procédures dépend beaucoup des faits d'une affaire donnée. Il faut procéder au cas par cas afin de soupeser les facteurs particuliers de chaque situation factuelle. En l'espèce, les agents de la GRC ont agi d'une manière en apparence interdite par la *Loi sur les stupéfiants*. Leur mobile n'a aucune importance parce que, bien que le mobile puisse être pertinent à certaines fins, c'est l'intention, et non le mobile, qui constitue l'élément d'une infraction de *mens rea* complète.

Un policier qui enquête sur un crime occupe une charge publique définie à l'origine par la common law et établie par la suite dans différentes lois et n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit. En l'espèce, la seule question était le statut d'un agent de la GRC agissant dans le cadre d'une enquête criminelle, et, à cet égard, la police n'est pas sous le contrôle de la branche exécutive du gouvernement.

Even if the police could be considered agents of the Crown for some purposes, and even if the Crown itself were not bound by the *Narcotic Control Act*, in this case the police stepped outside the lawful ambit of their agency, and whatever immunity was associated with that agency was lost. Parliament made it clear that the RCMP must act "in accordance with the law" and that illegality by the RCMP is neither part of any valid public purpose nor necessarily "incidental" to its achievement. If some form of public interest immunity is to be extended to the police to assist in the "war on drugs", it should be left to Parliament to delineate the nature and scope of the immunity and the circumstances in which it is available.

Even if it should turn out here that the police acted contrary to the legal advice provided by the Department of Justice, there would still be no right to an automatic stay. The trial judge would still have to consider any other information or explanatory circumstances that emerge during the inquiry into whether the police or prosecutorial conduct "shocks the conscience of the community". A police force that chooses to operate outside the law is not the same thing as a police force that made an honest mistake on the basis of erroneous advice. There was no reason to think the RCMP ignored the advice it was given, but as the RCMP did make an issue of the legal advice it received in response to the stay applications, the appellants were entitled to have the bottom line of that advice corroborated.

The RCMP must be able to obtain professional legal advice in connection with criminal investigations without the chilling effect of potential disclosure of their confidences in subsequent proceedings. Here, the officer's consultation with the Department of Justice lawyer fell squarely within this functional definition, and the fact that the lawyer worked for an "in-house" government legal service did not affect the creation or character of the privilege. Whether or not solicitor-client privilege attaches in any of these situations depends on the nature of the relationship, the subject matter of the advice and the circumstances in which it is sought and rendered.

An exception to the principle of confidentiality of solicitor-client communications exists where those communications are criminal or else made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime. Here, the officer sought advice as to whether or not the operation he had in mind was lawful. The privilege is not automatically destroyed if the transaction turns out to be illegal.

Même si les policiers pouvaient être considérés comme des mandataires de l'État dans certains cas et que ce dernier n'était pas lié par la *Loi sur les stupéfiants*, les policiers en l'espèce ont outrepassé les limites légales de leur mandat et, si ce dernier comportait une immunité, celle-ci a été perdue. Le Parlement a bien précisé que la GRC doit agir «conformément au droit» et qu'une illégalité commise par la GRC n'entre dans le cadre d'aucune fin d'intérêt public valide et n'est pas nécessairement «accessoire» à sa réalisation. S'il y a lieu de conférer à la police une certaine forme d'immunité d'intérêt public pour l'aider dans la «guerre contre la drogue», il revient au Parlement de circonscrire la nature et la portée de l'immunité ainsi que les faits qui y donnent ouverture.

Même s'il s'avérait que les actes de la police allaient à l'encontre des conseils juridiques reçus du ministère de la Justice, cela ne donnerait pas lieu automatiquement à un arrêt. Le juge du procès devrait encore prendre en considération tout autre renseignement ou circonstance explicative qui se dégage de l'examen de la question de savoir si la conduite de la police ou de la poursuite «choque la conscience de la collectivité». Une force policière qui choisit d'agir hors la loi n'est pas la même chose qu'une force policière qui a commis une erreur de bonne foi fondée sur un avis erroné. Il n'y a aucune raison de penser que la GRC a écarté l'avis reçu, mais, puisque la GRC l'a invoqué en réponse à la demande d'arrêt des procédures, les appelants avaient droit à ce que la teneur de cet avis soit corroborée.

Il faut que la GRC soit capable d'obtenir des conseils juridiques professionnels relativement à des enquêtes criminelles sans devoir subir l'effet paralysant de la divulgation potentielle de confidences à l'occasion de procédures ultérieures. En l'espèce, la consultation donnée à l'agent par l'avocat du ministère de la Justice cadre parfaitement avec cette définition fonctionnelle, et le fait que l'avocat soit à l'emploi d'un service juridique gouvernemental «interne» ne change rien à l'égard de la création ou de la nature du privilège. Le secret professionnel de l'avocat s'appliquera ou non à ces situations selon la nature de la relation, l'objet de l'avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni.

Une exception au principe de la confidentialité des communications avocat-client existe dans les cas où ces communications sont de nature criminelle ou qu'elles visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d'un crime. En l'espèce, l'agent a demandé un avis sur légalité de l'opération qu'il projetait. Le privilège n'est pas automatiquement écarté si l'opération se révèle illégale.

Destruction of the solicitor-client privilege takes more than evidence of the existence of a crime and proof of an anterior consultation with a lawyer. There must be something to suggest that the advice facilitated the crime or that the lawyer otherwise became a "dupe or conspirator". The RCMP, by adopting the position that the decision to proceed with the reverse sting had been taken with the participation and agreement of the Department of Justice, belatedly brought itself within the "future crimes" exception and put in question the continued existence of its privilege.

Another exception to the rule of confidentiality of solicitor-client privilege may arise where adherence to that rule would have the effect of preventing the accused from making full answer and defence. Although the entire jeopardy of the appellants remained an open issue until disposition of the stay application, the appellants were not providing "full answer and defence" to the stay application. They were the moving parties of an application being defended by the Crown. The appellants' initiative in launching a stay application does not, of itself, authorize a fishing expedition into solicitor-client communications to which the Crown is a party.

The RCMP put the officer's good faith belief in the legality of the reverse sting in issue, and asserted its reliance upon his consultations with the Department of Justice to buttress that position. The RCMP thus waived the right to shelter the contents of that advice behind solicitor-client privilege. It is not always necessary for the client actually to disclose part of the contents of the advice in order to waive privilege to the relevant communications of which it forms a part. It was sufficient in this case for the RCMP to support its good faith argument by undisclosed advice from legal counsel in circumstances where, as here, the existence or non-existence of the asserted good faith depended on the content of that legal advice. Non-disclosure of information clearly relevant to the good faith reliance issue here cannot properly be disposed of by adverse inferences. The appellants were entitled to disclosure of legal advice with respect to: (1) the legality of the police posing as sellers of drugs to persons believed to be distributors of drugs; (2) the legality of the police offering drugs for sale to persons believed to be distributors of drugs; and (3) the possible consequences to the members of the RCMP who engaged in one or both of the above, including the likelihood of prosecution. If there is a dispute concerning the adequacy of disclosure, the disputed documents or information should be provided by the Crown to the trial judge for an initial determination

La levée du privilège exige plus que la preuve de l'existence d'un crime et de la consultation préalable d'un avocat. Il faut quelque élément tendant à établir que l'avis a facilité le crime ou que l'avocat est devenu «dupe ou comploteur». En soutenant que la décision d'exécuter l'opération de vente surveillée a été prise avec la participation et l'accord du ministère de la Justice, la GRC s'est placée en fin de compte dans le cadre de l'exception de «crime projeté» et a mis en question le maintien du privilège.

Une autre exception au principe du secret professionnel de l'avocat peut prendre naissance lorsque le respect de ce principe aurait pour effet d'empêcher l'accusé de faire valoir une défense pleine et entière. Bien que le sort entier des appelants demeure non réglé jusqu'à ce que la demande d'arrêt des procédures soit tranchée, les appelants ne faisaient pas valoir une «défense pleine et entière» à la demande d'arrêt des procédures. Ce sont eux qui ont présenté cette demande à laquelle le ministère public s'oppose en défense. La décision des appelants de demander l'arrêt des procédures n'autorise pas en soi une recherche à l'aveuglette dans les communications entre avocat et client auxquelles le ministère public a pris part.

La GRC a fait valoir la croyance de bonne foi de l'agent dans la légalité de l'opération de vente surveillée et elle a affirmé s'être fiée aux consultations qu'il avait eues avec le ministère de la Justice afin d'étayer cet argument. La GRC a donc renoncé au droit d'abriter le contenu de cet avis derrière le secret professionnel de l'avocat. Il n'est pas toujours nécessaire que le client divulgue effectivement une part du contenu de l'avis juridique pour qu'il y ait renonciation au privilège protégeant les communications pertinentes dont l'avis fait partie. En l'espèce, il était suffisant que la GRC appuie son argument de la bonne foi sur l'avis non divulgué de l'avocat alors que l'existence ou la non-existence de la bonne foi invoquée dépendait du contenu de cet avis. On ne peut pas en l'espèce régler par inférences défavorables la question de l'absence de divulgation de renseignements manifestement pertinents à l'égard du moyen de l'avis suivi de bonne foi. Les appelants ont droit à ce que leur soient divulgués les avis juridiques concernant (1) la légalité du fait que des policiers prétendent être des vendeurs de drogue auprès de personnes soupçonnées d'être des distributeurs de drogue; (2) la légalité du fait que des policiers offrent de vendre de la drogue à des personnes soupçonnées d'être des distributeurs de drogue; (3) les conséquences possibles pour les membres de la GRC qui se livrent à l'une des activités susmentionnées, ou aux deux, y compris la possibilité de

whether this direction has been complied with. The trial judge should then determine what, if any, additional disclosure should be made to the appellants.

poursuites. En cas de conflit au sujet du caractère suffisant de la divulgation, les documents ou renseignements contestés doivent être remis par le ministère public au juge du procès qui décidera d'abord si la présente ordonnance a été respectée. Le juge du procès devra alors décider quelle information supplémentaire, s'il en est, devrait être divulguée aux appelants.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551 *R. v. Douglas*, [1991] 1 S.C.R. 301; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339; *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620; **disapproved:** *Rutherford v. Swanson*, [1993] 6 W.W.R. 126; *Re Girouard and the Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 261; **considered:** *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; **referred to:** *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Lore*, Sup. Ct., No. 500-01-013926-891, March 8, 1991; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Showman*, [1988] 2 S.C.R. 893; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Bond* (1993), 135 A.R. 329, leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. v; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Mancuso* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. viii; *R. v. Mamchur*, [1978] 4 W.W.R. 481; *R. v. Sherman* (1977), 36 C.C.C. (2d) 207; *McCleave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106; *Enever v. The King* (1906), 3 C.L.R. 969; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. v. Creswell*, [1998] B.C.J. No. 1090 (QL); *Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396, aff'd (1990), 74 O.R. (2d) 225; *Perrier v. Sorgat* (1979), 25 O.R. (2d) 645; *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521; *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890); *Baucom v. Martin*, 677 F.2d 1346 (1982); *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Lore* (1997), 116 C.C.C. (3d) 255; *R. v. Matthiessen* (1995), 172 A.R. 196; *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982]

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339; *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620; **arrêts critiqués:** *Rutherford c. Swanson*, [1993] 6 W.W.R. 126; *Re Girouard and the Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 261; **arrêt examiné:** *Rogers c. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; **arrêts mentionnés:** *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Lore*, C. sup., nº 500-01-013926-891, 8 mars 1991; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Showman*, [1988] 2 R.C.S. 893; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Bond* (1993), 135 A.R. 329, autorisation d'appel refusée, [1993] 3 R.C.S. v; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Mancuso* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380, autorisation d'appel refusée, [1990] 2 R.C.S. viii; *R. c. Mamchur*, [1978] 4 W.W.R. 481; *R. c. Sherman* (1977), 36 C.C.C. (2d) 207; *McCleave c. City of Moncton* (1902), 32 R.C.S. 106; *Enever c. The King* (1906), 3 C.L.R. 969; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Attorney-General for New South Wales c. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457; *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. c. Creswell*, [1998] B.C.J. No. 1090 (QL); *Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396, conf. par (1990), 74 O.R. (2d) 225; *Perrier c. Sorgat* (1979), 25 O.R. (2d) 645; *R. c. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521; *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890); *Baucom c. Martin*, 677 F.2d 1346 (1982); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Lore* (1997), 116 C.C.C. (3d) 255; *R. c. Matthiessen* (1995), 172 A.R. 196; *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982]

1 S.C.R. 860; *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981); *Minter v. Priest*, [1929] 1 K.B. 655; *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353; *In re Lindsey*, 158 F.3d 1263 (1998); *R. v. Ladouceur*, [1992] B.C.J. No. 2854 (QL); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581; *State ex rel. North Pacific Lumber Co. v. Unis*, 579 P.2d 1291; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Gray* (1992), 74 C.C.C. (3d) 267; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *United States v. Exxon Corp.*, 94 F.R.D. 246 (1981).

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 8.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 462.37 [ad. R.S.C., 1985, c. 42 (4th Supp.), s. 2], 686(1)(*b*)(iii), (2), (8).
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985 c. C-50, s. 36 [rep. S.C. 1990, c. 8, s. 32].
Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2, s. 4.
Department of the Solicitor General Act, R.S.C., 1985, c. S-13.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 10.
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2 "traffic", 4.
Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041, s. 3(1).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 5 [am. R.S.C., 1985, c. 8 (2nd Supp.), s. 2], 37 [rep. *ibid.*, s. 16].

Authors Cited

Choo, Andrew L.-T. *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. London: MacMillan & Co., 1927.
Greaney, Gail M. Note, "Crossing the Constitutional Line: Due Process and the Law Enforcement Justification" (1992) 67 *Notre Dame L. Rev.* 745.
Halsbury's Laws of England, vol. 36, 4th ed. London: Butterworths, 1981.
Restatement of the Law Third, The Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996).

1 R.C.S. 860; *Upjohn Co. c. United States*, 449 U.S. 383 (1981); *Minter c. Priest*, [1929] 1 K.B. 655; *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. c. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353; *In re Lindsey*, 158 F.3d 1263 (1998); *R. c. Ladouceur*, [1992] B.C.J. No. 2854 (QL); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *O'Rourke c. Darbishire*, [1920] A.C. 581; *State ex rel. North Pacific Lumber Co. c. Unis*, 579 P.2d 1291; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. c. Gray* (1992), 74 C.C.C. (3d) 267; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *United States c. Exxon Corp.*, 94 F.R.D. 246 (1981).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 462.37 [aj. L.R.C. (1985), ch. 42 (4e suppl.), art. 2], 686(1)(*b*)(iii), (2), (8).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 10.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 8.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 5 [mod. L.R.C. (1985), ch. 8 (2e suppl.), art. 2], 37 [abr. *ibid.*, art. 16].
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985) ch. C-50, art. 36 [abr. L.C. 1990, ch. 8, art. 32].
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4.
Loi sur le ministère du Solliciteur général, L.R.C. (1985), ch. S-13.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «faire le trafic», 4.
Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., ch. 1041, art. 3(1).

Doctrine citée

Choo, Andrew L.-T. *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. London: MacMillan & Co., 1927.
Greaney, Gail M. Note, "Crossing the Constitutional Ligne: Due Process and the Law Enforcement Justification" (1992) 67 *Notre Dame L. Rev.* 745.
Halsbury's Laws of England, vol. 36, 4th ed. London: Butterworths, 1981.
Restatement of the Law Third, The Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996).

Scott, F. R. *Civil Liberties & Canadian Federalism.* The Plaunt Lectures, Carleton University, 1959. Toronto: University of Toronto Press, 1959.
"The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges" (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 32 O.R. (3d) 181, 96 O.A.C. 372, 115 C.C.C (3d) 310, 5 C.R. (5th) 391, [1997] O.J. No. 120 (QL), affirming a judgment of the Ontario Court (General Division), [1995] O.J. No. 431 (QL), denying the appellants' application for a stay of proceedings. Appeal allowed in part.

Alan D. Gold, for the appellant John Campbell.

Irwin Koziebrocki, for the appellant Salvatore Shirose.

Robert W. Hubbard, Fergus C. O'Donnell and *John North*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal the Court is asked to consider some implications of the constitutional principle that everyone from the highest officers of the state to the constable on the beat is subject to the ordinary law of the land. Here the police were alleged to have violated the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, by selling a large quantity of hashish (cannabis resin) to senior "executives" in a drug trafficking organization as part of what counsel called a "reverse sting" operation. The appellants, as purchasers, were charged with conspiracy to traffic in cannabis resin and conspiracy to possess cannabis resin for that purpose. The trial judge found the appellants guilty as charged but, before sentencing, heard the appellants' motion for a stay of any further steps in the proceeding. The appellants argued that the reverse sting constituted illegal police conduct which "shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention" (see *R. v. Power*, [1994] 1

Scott, F. R. *Civil Liberties & Canadian Federalism.* The Plaunt Lectures, Carleton University, 1959. Toronto: University of Toronto Press, 1959.
"The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges" (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 32 O.R. (3d) 181, 96 O.A.C. 372, 115 C.C.C (3d) 310, 5 C.R. (5th) 391, [1997] O.J. No. 120 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1995] O.J. No. 431 (QL), rejetant la demande des appelants en vue d'un arrêt des procédures. Pourvoi accueilli en partie.

Alan D. Gold, pour l'appelant John Campbell.

Irwin Koziebrocki, pour l'appelant Salvatore Shirose.

Robert W. Hubbard, Fergus C. O'Donnell et *John North*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour est appelée à examiner certaines incidences du principe constitutionnel que tous, du plus haut fonctionnaire de l'État au simple patrouilleur, sont soumis au droit commun du pays. En l'espèce, il est allégué que la police a contrevenu à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, en vendant une importante quantité de haschisch (résine de cannabis) à de hauts «dirigeants» d'une organisation de trafic de drogue, dans le cadre de ce que les avocats appellent une opération de «vente par des agents d'infiltration» ou «vente surveillée». En tant qu'acheteurs, les appelants ont été inculpés de complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis et de complot en vue de posséder de la résine de cannabis pour en faire le trafic. Le juge du procès a déclaré les appelants coupables des infractions reprochées, mais, avant de prononcer la peine, il a entendu leur requête en arrêt des procédures. Les appelants ont soutenu que la vente surveillée est

S.C.R. 601, at p. 615). The stay was refused by the courts below.

2 As part of their case for a stay the appellants sought, but were denied, access to the legal advice provided to the police by the Department of Justice on which the police claimed to have placed good faith reliance. The Crown indicated that the undisclosed advice assured the police, rightly or wrongly, that sale of cannabis resin in the circumstances of a reverse sting was lawful. The appellants argue that the truth of this assertion can only be tested by a review of the otherwise privileged communications.

3 We are therefore required to consider in the context of the "war on drugs", the effect of alleged police illegality on the grant of a judicial stay of proceedings, and related issues regarding the solicitor-client privilege invoked by the RCMP and pretrial disclosure of solicitor-client communications to which privilege has been waived.

Facts

4 In the autumn of 1991, the RCMP initiated a reverse sting operation involving undercover officers posing as large-scale hashish vendors. This operation was undertaken after Corporal Richard Reynolds of the RCMP became aware of the decision of the Quebec Superior Court in *R. v. Lore* (an unreported decision of Pinard J., March 8, 1991, No. 500-01-013926-891) which, in Cpl. Reynolds' view, gave implicit approval to a reverse sting operation in which police offered to sell narcotics to suspected drug traffickers. Cpl. Reynolds contacted Mr. James Leising, an experienced senior lawyer employed by the Department of Justice in Toronto, to obtain professional advice as to the legality of a reverse sting operation. Seven or eight meetings were held between Cpl. Reynolds and the Department of Justice lawyer in

une activité policière illégale qui «choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'[elle] justifie une intervention des tribunaux» (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 615). Les tribunaux d'instance inférieure ont refusé l'arrêt des procédures.

Dans le cadre de leur demande, les appelants ont tenté en vain d'obtenir l'avis juridique que le ministère de la Justice avait fourni à la police et sur lequel cette dernière a affirmé s'être fondée de bonne foi. Le ministère public a indiqué que cet avis non divulgué confirmait à la police, à tort ou à raison, que la vente de résine de cannabis par des agents d'infiltration était légale. Les appelants prétendent que la véracité de cette affirmation peut être vérifiée uniquement par l'examen des communications qui, dans d'autres circonstances, seraient privilégiées.

Il incombe donc à notre Cour d'examiner, dans le contexte de la «guerre contre la drogue», l'effet de l'illégalité policière alléguée relativement à l'arrêt des procédures et aux questions connexes du secret professionnel de l'avocat invoqué par la GRC et de la divulgation avant procès de communications entre avocat et client dans le cas où le secret professionnel est levé.

Les faits

À l'automne 1991, la GRC a entrepris une opération de vente surveillée au moyen d'agents d'infiltration prétendant être des vendeurs de grandes quantités de haschisch. Cette opération a été entreprise après que le capl. Richard Reynolds de la GRC ait pris connaissance de la décision rendue par la Cour supérieure du Québec dans *R. c. Lore* (décision inédite rendue par le juge Pinard le 8 mars 1991, nº 500-01-013926-891) qui, selon lui, approuvait implicitement les opérations de ce genre, dans lesquelles des policiers offrent de vendre des stupéfiants à de présumés trafiquants de drogue. Le caporal Reynolds a communiqué avec M. James Leising, qui est un avocat principal d'expérience du ministère de la Justice à Toronto, afin d'obtenir un avis juridique concernant la légalité d'une opération de vente par des agents d'infiltra-

relation to the proposed operation. In September of 1991, approval by senior RCMP officers was given to initiate the reverse sting. Using the help of a police informant, the police contacted two groups of potential purchasers through the appellant Shirose. Negotiations with these groups included showing the hashish to prospective purchasers. However, the RCMP was careful not to provide any samples, despite requests to do so. The hashish remained under the control of the RCMP at all times. The appellant Campbell eventually participated in the negotiations as a financier for one of the two groups and in January 1992, the appellant Campbell, with the help of the appellant Shirose, agreed to pay $270,000 for 50 kilograms of cannabis resin. The retail value of these drugs at street level, as found by the trial judge, was close to $1 million. Instead of receiving the expected 50 kilograms of cannabis resin in exchange for payment, however, the appellants were arrested and charged with conspiracy to traffic in cannabis resin and conspiracy to possess cannabis resin for the purpose of trafficking.

In advance of the trial, to support their submission that if convicted, the proceedings should be stayed, the appellants sought to subpoena Mr. Leising from the Department of Justice to testify about the communications that had occurred with Cpl. Reynolds with respect to the legality of the reverse sting operation. The trial judge quashed the subpoena on the grounds that the communications were protected by solicitor-client privilege and did not fall within one of the recognized exceptions. Subsequently, during the application to stay the proceedings, counsel for the appellants sought to examine Cpl. Reynolds on the content of his communications with the Department of Justice. Again the trial judge upheld the assertion of solicitor-client privilege and denied the appellants' application to force disclosure of these communications. Based on the admissible evidence, the trial judge then dismissed the stay of proceedings application. The appellant Shirose was sentenced to six years in penitentiary. The appellant Campbell was

tion. Le caporal Reynolds et l'avocat du ministère de la Justice se sont rencontrés sept ou huit fois au sujet de l'opération projetée. En septembre 1991, sa mise en œuvre a été approuvée par des officiers supérieurs de la GRC. Avec l'aide d'un indicateur de police, des policiers ont communiqué avec deux groupes d'acheteurs potentiels par l'entremise de l'appelant Shirose. Dans le cadre des négociations avec ces groupes, du haschisch a été montré à des acheteurs potentiels. Toutefois la GRC a pris soin de ne pas fournir d'échantillon, bien qu'on lui en ait demandé. La drogue est toujours demeurée en la possession de la GRC. L'appelant Campbell s'est ensuite joint aux négociations en tant que financier pour l'un des deux groupes et, en janvier 1992, avec l'aide de l'appelant Shirose, il a convenu de payer 270 000 $ pour 50 kg de résine de cannabis. Le juge du procès a conclu que la valeur de détail de la drogue dans la rue se situait à près de un million de dollars. Toutefois, plutôt que de recevoir les 50 kg de résine de cannabis prévus en contrepartie du paiement, les appelants ont été arrêtés et inculpés de complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis et de complot en vue de posséder de la résine de cannabis pour en faire le trafic.

Avant le procès, pour appuyer leur argument qu'en cas de déclaration de culpabilité, il devrait y avoir arrêt des procédures, les appelants ont cherché à assigner M. Leising, du ministère de la Justice, à témoigner relativement aux communications avec le capl. Reynolds concernant la légalité de l'opération de vente surveillée. Le juge du procès a annulé le subpoena aux motifs que les communications étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat et qu'elles ne faisaient pas l'objet de l'une des exceptions reconnues. Par la suite, au cours de l'audition de la demande d'arrêt des procédures, les avocats des appelants ont voulu interroger le capl. Reynolds sur le contenu de ses communications avec le ministère de la Justice. De la même façon, le juge du procès a accepté l'argument qu'elles étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat et il a rejeté la demande des appelants, qui visait à obtenir la divulgation de ces communications. Se fondant sur la preuve admissible, le juge du procès a alors rejeté la demande

sentenced to nine years in penitentiary, plus forfeiture of the purchase price paid to the police. The Court of Appeal dismissed the appellants' appeal except to remit the issue of forfeiture to the trial judge to await an application by the Attorney General, if he sees fit to make it, for forfeiture of the purchase price under s. 462.37 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

d'arrêt des procédures. L'appelant Shirose a reçu une peine de six ans de pénitencier et l'appelant Campbell une peine de neuf ans de pénitencier en sus de la confiscation du prix d'achat payé à la police. La Cour d'appel a rejeté leur appel en renvoyant toutefois la question de la confiscation au juge du procès afin d'attendre que le procureur général, s'il l'estime approprié, présente une demande de confiscation du prix d'achat en vertu de l'art. 462.37 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Evidence of Police "Good Faith"

La preuve de la «bonne foi» de la police

6 On the return of the stay motion, the Crown set out to establish that the police had at all stages acted in good faith and in the belief that the reverse sting was legal. At the application for a stay of proceedings hearing, counsel for the Crown questioned Cpl. Reynolds as follows:

À l'audition de la requête en arrêt des procédures, le ministère public a tenté de démontrer que, tout au long de l'opération, la conduite de la police avait été dictée par la bonne foi et par la croyance que la vente surveillée était légale. L'avocat du ministère public a posé les questions suivantes au capl. Reynolds:

Q. Was your project [the reverse sting operation] tailored on the outlines of the project or [*sic*] the *Lore* case?

A. Yes, sir.

Q. And it was your understanding as a result of the *Lore* case that that was lawful behaviour?

A. Yes, sir.

[TRADUCTION]

Q. Votre projet [de vente surveillée] était-il conçu de la même façon que celui de l'affaire *Lore*?

A. Oui, monsieur.

Q. Et vous aviez déduit de l'affaire *Lore* que cette façon de faire était légale?

A. Oui, monsieur.

It emerged that Cpl. Reynolds had consulted the Department of Justice about the legality of the reverse sting. Appellants' counsel pursued this issue with Cpl. Reynolds as follows:

Il est ressorti que le capl. Reynolds avait consulté le ministère de la Justice au sujet de la légalité de la vente surveillée. L'avocat d'un des appelants a poursuivi dans cette veine lorsqu'il a interrogé le capl. Reynolds:

Q. So to return then, based upon this [*Lore*] decision coming to your attention, did you also obtain any other advice regarding any concerns you might have had about this type of an operation?

A. Sought legal advice.

Q. And from whom did you seek legal advice?

A. The Department of Justice, Toronto.

Q. And was it one individual or more than one individual?

[TRADUCTION]

Q. Alors, pour revenir à cela, après avoir pris connaissance de cette affaire [*Lore*], avez-vous obtenu d'autres opinions sur des préoccupations que vous pouviez avoir au sujet de ce genre d'opération?

A. J'ai demandé un avis juridique.

Q. Et, à qui l'avez-vous demandé?

A. Au ministère de la Justice à Toronto.

Q. Et, à une ou à plusieurs personnes?

A. One individual.

Q. And who was that?

A. Mr. Leising.

The precise purpose of obtaining this legal advice came out under further questioning from appellants' counsel, as follows:

Q. Now that you know what I am reading from sir, what I asked was, "The issues for which advice was sought concerned the propriety of the police posing as sellers of drugs to persons believed to be distributors of drugs." Is that accurate?

A. That's correct.

Q. "The propriety of the police offering hashish for sale to persons believed to be distributors of hashish." Is that correct?

A. Yes, sir.

Q. "The release of a sample of hashish to certain of those persons." Is that correct?

A. Yes, sir.

Q. "The possible consequences to the members who engaged in such conduct." Is that correct?

A. Yes, sir.

. . .

Q. When you went to Mr. Leising, were you concerned about any of the members of your force who did engage in this operation, being prosecuted?

A. That would have been one of the issues.

Q. And then to return to Officer Plomp's certificate, the last thing he said is, "and the issue of entrapment." Was that one of the items on the agenda with Mr. Leising?

A. Yes, sir.

The Crown successfully objected to counsel for the appellants questioning Cpl. Reynolds with respect to the actual advice given because of the claim of solicitor-client privilege. The appellants' counsel then attempted to use this objection to narrow the

A. Une personne.

Q. Et, qui était cette personne?

A. M. Leising.

Le but précis de l'obtention de l'avis juridique ressort de questions posées ultérieurement par l'avocat d'un des appelants:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant que vous savez de quel document je fais lecture, ma question était: «Les questions sur lesquelles l'avis était demandé étaient de savoir s'il était approprié que des policiers se fassent passer pour des vendeurs de drogue vis-à-vis de personnes soupçonnées d'être des distributeurs de drogue». Est-ce exact?

A. C'est exact.

Q. «La question de savoir s'il était approprié que des policiers offrent de vendre du haschisch à des personnes soupçonnées d'être des distributeurs de haschisch». Est-ce exact?

A. Oui, monsieur.

Q. «Le fait de donner un échantillon de haschisch à certaines de ces personnes». Est-ce exact?

A. Oui, monsieur.

Q. «Les conséquences possibles pour les agents qui se livraient à de telles activités». Est-ce exact?

A. Oui, monsieur.

. . .

Q. Lorsque vous avez rencontré M. Leising, étiez-vous préoccupé par la possibilité que l'un des agents de votre force qui participaient à l'opération puisse être poursuivi?

A. C'était une des questions.

Q. Et, pour revenir maintenant au certificat de l'agent Plomp, la dernière chose qu'il a dite est: «et la question de la provocation policière». S'agissait-il d'une des questions discutées avec M. Leising?

A. Oui, monsieur.

Le ministère public a fait objection, en vertu du secret professionnel, à ce que les avocats des appelants interrogent le capl. Reynolds sur le contenu de l'avis qui lui avait été fourni et son objection a été acceptée. L'avocat d'un des appelants a alors

potential ambit of the Crown's "good faith" argument:

So it is my respectful submission that the Crown certainly cannot argue that the police acted in good faith because they acted on legal advice, because we don't know what legal advice they got. We don't know what qualifications or conditions were attached. We don't know whether they were told, 'This is going to be illegal and you're on your own. You're at risk.' We don't know if they were told, 'It's illegal but don't worry, we'll never prosecute you.'

So, with respect, I certainly don't want to hear the argument that, 'Oh well, the police acted in good faith because they acted on legal advice.' because then I would like to know what that advice was so I can see whether that's true or not. So in my submission, if they are going to rely on solicitor/client privilege, then that issue has to drop completely out of the case.

THE COURT: Well I am sure the Crown will have something to say about that.

MR. GOLD: Well my suspicion is that they probably won't because they might be aware that that might open the door to further proceedings to an argument for disclosure of it, but I guess I will have to wait and see Your Honour. [Emphasis added.]

Judgments

Ontario Court (General Division), [1995] O.J. No. 431 (QL)

Ruling on Application for Stay of Proceedings

7 Caswell J. divided her analysis of the stay application into two parts. In the first part, she dealt with the issue of entrapment as a sub-issue of the abuse of process doctrine. In the second part, she dealt with prosecutorial conduct more generally as giving rise to potential abuses of process.

8 In discussing entrapment, Caswell J. considered the judgment of this Court in *R. v. Mack*, [1988] 2

tenté d'utiliser cette objection pour affaiblir la portée de l'argument de «bonne foi» du ministère public:

[TRADUCTION] Je soutiens donc respectueusement que le ministère public ne peut certainement pas prétendre que les policiers ont agi de bonne foi en se fondant sur un avis juridique, parce que nous ne connaissons pas le contenu de l'avis juridique qu'ils ont reçu. Nous ne connaissons pas la nature des réserves et des conditions qui y étaient attachées. Nous ne savons pas s'ils se sont fait dire: «C'est illégal et vous le ferez à vos propres risques et périls. Vous prenez un risque». Nous ne savons pas s'ils se sont fait dire: «C'est illégal, mais ne vous inquiétez pas; nous ne vous poursuivrons jamais».

Donc, avec égards, je ne veux certainement pas entendre l'argument que: «Et bien, les policiers ont agi de bonne foi parce qu'ils se sont fondés sur un avis juridique», parce qu'à ce moment-là, je voudrais bien connaître le contenu de cet avis pour savoir si c'est vrai ou non. Je soutiens donc que s'ils décident d'invoquer le secret professionnel de l'avocat, il faut alors que cette question soit complètement écartée de l'affaire.

LA COUR: Bien, je suis convaincue que le ministère public aura quelque chose à dire à ce sujet.

M. GOLD: Bien, j'ai plutôt l'impression qu'ils ne diront rien parce qu'ils doivent savoir que cela pourrait ouvrir la porte à d'autres procédures, à une demande de divulgation de l'avis, mais je suppose que je dois attendre et voir ce qui va se passer, madame le juge. [Je souligne.]

Les jugements antérieurs

La Cour de l'Ontario (Division générale), [1995] O.J. No. 431 (QL)

La décision sur la demande d'arrêt des procédures

Le juge Caswell a séparé en deux parties son examen de la demande d'arrêt des procédures. Dans la première, elle a examiné la provocation policière en tant que sous-question de la théorie de l'abus de procédure. Dans la deuxième, elle s'est penchée, de façon générale, sur le type de conduite de la poursuite susceptible de donner naissance à des abus de procédure.

Dans son analyse de la provocation policière, le juge Caswell a examiné l'arrêt de notre Cour

S.C.R. 903, in which Lamer J. (as he then was) pointed out that a stay of proceedings is not to be considered as a method of disciplining the police or the prosecution, but rather, that the Court is concerned with the larger issue of maintenance of public confidence in the judicial process. The trial judge noted that entrapment may be established where (a) the authorities provide an opportunity to persons to commit an offence without reasonable suspicion or acting *mala fides*, or (b) having a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing a mere opportunity and actually induce the commission of an offence. Caswell J. held that the police had acted with reasonable suspicion with respect to both appellants. She noted that the appellant Shirose had been involved in a search for a large-scale supplier of hashish long before the RCMP began its operation. She considered that the appellant Campbell volunteered himself "out of the woodwork" and joined the conspiracy completely on his own initiative. As to the allegation that the RCMP had induced the commission of the offences, Caswell J. concluded, based on the criteria set out in *Mack*, that the police conduct had not induced the offence or otherwise gone beyond "the limits that society deems proper". Accordingly, there was no entrapment on the facts of this case.

In considering the broader aspects of the doctrine of abuse of process, Caswell J. concluded that it was not necessary for her to decide whether or not the reverse sting operation was illegal. Instead, she posed the question whether this is one of the "clearest cases" in which the proceedings are so overwhelmingly unfair that to proceed would be contrary to the interests of justice. After reviewing various cases involving police conduct that did not result in stays of proceedings, and measuring the conduct of the police and Crown counsel in this case against the criteria set out in *Mack*, *supra*, *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, *R. v. Showman*, [1988] 2 S.C.R. 893, and *Power*, *supra*, Caswell J.

R. c. Mack, [1988] 2 R.C.S. 903, dans lequel le juge Lamer (alors juge puîné) soulignait que l'arrêt des procédures ne devait pas être considéré comme une façon de discipliner la police ou la poursuite, mais que la Cour s'intéressait à la question plus large du maintien de la confiance du public dans le processus judiciaire. Le juge du procès a souligné que la provocation policière peut être établie lorsque: a) les autorités fournissent à quelqu'un l'occasion de commettre une infraction en l'absence de soupçon raisonnable ou en agissant de mauvaise foi; ou, b) ayant des soupçons raisonnables ou au cours d'une véritable enquête, elles ne se contentent pas de fournir une occasion de commettre une infraction mais incitent réellement à la commettre. Le juge Caswell a conclu que la police avait agi sur la foi d'un soupçon raisonnable à l'égard des deux appelants. Elle a fait remarquer que l'appelant Shirose avait été impliqué dans la recherche d'un important fournisseur de haschisch bien avant que la GRC ne débute son opération. Elle a conclu que l'appelant Campbell était «sorti de nulle part» et avait pris part au complot entièrement de son propre chef. Quant à l'allégation selon laquelle la GRC avait provoqué la perpétration des infractions reprochées, le juge Caswell s'est fondée sur les critères énoncés dans l'arrêt *Mack* pour conclure que la conduite de la police n'était pas à l'origine de l'infraction et que les policiers n'avaient pas outrepassé [TRADUCTION] «les limites que la société juge acceptables». Les faits de la présente affaire indiquaient donc l'absence de provocation policière.

Après avoir examiné les aspects généraux de la théorie de l'abus de procédure, le juge Caswell a conclu qu'elle n'avait pas à décider si l'opération de vente surveillée était illégale. Elle s'est plutôt demandé s'il s'agissait de l'un des «cas les plus manifestes», où les procédures sont tellement injustes que leur poursuite serait contraire à l'intérêt de la justice. Après avoir passé en revue différentes affaires qui portaient sur la conduite de la police et qui n'avaient pas donné lieu à l'arrêt des procédures, et après avoir évalué la conduite de la police et de l'avocat du ministère public en l'espèce à la lumière du critère énoncé dans *Mack*, précité, *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, *R. c.*

concluded that it was in the interest of justice to proceed to enter the conviction and impose sentence. In her view, society would not be offended by the acts of the prosecution. Society would be offended by the imposition of a stay.

Court of Appeal for Ontario (1997), 32 O.R. (3d) 181

10 Carthy J.A. disagreed with the conclusion of the trial judge that it was not necessary to determine the legality of the police conduct. Also basing himself on the judgment of Lamer J. in *Mack*, *supra*, Carthy J.A. considered that police illegality was an important factor to be weighed in evaluating an accused's claim of abuse of process and, indeed, he considered that illegality may in certain instances be determinative.

11 After setting out the relevant portions of the *Narcotic Control Act*, Carthy J.A. noted that the *Narcotic Control Regulations*, C.R.C., c. 1041, s. 3(1), saves the police harmless where possession of a narcotic results from sting operations. There is no corresponding regulation giving the police immunity when they are offering to sell a narcotic. Carthy J.A. concluded that the RCMP's offer to sell a narcotic to the appellants constituted trafficking, and that it was irrelevant that the RCMP had no intention of completing the sale. Therefore, on the face of the statute, the conduct of the RCMP in this case was, in Carthy J.A.'s view, illegal.

12 Carthy J.A. then considered the Crown's arguments about extending public interest immunity to the RCMP and concluded that the Crown does not exercise sufficient *de jure* control over the activities of RCMP members to justify such immunity from prosecution for breach of the criminal law as it relates to narcotics. As to the related concept of immunity derived from Crown agency, Carthy J.A. considered that, while members of the RCMP are entitled to seek out criminality through a variety of different methods, this mandate does not extend to methods that would be illegal if done by any other

Showman, [1988] 2 R.C.S. 893, et *Power*, précité, le juge Caswell a conclu qu'il était dans l'intérêt de la justice de prononcer la déclaration de culpabilité et d'infliger la peine. Elle était d'avis que les actes de la poursuite n'étaient pas de nature à offenser la société, mais que celle-ci serait offensée par une ordonnance d'arrêt des procédures.

La Cour d'appel (1997), 32 O.R. (3d) 181

Le juge Carthy était en désaccord avec la conclusion du juge du procès selon laquelle il n'était pas nécessaire de déterminer la légalité de la conduite de la police. Se fondant également sur les motifs rédigés par le juge Lamer dans *Mack*, précité, le juge Carthy a estimé que l'illégalité commise par la police était un facteur important dans l'analyse de l'abus de procédure invoqué par un accusé et qu'en fait cette illégalité pouvait être déterminante dans certains cas.

Après avoir reproduit les parties pertinentes de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Carthy a souligné que le par. 3(1) du *Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., ch. 1041, exonère la police lorsque des opérations d'infiltration entraînent la possession d'un stupéfiant. Aucune disposition réglementaire équivalente ne confère l'immunité aux policiers lorsqu'ils offrent de vendre un stupéfiant. Le juge Carthy a estimé que l'offre de la GRC de vendre un stupéfiant aux appelants constituait du trafic et que le fait que la GRC n'avait pas l'intention de réaliser la vente était sans pertinence. Il a donc conclu qu'au vu du libellé de la loi, la conduite de la GRC en l'espèce était illégale.

Le juge Carthy s'est alors penché sur l'argument du ministère public selon lequel l'immunité d'intérêt public devrait être étendue à la GRC, et il a conclu que l'État n'exerçait pas un contrôle suffisant, en droit, sur les activités des membres de la GRC pour justifier l'immunité contre des poursuites en vertu des dispositions de droit criminel relatives aux stupéfiants. En ce qui concerne la notion connexe d'immunité découlant du statut de mandataire de l'État, le juge Carthy a conclu que, bien que les membres de la GRC aient le droit de faire échec à la criminalité au moyen de différentes

person. Carthy J.A. examined *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551. When Crown agents act within the scope of the public purposes they are statutorily empowered to pursue, they may be entitled to claim Crown immunity, he held, but in this case the RCMP officers had stepped outside the scope of any agency relationship that may have existed.

Carthy J.A. agreed with the trial judge that there was no entrapment. He went on, however, to consider whether the RCMP conduct amounted to an abuse of process for reasons other than entrapment. He noted that the illegal conduct of the RCMP did not involve a trifling amount of drugs. Further, he noted that the illegal conduct was authorized at all levels of the RCMP. He was prepared to infer that the reverse sting was considered lawful by the Department of Justice, and he treated this as an aggravating factor because "the full might of the Crown resources were set upon the task of illegal conduct" (p. 197). Carthy J.A. noted an alternate possibility that the police were acting on their own as "mavericks" contrary to legal advice. While he doubted that this was in fact the case, Carthy J.A. at p. 197 considered this would be

> ... an aggravating factor against the Crown of about equal weight to the first assumption [i.e., of equal weight to the assumption that the RCMP did follow the legal advice].

A third possibility, he considered, was that the RCMP had been advised that the reverse sting would be legal provided no drugs were passed to the appellants as part of a "sale". If so, the RCMP had complied with the advice rendered, even though failure to complete the transaction did not change its illegality. Carthy J.A. recognized that all three scenarios were necessarily speculative on his part. He said, at p. 200, that had he been the trial judge he "would have directed production of the documents and evidence of the Crown law

méthodes, ce mandat ne couvre pas les méthodes qui seraient illégales si elles étaient employées par toute autre personne. Le juge Carthy a analysé l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, et a conclu que lorsque des mandataires de l'État agissent dans le cadre des fins d'intérêt public que la loi les autorise à poursuivre, ils peuvent réclamer l'immunité de l'État, mais que, en l'espèce, les agents de la GRC avaient agi hors du cadre de toute relation mandant-mandataire susceptible d'avoir existé.

13 Le juge Carthy s'est dit d'accord avec le juge du procès sur le fait qu'il n'y avait pas de provocation policière. Il a toutefois examiné ensuite si la conduite de la GRC équivalait à un abus de procédure pour des motifs autres que la provocation policière. Il a souligné que la conduite illégale de la GRC portait sur une quantité non négligeable de drogue. Il a de plus fait remarquer que cette conduite illégale avait été autorisée à tous les échelons de la GRC. Il était prêt à inférer que la vente surveillée était considérée légale par le ministère de la Justice, ce qu'il estimait être une circonstance aggravante parce que [TRADUCTION] «l'État a utilisé toute la puissance de ses ressources à l'accomplissement d'une tâche illégale» (p. 197). Le juge Carthy a mentionné aussi la possibilité que les policiers aient agi de leur propre chef comme des «rebelles», contrairement à l'avis juridique. Bien que doutant que cela fût réellement le cas, le juge Carthy a estimé à la p. 197 que cela constituerait

> [TRADUCTION] ... une circonstance aggravante contre le ministère public d'un poids à peu près équivalent à celui de la première hypothèse [c.-à-d., l'hypothèse que la GRC a effectivement suivi l'avis juridique].

14 La troisième possibilité qu'il a examinée était que l'avis donné à la GRC disait que la vente surveillée serait légale tant qu'aucune drogue n'était remise aux appelants dans le cadre d'une vente. Si tel était le cas, la GRC s'était conformée à l'avis fourni, bien que le fait de ne pas avoir finalisé l'opération ne change rien à son illégalité. Le juge Carthy a reconnu que ces trois scénarios n'étaient nécessairement que des conjectures de sa part. Il a dit que, s'il avait été à la place du juge du procès, [TRADUCTION] «il aurait ordonné le dépôt des

officer". However, while "[i]t obviously would have been better if the [Department of Justice] information had been conveyed [to the appellants] at trial" (p. 200), no miscarriage of justice occurred because even assuming "the worst" against the Crown no stay could be justified in the circumstances of this case. It was not one of the clearest cases, nor did it involve conduct that would cause the public conscience to be shocked if the convictions were permitted to stand. He concluded, at pp. 198-99, that "[h]aving condemned the actions of the R.C.M.P. and having held up [his] hand against repetition, it would, in [his] view, be sanctimonious to say that the rule of law ha[d] been eroded by these convictions and sentences". The Court of Appeal dismissed the other grounds of appeal, save for the technical variation in the order for forfeiture previously mentioned.

documents et le témoignage du conseiller juridique» (p. 200); toutefois, bien qu'[TRADUCTION] «[i]l aurait évidemment été préférable que les renseignements fournis par le ministère de la Justice soient transmis aux appelants lors du procès» (p. 200), il ne s'était produit aucun déni de justice car, même en supposant «le pire» de la part du ministère public, les faits de la présente affaire ne pouvaient justifier l'arrêt des procédures; il ne s'agissait pas de l'un des cas les plus manifestes ni d'une conduite qui choquerait la conscience du public si les déclarations de culpabilité étaient maintenues. Il a conclu aux pp. 198 et 199 qu'[TRADUCTION] «[a]près avoir condamné les actes de la GRC et servi un avertissement à leur égard, il serait moralisateur, à [son] avis, de dire que la primauté du droit a été affaiblie par ces déclarations de culpabilité et par l'imposition de ces peines». La Cour d'appel a rejeté les autres moyens d'appel, à l'exception de la modification de forme apportée à l'ordonnance de confiscation qui a été mentionnée précédemment.

Analysis

Reverse Sting Operations

15 There is a general recognition that "[i]f the struggle against crime is to be won, the ingenuity of criminals must be matched by that of the police" (*Mack*, *supra*, *per* Lamer J., at p. 916). In a "sting" operation, the police pose as willing purchasers of narcotics to obtain evidence against traffickers. The *Narcotic Control Regulations* accept the legitimacy of this technique by deeming police possession in these circumstances to be authorized under that Act. The problem is that traffickers caught by ordinary "sting" purchases are generally minor street level personnel whose conviction has little deterrence effect on the day-to-day operations of the drug organization as a whole. As pointed out by Cpl. Reynolds in this case, the "executives" up the chain of command of large-scale drug organizations are able to insulate themselves from sting operations. The street level pushers apprehended by the police are easily sacrificed and easily replaced. For the purpose of more effective law enforcement, the police therefore devised what counsel referred to as "reverse sting" operations

Analyse

Opérations de vente surveillée

Il est largement reconnu que «[s]i l'on veut vaincre le crime, l'ingéniosité des criminels doit se heurter à celle de la police» (*Mack*, précité, le juge Lamer, à la p. 916). Dans le cadre d'une opération d'«achat surveillé», les policiers prétendent être de véritables acheteurs de stupéfiants afin de réunir des éléments de preuve contre des trafiquants. Le *Règlement sur les stupéfiants* confirme la légitimité de cette technique en édictant que la possession par la police dans de tels cas est autorisée en vertu de cette loi. Le problème réside dans le fait que les trafiquants pris à la suite d'achats effectués dans une opération d'infiltration sont souvent de petits revendeurs travaillant dans la rue dont la condamnation a un effet de dissuasion minime sur les opérations quotidiennes de l'ensemble du trafic organisé de drogue. Comme le capl. Reynolds l'a fait remarquer en l'espèce, les hauts «dirigeants» des grandes organisations de trafic de drogue peuvent se mettre à l'abri des opérations d'achats surveillés. Il est facile de sacrifier et de remplacer les revendeurs de drogue de la rue. Dans le but

whereby the police became vendors rather than purchasers, i.e., the roles of vendor and purchaser were reversed within the sting operation. Because of the amount and value of drugs involved, reverse sting operations brought the police "vendors" into direct contact with the executive purchasers in the large drug organizations. It has proved to be an effective technique. It also, however, brought the police into conflict with the very law that they were attempting to enforce. Neither the *Narcotic Control Act* nor its regulations authorize the police to sell drugs. The appellants, as stated, purport to be shocked at the illegality of police conduct, and ask the Court to hold that the conduct so violates the community's fundamental sense of decency and values that it should result in a stay of proceedings against them.

d'accroître l'efficacité de l'action policière, la police a donc mis sur pied ce que les avocats appellent des opérations de «vente surveillée», dans lesquelles les policiers, à l'inverse d'un «achat surveillé», jouent le rôle de vendeurs plutôt que celui d'acheteurs. En raison de la quantité et de la valeur des drogues en jeu, les opérations de vente surveillée ont permis aux «vendeurs» de la police d'entrer en contact direct avec les principaux acheteurs de grandes organisations de trafic de drogue. La méthode s'est révélée efficace. Toutefois, elle a aussi amené les policiers à contrevenir à la loi même qu'ils tentaient de faire respecter. Ni la *Loi sur les stupéfiants* et ni ses règlements n'autorisent la police à vendre de la drogue. Les appelants se sont déclarés choqués par l'illégalité de la conduite de la police, et ils demandent à notre Cour de conclure que cette conduite viole le sens fondamental de la décence et des valeurs de la collectivité au point de justifier l'arrêt des procédures.

Guilt or Innocence of the Appellants

This appeal was directed almost entirely at the conduct of the abuse of process application following the finding of the trial judge that the appellants were guilty as charged. The only surviving issue on the issue of guilt or innocence is the contention of the appellant Campbell that the conspiracy alleged by the Crown, and encompassed in the indictment, was a larger agreement, different in time and place, than his demonstrated involvement. The counts in the indictment span the period November 1, 1990 to January 15, 1992, whereas it appears Campbell first became involved on November 21, 1991. The counts in the indictment refer to activity in Windsor, London, Mississauga, Toronto, and elsewhere in Ontario, whereas Campbell's demonstrated involvement took place only in Mississauga. Campbell further contends that the evidence shows that he and Shirose were not related co-conspirators, because they were members of separate and distinct groups, acting without a common purpose or enterprise. I think the Crown is correct that the decision of this Court in *R. v. Douglas*, [1991] 1 S.C.R. 301, is fatal to this objection. After noting at pp. 315-16 that "[w]hile the offence of conspiracy is inherently

La culpabilité ou l'innocence des appelants

Le présent pourvoi porte presque exclusivement sur l'audition de la demande relative à l'abus de procédure qui a fait suite à la conclusion du juge du procès selon laquelle les appelants étaient coupables des infractions reprochées. La seule question restante quant à la culpabilité ou l'innocence concerne la prétention de l'appelant Campbell que le complot allégué par le ministère public et visé par l'acte d'accusation consistait en une entente plus globale, et différente quant à l'époque et au lieu, par rapport à ce qui a été démontré relativement à sa participation. Les chefs d'accusation couvrent la période allant du 1er novembre 1990 au 15 janvier 1992, alors que Campbell n'est apparemment impliqué qu'à partir du 21 novembre 1991. Les chefs d'accusation portent sur des actes commis à Windsor, London, Mississauga, Toronto, et ailleurs en Ontario, alors que la preuve indique une participation de Campbell à Mississauga seulement. Campbell ajoute que la preuve indique que Shirose et lui n'avaient pas comploté ensemble, car ils étaient membres de groupes distincts et n'agissaient pas en vue d'un but commun ou dans le cadre d'une entreprise commune. Je pense que le ministère a raison de soutenir que l'arrêt de notre

16

difficult to frame, the indictment must be set forth with such reasonable precision as to inform the accused of the fundamental nature of the conspiracy charged". Cory J. nevertheless concluded, at p. 322, that:

> . . . it is not incumbent upon the Crown to prove the involvement of every member alleged to be part of the conspiracy. . . . If the conspiracy proven includes fewer members than the number of accused or extends over only part of the period alleged, then the conspiracy proven can still be said to be the same conspiracy as that charged in the indictment. In order to find that a specific conspiracy lies within the scope of the indictment, it is sufficient if the evidence adduced demonstrates that the conspiracy proven included some of the accused, establishes that it occurred at some time within the time frame alleged in the indictment, and had as its object the type of crime alleged.

The appellant was clearly able to ascertain the conspiracy alleged against him from a plain reading of the indictment and, in accordance with this Court's decision in *Douglas*, this ground of appeal must be dismissed.

17 For reasons to be discussed, it is important to note that, at this stage of the proceedings, the door is finally and firmly closed against both appellants on the question of guilt or innocence. The remaining issue is whether, notwithstanding the guilt of the appellants, the proceedings against them should be stayed because of abuse of process.

The Rule of Law

18 It is one of the proud accomplishments of the common law that everybody is subject to the ordinary law of the land regardless of public prominence or governmental status. As we explained in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at p. 240, the rule of law is one of the "fundamental and organizing principles of the Constitution", and at p. 258, it was further emphasized that a crucial element of the rule of law is that "[t]here is . . . one law for all". Thus a provincial premier was held to have no immunity against a claim in

Cour *R. c. Douglas*, [1991] 1 R.C.S. 301, règle définitivement le sort de cet argument. Soulignant d'abord, aux pp. 315 et 316, que «[l]'infraction de complot est en soi difficile à décrire, mais l'acte d'accusation doit être rédigé avec une précision suffisante pour renseigner l'accusé sur la nature fondamentale du complot qui lui est imputé», le juge Cory n'en a pas moins conclu, à la p. 322, que:

> . . . il n'incombe pas au ministère public de prouver la participation de chacun des comploteurs [. . .] Si le complot dont la preuve est faite met en cause un nombre de personnes inférieur au nombre des accusés ou ne s'est produit que durant une partie seulement de la période indiquée, dans ce cas le complot prouvé peut tout de même être assimilé à celui imputé dans l'acte d'accusation. Pour conclure qu'un complot donné est visé par l'acte d'accusation, il suffit que la preuve produite démontre que le complot prouvé met en cause certains des accusés; qu'il a eu lieu au cours de la période indiquée dans l'acte d'accusation; que son objet était le type d'infraction imputé.

Il était clair que la simple lecture de l'acte d'accusation permettait à l'appelant de déterminer le complot qui lui était reproché de sorte que, vu la décision rendue par notre Cour dans *Douglas*, ce moyen d'appel doit être rejeté.

Pour les motifs qui suivent, il est important de souligner qu'à cette étape des procédures, la question de la culpabilité ou de l'innocence des appelants est définitivement et fermement réglée. Il ne reste qu'à déterminer si, malgré la culpabilité des appelants, il devrait y avoir arrêt des procédures prises contre eux pour cause d'abus de procédure.

La primauté du droit

Une des réalisations importantes de la common law est que toute personne est soumise au droit commun du pays indépendamment de sa position publique ou de son statut au sein du gouvernement. Comme nous l'avons expliqué dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, à la p. 240, la primauté du droit est l'un des «principes constitutionnels directeurs fondamentaux» et, à la p. 258, il a été également souligné que l'un des aspects cruciaux de la primauté du droit est qu'«il y a une seule loi pour tous». Ainsi, il a été jugé

damages when he caused injury to a private citizen through wrongful interference with the exercise of statutory powers by a provincial liquor commission: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. Professor F. R. Scott, who was counsel for the successful plaintiff, Roncarelli, in that case, subsequently observed in *Civil Liberties & Canadian Federalism* (1959), at p. 48:

> . . . it is always a triumph for the law to show that it is applied equally to all without fear or favour. This is what we mean when we say that all are equal before the law.

The principle was famously enunciated by Professor A. V. Dicey in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th ed. 1927) as the second aspect of the "rule of law". This principle was noted with approval in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, at p. 1366:

> It means again equality before the law or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary courts; the 'rule of law' in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary courts.

The argument of the appellants is that not only are the police subject to prosecution for their participation in the very transaction that gave rise to the charges on which the appellants have been found guilty, but (more importantly from their perspective) police illegality should deprive the state of the benefit of a conviction against them. It is relevant that in s. 37 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, Parliament has specifically imposed on RCMP officers the duty to stay within the law, as follows:

> **37.** It is incumbent on every member
>
> (*a*) to respect the rights of all persons;

qu'un premier ministre provincial n'avait aucune immunité contre une demande de dommages-intérêts pour avoir causé un préjudice à un citoyen ordinaire en raison de son intervention fautive dans l'exercice des pouvoirs conférés par la loi à une commission des liqueurs provinciale: *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Le professeur F. R. Scott, qui a représenté avec succès le demandeur Roncarelli dans cette affaire, a commenté par la suite dans *Civil Liberties & Canadian Federalism* (1959), à la p. 48:

> [TRADUCTION] . . . c'est toujours une victoire du droit lorsqu'il est démontré qu'il s'applique également à tous, sans crainte ni promesse. C'est ce que nous voulons dire lorsque nous affirmons que tous sont égaux devant la loi.

Le principe a été présenté de façon remarquée par le professeur A. V. Dicey, dans son ouvrage *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8e éd. 1927), comme étant la seconde facette de la «primauté du droit». Ce principe a été cité et approuvé dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, à la p. 1366:

> [TRADUCTION] Un autre sens est celui d'égalité devant la loi ou d'assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays appliqué par les tribunaux ordinaires; le «règne du droit», dans ce sens, exclut l'idée d'une exemption de fonctionnaires ou d'autres personnes du devoir d'obéissance à la loi auquel sont assujettis les autres citoyens, ou de la compétence des tribunaux ordinaires.

19 Les appelants soutiennent que, outre le fait que les policiers sont passibles de poursuites pour leur participation à l'opération qui a donné naissance aux accusations dont les appelants ont été déclarés coupables, l'illégalité commise par la police prive l'État de l'avantage d'avoir obtenu une déclaration de culpabilité contre eux (ce qui revêt une plus grande importance de leur point de vue). Il faut souligner que, à l'art. 37 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, le Parlement a expressément imposé aux agents de la GRC l'obligation de se conformer à la loi:

> **37.** Il incombe à chaque membre:
>
> *a*) de respecter les droits de toutes personnes;

(*b*) to maintain the integrity of the law, law enforcement and the administration of justice;

(*c*) to perform the member's duties promptly, impartially and diligently, in accordance with the law and without abusing the member's authority;

. . .

(*e*) to ensure that any improper or unlawful conduct of any member is not concealed or permitted to continue. . . . [Emphasis added.]

It is recognized, of course, that police officers gain nothing personally from conduct committed in good faith efforts to suppress crime that incidentally violates the law the police are attempting to enforce. Nevertheless, the seeming paradox of breaking a law in order to better enforce it has important ramifications for the rule of law.

Test for Abuse of Process

20 In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, the Court set down what has since become the standard formulation of the test for abuse of process, *per* Dickson C.J., at pp. 136-37:

I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], and affirm that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases".

This general test for abuse of process has been repeatedly affirmed: see *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59; *Mack*, *supra*, at p. 941; *Conway*, *supra*, at p. 1667; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 992-93; *Power*, *supra*, at pp. 612-15; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at pp. 762-63; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at

b) de maintenir l'intégrité du droit et de son application ainsi que de l'administration de la justice;

c) de remplir ses fonctions avec promptitude, impartialité et diligence, conformément au droit et sans abuser de son autorité;

. . .

e) de veiller à ce que l'inconduite des membres ne soit pas cachée ou ne se répète pas. . . [Je souligne.]

Il est naturellement reconnu que les policiers ne retirent aucun gain personnel d'actes qui sont commis dans le cadre d'efforts déployés de bonne foi pour éliminer le crime et qui, par incidence, contreviennent à la loi qu'ils tentent de faire respecter. Néanmoins, le paradoxe apparent de contrevenir à une loi afin de mieux la faire respecter a des répercussions importantes sur la règle de la primauté du droit.

Le critère de l'abus de procédure

Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, notre Cour a établi ce qui est maintenant la formulation-type du critère relatif à l'abus de procédure, ainsi énoncé par le juge en chef Dickson, aux pp. 136 et 137:

Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], et j'affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes».

Ce critère général de l'abus de procédure a été confirmé à de nombreuses reprises: voir *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659; *Mack*, précité, à la p. 941; *Conway*, précité, à la p. 1667; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 992 et 993; *Power*, précité, aux pp. 612 à 615; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, aux pp. 762 et

p. 915; and most recently in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 455.

Entrapment is simply an application of the abuse of process doctrine. Lamer J., in *Mack*, *supra*, set out the applicable test as follows, at pp. 964-65:

> . . . there is entrapment when,
>
> (a) the authorities provide a person with an opportunity to commit an offence without acting on a reasonable suspicion that this person is already engaged in criminal activity or pursuant to a *bona fide* inquiry;
>
> (b) although having such a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence.

The trial judge concluded that she was "satisfied that the police acted on reasonable suspicion. That being so, the police were fully entitled to provide both accused with opportunities to commit the offences". There was ample evidence to support her finding. She also found that the police had not crossed the boundary line from providing opportunity to commit the offence into the forbidden territory of inducing commission of the offence. The appellants needed no inducement. Once the opportunity presented itself, they, not the police, were the driving force behind the making of the deal.

In the absence of any plausible case for entrapment, the appellants can only succeed on the more general ground of a serious violation of "[the community's sense of] fair play and decency . . . disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases" (*Conway*, *supra*, at p. 1667). In this regard, the centrepiece of the appellants' argument, as stated, is the allegation of police illegality, and the refusal of the courts below to order disclosure of what the appellants consider to be relevant communications between Cpl. Reynolds and Mr. Leising of the

763; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 915; et, plus récemment, *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, à la p. 455.

21 La notion de provocation policière est simplement une application de la théorie de l'abus de procédure. Dans l'arrêt *Mack*, précité, le juge Lamer a énoncé ainsi le critère applicable, aux pp. 964 et 965:

> . . . il y a provocation policière quand:
>
> a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête;
>
> b) quoi qu'elles aient ce soupçon raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction.

Le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] «la police avait agi sur la foi d'un soupçon raisonnable. Cela étant, la police était entièrement justifiée de fournir aux deux accusés l'occasion de commettre les infractions». La preuve était suffisamment forte pour soutenir sa conclusion. Elle a également conclu que la police n'avait pas franchi la ligne de démarcation entre le fait de fournir l'occasion de perpétrer l'infraction et le territoire défendu d'inciter à la perpétration de l'infraction. Les appelants n'avaient pas besoin d'incitation. Dès que l'occasion s'est présentée, ce sont eux, et non la police, qui ont été les instigateurs de l'entente.

22 En l'absence de motifs plausibles leur permettant d'invoquer la provocation policière, les appelants ne peuvent avoir gain de cause qu'en s'appuyant sur le moyen plus général d'une violation grave du «[sens du] franc-jeu et de la décence qu'a la société [. . .], disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies» (*Conway*, précité, à la p. 1667). À cet égard, l'argument central des appelants est l'allégation que la police a commis des actes illégaux et le refus des tribunaux d'instance inférieure d'ordonner la divulgation de ce que les appelants jugent être des communications pertinentes entre le capl. Reynolds et M. Leising,

Department of Justice relied on by the police to establish their "good faith".

The Issue of Police Illegality

23 The allegation that the police have put themselves above the law is very serious, with constitutional ramifications beyond the boundaries of the criminal law. This was not a trivial breach. In the end, the transaction was for 50 kilograms, but at the outset the police were trying to organize the sale of over a ton of cannabis resin. The failure of the police to make a deal on that scale was not for want of trying.

24 The effect of police illegality on an application for a stay of proceedings depends very much on the facts of a particular case. This case-by-case approach is dictated by the requirement to balance factors which are specific to each fact situation. The problem confronting the police was well described by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Bond* (1993), 135 A.R. 329 (leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. v), at p. 333:

> Illegal conduct by the police during an investigation, while wholly relevant to the issue of abuse of the court's processes, is not per se fatal to prosecutions which may follow: *Mack*; supra at 558. Frequently it will be, but situational police illegality happens. Police involve themselves in high speed chases, travelling beyond posted speed limits. Police pose as prostitutes and communicate for that purpose in order to gather evidence. Police buy, possess, and transport illegal drugs on a daily basis during undercover operations. In a perfect world this would not be necessary but, patently illegal drug commerce is neither successfully investigated, nor resisted, by uniformed police peering through hotelroom transoms and keyholes or waiting patiently at police headquarters to receive the confessions of penitent drug-traffickers.

The Crown contends, as it did in the courts below, that the police did not violate the *Narcotic Control*

du ministère de la Justice, sur lesquelles les policiers se sont fondés pour établir leur «bonne foi».

La question de l'illégalité commise par la police

L'allégation que les policiers se sont placés au-dessus de la loi est très grave et comporte des incidences en matière constitutionnelle bien au-delà des limites du droit criminel. Il ne s'agissait pas d'une contravention mineure. L'opération a porté en définitive sur 50 kg, mais, à l'origine, les policiers tentaient d'organiser la vente de plus d'une tonne de résine de cannabis. Ce n'est pas faute d'avoir essayé que les policiers n'ont pas réussi à conclure une entente de cette envergure.

L'incidence de l'illégalité commise par la police sur une demande d'arrêt des procédures dépend beaucoup des faits d'une affaire donnée. Il faut procéder au cas par cas afin de soupeser les facteurs particuliers de chaque situation factuelle. La difficulté à laquelle fait face la police a été bien décrite par la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. c. Bond* (1993), 135 A.R. 329 (autorisation d'appel refusée, [1993] 3 R.C.S. v), à la p. 333:

> [TRADUCTION] Bien qu'elle soit d'une grande pertinence relativement à la question de l'abus des procédures judiciaires, la conduite illégale de la police au cours d'une enquête n'est pas fatale, en soi, aux fins des poursuites qui peuvent s'ensuivre: *Mack*, précité, p. 558. Cela sera souvent le cas, mais des illégalités circonstancielles commises par la police peuvent se produire. Les policiers se livrent à des poursuites à grande vitesse, conduisant au-delà des limites de vitesse permises. Les policiers se font passer pour des prostitués et communiquent à cet effet afin de recueillir des preuves. Les policiers achètent, possèdent et transportent des drogues illégales quotidiennement au cours d'opérations d'infiltration. Dans un monde idéal, cela ne serait pas nécessaire, mais on ne peut enquêter sur le commerce hautement illégal de la drogue ni l'empêcher au moyen de policiers en uniforme qui scruteraient les chambres d'hôtel par les trous de serrures ou qui attendraient patiemment au poste de police de recevoir les confessions de trafiquants de drogue repentis.

Comme il l'a fait devant les instances inférieures, le ministère public fait valoir que la police n'a pas

Act which at the time the reverse sting was initiated provided in s. 4 as follows:

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by the person to be a narcotic.

(2) No person shall have in his possession any narcotic for the purpose of trafficking.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

"Traffic" is defined in the *Narcotic Control Act* as follows:

2. In this Act,

. . .

"traffic" means

(*a*) to manufacture, sell, give, administer, transport, send, deliver or distribute, or

(*b*) to offer to do anything referred to in paragraph (*a*)

otherwise than under the authority of this Act or the regulations. [Emphasis added.]

The conclusion that the RCMP acted in a manner facially prohibited by the Act is inescapable. Their motive in doing so does not matter because, while motive may be relevant for some purposes, it is intent, not motive, that is an element of a full *mens rea* offence: see *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 831. The *actus reus* of the offence of trafficking is the making of an offer, and when accompanied by intent to do so, the necessary *mens rea* is made out: see *R. v. Mancuso* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380 (Que. C.A.), at p. 390, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. viii. There is no need to prove both the intent to make the offer to sell and the intent to carry out the offer: see *R. v. Mamchur*, [1978] 4 W.W.R. 481 (Sask. C.A.). See also, e.g., *R. v. Sherman* (1977), 36 C.C.C. (2d) 207 (B.C.C.A.), at p. 208, upholding a conviction where there was evidence that the accused had offered to sell heroin to a person he knew was an undercover police officer, with a view to "rip off" the officer and not complete the sale. *Sherman* was later followed on this point in

contrevenu à la *Loi sur les stupéfiants* qui, à l'époque de la vente surveillée, prévoyait à son art. 4:

4. (1) Le trafic de stupéfiant est interdit, y compris dans le cas de toute substance que le trafiquant prétend ou estime être tel.

(2) La possession de stupéfiant en vue d'en faire le trafic est interdite.

(3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) commet un acte criminel et encourt l'emprisonnement à perpétuité.

«Faire le trafic» est défini ainsi dans la *Loi sur les stupéfiants*:

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

. . .

«faire le trafic» Le fait de fabriquer, vendre, donner, administrer, transporter, expédier, livrer ou distribuer un stupéfiant — ou encore de proposer l'une de ces opérations — en dehors du cadre prévu par la présente loi et ses règlements. [Je souligne.]

On ne peut faire autrement que de conclure que les agents de la GRC ont agi d'une manière en apparence interdite par la Loi. Leur mobile n'a aucune importance parce que, bien que le mobile puisse être pertinent à certaines fins, c'est l'intention, et non le mobile, qui constitue l'élément d'une infraction de *mens rea* complète: voir *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, à la p. 831. L'*actus reus* de l'infraction de trafic consiste à faire une offre, et s'il s'accompagne de l'intention de le faire, la *mens rea* requise est établie: voir *R. c. Mancuso* (1989), 51 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Qué.), à la p. 390, autorisation d'appel refusée, [1990] 2 R.C.S. viii. Il n'est pas nécessaire de prouver à la fois l'intention de faire l'offre de vente et l'intention de mener l'offre à terme: *R. c. Mamchur*, [1978] 4 W.W.R. 481 (C.A. Sask.). Voir également, p. ex., *R. c. Sherman* (1977), 36 C.C.C. (2d) 207 (C.A.C.-B.), à la p. 208, confirmant une déclaration de culpabilité dans un cas où la preuve indiquait que l'accusé avait offert de vendre de l'héroïne à une personne qu'il savait être un agent 25

Mancuso, *supra*, at pp. 389-90, where the accused argued unsuccessfully that he did not intend actually to sell narcotics to a police informer, but really wished to steal his money.

Public Interest Immunity

26 The Crown submits that even if the conduct of the RCMP was facially prohibited by the terms of the *Narcotic Control Act*, no offence was committed because members of the RCMP are either part of the Crown or are agents of the Crown and as such partake of the Crown's public interest immunity. Such an argument is difficult to square with s. 3(1) of the *Narcotic Control Regulations* which authorizes the police to possess narcotics that come to them from "sting" operations:

> 3. (1) A person is authorized to have a narcotic in his possession where that person has obtained the narcotic pursuant to these Regulations and
>
> . . .
>
> (*g*) is employed as an inspector, a member of the Royal Canadian Mounted Police, a police constable, [or] peace officer . . . and such possession is for the purposes of and in connection with such employment. . . .

Even though the authority is contained in a regulation rather than the Act itself, it is clear that the Regulation would be entirely unnecessary and superfluous if the Act did not apply to the police in the first place.

The Status of the Police

27 The Crown's attempt to identify the RCMP with the Crown for immunity purposes misconceives the relationship between the police and the executive government when the police are engaged in law enforcement. A police officer investigating a crime is not acting as a government functionary or as an agent of anybody. He or she occupies a public office initially defined by the common law and

d'infiltration en vue de le «rouler» et de ne pas réaliser la vente. L'arrêt *Sherman* a été suivi par la suite sur cette question dans *Mancuso*, précité, aux pp. 389 et 390, qui a rejeté l'argumentation de l'accusé selon laquelle il n'avait pas réellement l'intention de vendre des stupéfiants à un indicateur de police, mais qu'il espérait plutôt lui voler son argent.

L'immunité d'intérêt public

Le ministère public soutient que, même si la conduite de la GRC était en apparence interdite par la *Loi sur les stupéfiants*, aucune infraction n'a été commise parce que les membres de la GRC font partie de l'État ou sont des mandataires de l'État et, qu'à ce titre, ils bénéficient de la protection offerte par l'immunité d'intérêt public de l'État. Cet argument cadre difficilement avec le par. 3(1) du *Règlement sur les stupéfiants* qui autorise les policiers à posséder les stupéfiants qu'ils recueillent par suite des opérations «d'achats surveillés»:

> 3. (1) Une personne est autorisée à avoir un stupéfiant en sa possession lorsqu'elle a obtenu ledit stupéfiant conformément au présent règlement et
>
> . . .
>
> *g*) qu'elle est employée à titre d'inspecteur, de membre de la Gendarmerie royale du Canada, d'agent de police [ou] d'agent de la paix [. . .] et qu'elle a le stupéfiant en sa possession aux fins de ses fonctions ou en rapport avec elles. . .

Même si ce pouvoir est conféré par un règlement plutôt que par la loi elle-même, il est évident que le règlement serait parfaitement inutile si la loi ne s'appliquait pas au départ à la police.

Le statut de la police

La tentative du ministère public d'assimiler la GRC à l'État pour des fins d'immunité dénote une conception erronée de la relation entre la police et la branche exécutive du gouvernement lorsque les policiers exercent des activités liées à l'exécution de la loi. Un policier qui enquête sur un crime n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit. Il occupe une charge

subsequently set out in various statutes. In the case of the RCMP, one of the relevant statutes is now the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10.

Under the authority of that Act, it is true, RCMP officers perform a myriad of functions apart from the investigation of crimes. These include, by way of examples, purely ceremonial duties, the protection of Canadian dignitaries and foreign diplomats and activities associated with crime prevention. Some of these functions bring the RCMP into a closer relationship to the Crown than others. The *Department of the Solicitor General Act*, R.S.C., 1985, c. S-13, provides that the Solicitor General's powers, duties and functions extend to matters relating to the RCMP over which Parliament has jurisdiction, and that have not been assigned to another department. Section 5 of the *Royal Canadian Mounted Police Act* provides for the governance of the RCMP as follows:

5. (1) The Governor in Council may appoint an officer, to be known as the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, who, under the direction of the [Solicitor General], has the control and management of the Force and all matters connected therewith.

It is therefore possible that in one or other of its roles the RCMP could be acting in an agency relationship with the Crown. In this appeal, however, we are concerned only with the status of an RCMP officer in the course of a criminal investigation, and in that regard the police are independent of the control of the executive government. The importance of this principle, which itself underpins the rule of law, was recognized by this Court in relation to municipal forces as long ago as *McCleave v. City of Moncton* (1902), 32 S.C.R. 106. That was a civil case, having to do with potential municipal liability for police negligence, but in the course of his judgment Strong C.J. cited with approval the following proposition, at pp. 108-9:

Police officers can in no respect be regarded as agents or officers of the city. Their duties are of a public

publique qui a été définie à l'origine par la common law et qui a été établie par la suite dans différentes lois. Dans le cas de la GRC, l'une de ces lois pertinentes est maintenant la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10.

Il est vrai qu'en vertu des pouvoirs conférés par cette loi, les agents de la GRC accomplissent une multitude de tâches en plus des enquêtes criminelles. Ces tâches comprennent notamment des fonctions purement cérémoniales, la protection de dignitaires canadiens et de diplomates étrangers, ainsi que des activités liées à la prévention du crime. Certaines de ces tâches créent des liens plus étroits avec l'État que d'autres. La *Loi sur le ministère du Solliciteur général*, L.R.C. (1985), ch. S-13, prévoit que les pouvoirs et fonctions du Solliciteur général s'étendent aux domaines relatifs à la GRC pour lesquels le Parlement a compétence et qui n'ont pas été attribués à un autre ministère. L'article 5 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* prévoit ceci pour la direction de la GRC: 28

5. (1) Le gouverneur en conseil peut nommer un officier, appelé commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, qui, sous la direction du [Solliciteur général], a pleine autorité sur la Gendarmerie et tout ce qui s'y rapporte.

Il est donc possible que, dans l'exercice de l'un ou de l'autre de ses rôles, la GRC agisse en tant que mandataire de l'État. Le présent pourvoi ne soulève toutefois que la question du statut d'un agent de la GRC agissant dans le cadre d'une enquête criminelle, et, à cet égard, la police n'est pas sous le contrôle de la branche exécutive du gouvernement. L'importance de ce principe, qui est lui-même à la base de la primauté du droit, a été reconnu par notre Cour relativement aux forces policières municipales dans un arrêt aussi ancien que *McCleave c. City of Moncton* (1902), 32 R.C.S. 106. Il s'agissait d'une affaire civile portant sur la responsabilité municipale éventuelle pour cause de négligence policière, mais, dans le cadre de ses motifs, le juge en chef Strong a approuvé la proposition suivante, aux pp. 108 et 109: 29

[TRADUCTION] Les policiers ne peuvent aucunement être considérés comme des mandataires ou des fonction-

nature. Their appointment is devolved on cities and towns by the legislature as a convenient mode of exercising a function of government, but this does not render them liable for their unlawful or negligent acts. The detection and arrest of offenders, the preservation of the public peace, the enforcement of the laws, and other similar powers and duties with which police officers and constables are entrusted are derived from the law, and not from the city or town under which they hold their appointment.

30 At about the same time, the High Court of Australia rejected the notion that a police constable was an agent of the Crown so as to enjoy immunity against a civil action for wrongful arrest. Griffith C.J. had this to say in *Enever v. The King* (1906), 3 C.L.R. 969, at p. 977:

> Now, the powers of a constable, *quâ* peace officer, whether conferred by common or statute law, are exercised by him by virtue of his office, and cannot be exercised on the responsibility of any person but himself. If he arrests on suspicion of felony, the suspicion must be his suspicion, and must be reasonable to him. If he arrests in a case in which the arrest may be made on view, the view must be his view, not that of someone else.... A constable, therefore, when acting as a peace officer, is not exercising a delegated authority, but an original authority, and the general law of agency has no application.

31 Over 70 years later, Laskin C.J. in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at p. 322, speaking with reference to the status of a probationary police constable, affirmed that "we are dealing with the holder of a public office, engaged in duties connected with the maintenance of public order and preservation of the peace, important values in any society" (emphasis added). See also *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), at p. 65.

32 Similar sentiments were expressed by the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457 (P.C.), another civil case

naires de la ville. Leurs fonctions sont publiques par nature. Le pouvoir de les nommer est transféré par la législature aux cités et villes car il s'agit d'un moyen pratique d'exercer une fonction gouvernementale, mais cela ne les rend pas responsables des actes illégaux ou négligents qu'ils commettent. Le dépistage et l'arrestation des auteurs d'infractions, le maintien de la paix publique, l'exécution des lois ainsi que les autres fonctions similaires conférées aux policiers découlent de la loi, et ne proviennent pas de la cité ou de la ville qui les a nommés.

Vers la même époque, la Haute Cour de l'Australie a rejeté la notion selon laquelle un policier était un mandataire de l'État et, qu'à ce titre, il jouissait de l'immunité contre une action civile pour cause d'arrestation illégale. Le juge en chef Griffith dit ceci dans *Enever c. The King* (1906), 3 C.L.R. 969, à la p. 977:

> [TRADUCTION] Ainsi, qu'ils lui soient conférés par la common law ou par loi, les pouvoirs que détient un policier, à titre d'agent de la paix, sont exercés par lui en vertu de sa charge et ne peuvent être exercés sous la responsabilité de quiconque, sauf la sienne. S'il procède à une arrestation fondée sur le soupçon qu'un délit a été commis, ce soupçon doit être le sien et doit être raisonnable de son point de vue. S'il procède à une arrestation dans un cas où il peut arrêter quelqu'un à vue, c'est lui, et non quelqu'un d'autre, qui doit avoir vu. [...] Un policier agissant à titre d'agent de la paix n'exerce donc pas un pouvoir délégué, mais son propre pouvoir, de sorte que le droit commun en matière de mandat ne s'applique pas.

Au-delà de 70 ans plus tard, parlant du statut d'un policier en stage, le juge en chef Laskin a affirmé, dans l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, à la p. 322, qu'«il est question [...] du titulaire d'une charge publique, dont les devoirs sont liés au maintien de l'ordre public et de la paix, valeurs importantes dans toute société» (je souligne). Voir également *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), à la p. 65.

Une opinion similaire a été exprimée par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Attorney-General for New South Wales c. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457 (C.P.), qui était une autre

dealing with the vicarious liability of the Crown, in which Viscount Simonds stated, at pp. 489-90:

> [A constable's] authority is original, not delegated, and is exercised at his own discretion by virtue of his office: he is a ministerial officer exercising statutory rights independently of contract. The essential difference is recognized in the fact that his relationship to the Government is not in ordinary parlance described as that of servant and master.

While for certain purposes the Commissioner of the RCMP reports to the Solicitor General, the Commissioner is not to be considered a servant or agent of the government while engaged in a criminal investigation. The Commissioner is not subject to political direction. Like every other police officer similarly engaged, he is answerable to the law and, no doubt, to his conscience. As Lord Denning put it in relation to the Commissioner of Police in *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), at p. 769:

> I have no hesitation, however, in holding that, like every constable in the land, he [the Commissioner of Police] should be, and is, independent of the executive. He is not subject to the orders of the Secretary of State, save that under the Police Act 1964 the Secretary of State can call on him to give a report, or to retire in the interests of efficiency. I hold it to be the duty of the Commissioner of Police, as it is of every chief constable, to enforce the law of the land. He must take steps so to post his men that crimes may be detected; and that honest citizens may go about their affairs in peace. He must decide whether or not suspected persons are to be prosecuted; and, if need be, bring the prosecution or see that it is brought; but in all these things he is not the servant of anyone, save of the law itself. No Minister of the Crown can tell him that he must, or must not, keep observation on this place or that; or that he must, or must not, prosecute this man or that one. Nor can any police authority tell him so. The responsibility for law enforcement lies on him. He is answerable to the law and to the law alone. [Emphasis added.]

To the same effect, see the more recent Canadian cases of *R. v. Creswell*, [1998] B.C.J.

affaire civile portant sur la responsabilité civile de l'État, et où vicomte Simonds a dit, aux pp. 489 et 490:

> [TRADUCTION] Le pouvoir détenu par [un policier] est le sien, non pas un pouvoir délégué, et ce pouvoir est exercé de la façon dont il l'entend en vertu de sa charge: il est un agent ministériel qui exerce les droits que lui confère la loi, malgré l'existence d'un contrat. La différence essentielle se reflète dans le fait que, dans le langage courant, sa relation avec le gouvernement n'est pas décrite comme étant une relation maître-préposé.

33 Bien qu'à certaines fins, le Commissaire de la GRC rende compte au Solliciteur général, il ne faut pas le considérer comme un préposé ou un mandataire du gouvernement lorsqu'il effectue des enquêtes criminelles. Le Commissaire n'est soumis à aucune directive politique. Comme tout autre agent de police dans la même situation, il est redevable devant la loi et, sans aucun doute, devant sa conscience. Comme lord Denning l'a dit relativement au commissaire de police dans *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), à la p. 769:

> [TRADUCTION] Je n'ai toutefois aucune hésitation à conclure que, comme tous les policiers du pays, il [le commissaire de police] devrait être indépendant de l'exécutif, et qu'il l'est effectivement. Il n'est pas soumis aux ordres du Secrétaire d'État, à l'exception du fait que, en vertu de la Police Act 1964, ce dernier peut lui demander de produire un rapport et de quitter ses fonctions dans l'intérêt de la bonne administration. Je considère qu'il est du devoir du commissaire de police, et de tout chef de police, de faire respecter les lois du pays. Il doit affecter ses hommes de manière à résoudre les crimes pour que les honnêtes citoyens puissent vaquer à leurs occupations en paix. Il doit décider si des suspects seront poursuivis ou non; et, s'il le faut, porter des accusations ou faire en sorte qu'elles soient portées; mais, dans tout cela, il n'est le serviteur de personne, sauf de la loi elle-même. Aucun ministre de la Couronne ne peut lui ordonner de surveiller ou de ne pas surveiller tel endroit, ou lui ordonner de poursuivre ou de ne pas poursuivre une personne. Aucune autorité policière ne peut non plus lui donner un tel ordre. C'est à lui qu'il incombe de faire respecter la loi. Il est redevable envers la loi, et seulement envers elle. [Je souligne.]

34 Voir, au même effet, les décisions canadiennes plus récentes *R. c. Creswell*, [1998] B.C.J.

No. 1090 (QL), (S.C.), which involves facts closer to those in the present appeal; *Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396 (Ont. H.C.), affirmed (1990), 74 O.R. (2d) 225 (Div. Ct.); and *Perrier v. Sorgat* (1979), 25 O.R. (2d) 645 (Co. Ct.). A contrary conclusion was reached by Bielby J. of the Alberta Court of Queen's Bench in *Rutherford v. Swanson*, [1993] 6 W.W.R. 126, but her decision, I think, suffers from the frailty of failing to differentiate the different functions the RCMP perform, and the potentially different relationship of the RCMP to the Crown in the exercise of those different functions.

35 While these cases generally examine the relationship between the police and various governments in terms of civil liability, the statements made are of much broader import. It would make no sense in either law or policy to hold the police to be agents of the Crown for the purposes of allowing the Crown to shelter the police under its immunity in criminal matters, but to hold the police not to be Crown agents in civil matters to enable the government to resile from liability for police misconduct. The Crown cannot have it both ways.

36 Parenthetically, it should be noted that Parliament has provided in the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 36, that:

> **36.** For the purposes of determining liability in any proceedings by or against the Crown, a person who was at any time a member of the Canadian Forces or of the Royal Canadian Mounted Police shall be deemed to have been at that time a servant of the Crown. [Emphasis added.]

A "deeming" section would not be necessary if it were the case that, at law, an RCMP officer was in any event a Crown servant for all purposes.

No. 1090 (QL) (C.S.), où les faits se rapprochent de ceux du présent pourvoi; *Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1989), 58 D.L.R. (4th) 396 (H.C. Ont.), confirmé par (1990), 74 O.R. (2d) 225 (C. div.); et *Perrier c. Sorgat* (1979), 25 O.R. (2d) 645 (C. cté). Le juge Bielby de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a tiré une conclusion contraire dans *Rutherford c. Swanson*, [1993] 6 W.W.R. 126, mais j'estime que sa décision est affaiblie par l'omission de tenir compte des distinctions entre les diverses fonctions exercées par la GRC et de la différence potentielle des relations entre la GRC et l'État dans le cadre de l'exercice de ces fonctions.

Bien que ces affaires portent généralement sur la relation entre la police et divers gouvernements en matière de responsabilité civile, les énoncés de principe auxquels elles donnent lieu sont d'une application beaucoup plus large. Il serait illogique, tant au niveau juridique qu'au niveau des principes, de considérer les policiers comme des mandataires de l'État afin de permettre à ce dernier de couvrir les policiers de son immunité en matière criminelle, mais de ne pas les considérer comme tels en matière civile afin de permettre au gouvernement d'écarter sa responsabilité à l'égard des fautes commises par la police. L'État ne peut pas gagner sur les deux tableaux.

Incidemment, il faut souligner que le Parlement a prévu à l'art. 36 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, que:

> **36.** Pour la détermination des questions de responsabilité dans toute action ou autre procédure engagée par ou contre l'État, quiconque était lors des faits en cause membre des Forces canadiennes ou de la Gendarmerie royale du Canada est assimilé à un préposé de l'État. [Je souligne.]

Il ne serait pas nécessaire qu'un article établisse une présomption s'il était vrai qu'en droit, un agent de la GRC est un préposé de l'État dans tous les cas.

The Limitations on Crown Agency Expressed in R. v. Eldorado Nuclear Ltd.

Even if the police could be considered agents of the Crown for some purposes, and even if the Crown itself were not bound by the *Narcotic Control Act*, I agree with the Ontario Court of Appeal that in this case the police stepped outside the lawful ambit of their agency, and whatever immunity was associated with that agency was lost. This principle was elaborated upon by this Court in two cases decided in 1983, namely *Eldorado Nuclear*, *supra*, and *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 339. In the latter case, the CBC, which by its enabling statute is expressly constituted a Crown corporation, was nevertheless held subject to prosecution for broadcasting an obscene film. This Court held that the CBC's conduct put it outside the scope of its agency, *per* Estey J., at p. 351:

> ... even if Crown immunity may be attributed to the appellant [CBC] in some circumstances, and the actions of the appellant in such circumstances attributed to the Crown, it does not necessarily follow that the immunities attendant upon the status of Crown agency will flow through to the benefit and protection of the appellant in all circumstances.

In *Eldorado Nuclear*, on the other hand, the Court concluded that two Crown corporations, namely Eldorado Nuclear Limited and Uranium Canada Limited, who were accused of being parties to an unlawful uranium cartel, could not be prosecuted under the *Combines Investigation Act*. They were acting pursuant to their corporate objects set out by Parliament in their respective constitutive statutes, and, in respect of acts done in furtherance of their statutory objects, the *Combines Investigation Act* had no application to them.

While it may be convenient and expeditious for the police to enforce the *Narcotic Control Act* by breaking it themselves under "controlled circumstances", such a strategy in the present case was not necessary to accomplish the RCMP's statutory mandate (*Eldorado Nuclear*, *supra*, at p. 568). Parliament made it clear in s. 37 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, that the RCMP must act

Les limites de l'immunité du mandataire de l'État selon R. c. Eldorado Nucléaire Ltée

37 Même si les policiers pouvaient être considérés comme des mandataires de l'État dans certains cas et que ce dernier n'était pas lié par la *Loi sur les stupéfiants*, je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario que, dans la présente affaire, les policiers ont outrepassé les limites légales de leur mandat et que, si ce dernier comportait une quelconque immunité, celle-ci a été perdue. Notre Cour a approfondi ce principe dans deux décisions de 1983, les arrêts *Eldorado Nucléaire*, précité, et *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339. Dans cette dernière affaire, la SRC, dont la loi habilitante prévoit qu'elle est une société d'État, a néanmoins été jugée susceptible de faire l'objet de poursuites pour avoir diffusé un film obscène. Notre Cour, par les motifs du juge Estey, a conclu que la conduite de la SRC n'était pas protégée par son immunité, à la p. 351:

> ... même si l'immunité de l'État peut être attribuée à l'appelante [SRC] dans certaines circonstances et que les actes de l'appelante peuvent alors être attribués à l'État, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'immunité qui accompagne le statut de mandataire de l'État passera dans tous les cas à l'appelante à son avantage et pour sa protection.

38 Par contre, dans *Eldorado Nucléaire*, notre Cour a conclu que deux sociétés d'État, soit Eldorado Nucléaire Limitée et Uranium Canada Limitée, qui étaient accusées de faire partie d'un cartel illégal d'uranium, ne pouvaient pas être poursuivies en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Elles agissaient conformément à la mission que leur avait attribuée le Parlement dans leur loi habilitante respective, et, lorsqu'elles agissaient dans ce cadre, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne s'appliquait pas à elles.

39 Bien qu'il puisse être commode et efficace pour les policiers d'exécuter la *Loi sur les stupéfiants* en y contrevenant eux-mêmes dans «une situation contrôlée», une telle stratégie en l'espèce n'était pas nécessaire à la réalisation du mandat légal de la GRC (*Eldorado Nucléaire*, précité, à la p. 568). Par l'article 37 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, le Parlement a indiqué claire-

"in accordance with the law". Parliament has made it clear that illegality by the RCMP is neither part of any valid public purpose nor necessarily "incidental" to its achievement. If some form of public interest immunity is to be extended to the police to assist in the "war on drugs", it should be left to Parliament to delineate the nature and scope of the immunity and the circumstances in which it is available, as indeed was done in 1996, after the events in question here, in s. 8 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

ment que la GRC devait agir «conformément au droit». Le Parlement a indiqué clairement qu'une illégalité commise par la GRC n'entre dans le cadre d'aucune fin d'intérêt public valide et n'est pas nécessairement «accessoire» à sa réalisation. S'il y a lieu de conférer à la police une certaine forme d'immunité d'intérêt public pour l'aider à gagner la «guerre contre la drogue», il revient au Parlement de circonscrire la nature et la portée de l'immunité ainsi que les faits qui y donnent ouverture, comme cela a d'ailleurs été fait en 1996, après la survenance des événements en cause en l'espèce, au moyen de l'art. 8 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

40 The respondent raises one further argument concerning the legality of the RCMP's conduct in engaging in the reverse sting operation. This argument consists of the bald assertion that the police have available to them a so-called "necessity" justification or defence as that term was used in *R. v. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521 (N.S.C.A.), *per* Macdonald J.A., at p. 542:

> Generally speaking, the defence of necessity covers all cases where non-compliance with law is excused by an emergency or justified by the pursuit of some greater good.

It is not alleged that the RCMP conduct is such that it could be said to fall within one of the established "justification" defences (e.g., self-defence or defence of third parties) and the Crown offers no authority for the proposition that there exists (or should exist) in Canada a so-called "law enforcement" justification defence generally. The United States experience is mixed: see G. Greaney, "Crossing the Constitutional Line: Due Process and the Law Enforcement Justification" (1992), 67 *Notre Dame L. Rev.* 745. In any event, the author points out that the law justification defence "only applies if the 'conduct is within the reasonable exercise of the policeman's duty . . . '" (p. 784) and ". . . courts also look to an officer's adherence to state and federal laws when examining the reasonableness of the officer's conduct" (p. 787). The law enforcement justification is frequently raised in the United States in the context of federal law

L'intimée soulève un argument supplémentaire relativement à la légalité de la conduite de la GRC lorsqu'elle s'est livrée à l'opération de vente surveillée. Cet argument consiste en la simple affirmation que la police peut invoquer ce qui est appelé une défense ou excuse «de nécessité», dans le sens où ce terme a été utilisé dans l'arrêt *R. c. Salvador* (1981), 59 C.C.C. (2d) 521 (C.A.N.-É.), le juge Macdonald, à la p. 542:

> [TRADUCTION] En général, la défense de nécessité s'applique à toutes les situations où le non-respect de la loi est justifié par une urgence ou par la recherche d'un plus grand bien.

On ne prétend pas que la conduite de la GRC est de nature à donner lieu à l'une des défenses de «justification» établies (p. ex., la légitime défense ou la défense d'autres personnes) et le ministère public n'invoque aucune décision à l'appui de la proposition qu'il existe (ou qu'il devrait exister) au Canada ce qu'on appelle une défense générale de justification pour cause d'«exécution de la loi». La jurisprudence américaine demeure variable: voir G. Greaney, «Crossing the Constitutional Line: Due Process and the Law Enforcement Justification» (1992), 67 *Notre Dame L. Rev.* 745. De toute manière, l'auteur souligne que la défense de justification [TRADUCTION] «ne s'applique que si la "conduite se situe dans le cadre de l'exercice raisonnable des fonctions du policier . . ."» (p. 784), et «. . . les tribunaux vérifient également si le policier a respecté les lois fédérales et les lois des États lorsqu'ils analysent le caractère raisonnable de sa

enforcement activity that complies with federal laws but breaches state laws. In such cases, the United States Supreme Court held in *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890), *per* Miller J., at p. 68 and following, that the officer claiming the law enforcement justification must be performing an act that he or she is authorized by federal law to perform as part of police duties and that actions in violation of state law must be carefully circumscribed so as to do no more than is necessary and proper. See *Baucom v. Martin*, 677 F.2d 1346 (11th Cir. 1982), *per* Wood J., at p. 1350. It would therefore appear that in the United States a police officer would not be entitled to the law enforcement justification where, as here, the constitutive statute of the police force imposes on its members the duty to act "in accordance with the law" (*Royal Canadian Mounted Police Act*, s. 37).

In this country, it is accepted that it is for Parliament to determine when in the context of law enforcement the end justifies means that would otherwise be unlawful. As Dickson J. (as he then was) put it in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 248:

> The *Criminal Code* has specified a number of identifiable situations in which an actor is justified in committing what would otherwise be a criminal offence. To go beyond that and hold that ostensibly illegal acts can be validated on the basis of their expediency, would import an undue subjectivity into the criminal law. It would invite the courts to second-guess the legislature and to assess the relative merits of social policies underlying criminal prohibitions. Neither is a role which fits well with the judicial function.

While it is true that Dickson J. was not addressing the issue of police illegality in that case, a general "law enforcement justification" would run counter to the fundamental constitutional principles outlined earlier. It should be emphasized that the

conduite» (p. 787). La justification d'exécution de la loi est fréquemment invoquée aux États-Unis dans le contexte d'activités liées à l'exécution de lois fédérales conformes aux lois fédérales mais contrevenant aux lois d'un État. La Cour suprême des États-Unis a conclu, dans l'arrêt *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890), le juge Miller, à la p. 68 et suiv., que, dans de tels cas, le policier qui invoque cette justification devait avoir accompli un acte qu'une loi fédérale l'autorisait à accomplir dans l'exercice de ses fonctions d'agent de police, et que les actes contrevenant aux lois de l'État devaient être conçues avec soin, de manière à ne pas faire plus que ce qui était nécessaire et approprié. Voir *Baucom c. Martin*, 677 F.2d 1346 (11th Cir. 1982), le juge Wood, à la p. 1350. Il semble donc qu'aux États-Unis, un policier ne puisse pas bénéficier de la justification d'exécution de la loi lorsque, comme en l'espèce, la loi constitutive de la force policière en cause impose à ses membres l'obligation d'agir «conformément au droit» (art. 37 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*).

Au Canada, il est admis qu'il revient au Parlement de décider quand, dans le contexte de l'exécution de la loi, la fin justifie des moyens qui, normalement, seraient illégaux. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a dit dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, à la p. 248: 41

> Le *Code criminel* précise un nombre de situations distinguables où une personne est justifiée de commettre ce qui autrement constituerait une infraction criminelle. Aller plus loin et soutenir qu'on peut justifier des actes manifestement illégaux à cause des avantages qu'ils présentent aurait pour effet d'introduire un élément de subjectivité indu dans le droit criminel. Ce serait inviter les tribunaux à réévaluer rétrospectivement l'intention du législateur et à apprécier le bien-fondé relatif des politiques sociales qui sous-tendent les interdictions en matière criminelle. Ni l'un ni l'autre de ces rôles ne cadre bien avec la fonction judiciaire.

Bien qu'il soit vrai que le juge Dickson ne traitait pas de la question d'une illégalité commise par la police dans cette affaire, une justification générale d'exécution de la loi serait contraire aux principes constitutionnels fondamentaux énoncés précédem-

police in this case were not acting in an emergency or other exigent circumstances. This was a premeditated, carefully planned attempt to sell a ton of hashish. If the Crown wishes to argue for specific relief against criminal or civil liability of the police in emergency or other exigent circumstances in a future case on facts where the argument fairly arises, the issue will be more fully addressed at that time. Such arguments have no application here.

Evidence of Police "Good Faith"

42 The conclusion that the police conduct in undertaking a reverse sting is, on the facts of this case, illegal does not of itself amount to an abuse of process or, to take it a step further, entitle the appellants to a stay. The legality of police action is but a factor, albeit an important factor, to be considered in the determination of whether an abuse of process has taken place: see *R. v. Lore* (1997), 116 C.C.C. (3d) 255 (Que. C.A.), at p. 271; *R. v. Matthiessen* (1995), 172 A.R. 196 (Q.B.), at pp. 209-10; and *Bond*, *supra*, at p. 333. Where the courts have found that the illegality or other misconduct amounts to an abuse of process, it has by no means followed that a stay of proceedings was considered the appropriate remedy. In *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (Que. C.A.), for example, a stay was refused despite the finding that the police had participated in conduct that was said to be totally unacceptable, *per* Brossard J.A., at p. 371.

43 I should make it clear that even if it should turn out here that the police acted contrary to the legal advice provided by the Department of Justice (and we have no reason at this stage to believe this to be the case), there would still be no right to an automatic stay. Apart from everything else, the trial judge would still have to consider any other information or explanatory circumstances that emerge during the inquiry into whether the police or prosecutorial conduct "shocks the conscience of the community". In *Mack*, *supra*, Lamer J. consid-

ment. Il faut souligner qu'en l'espèce, les policiers n'avaient pas affaire à une urgence ou à une autre situation pressante. Il s'agissait d'une tentative préméditée et soigneusement planifiée de vendre une tonne de haschisch. Si le ministère public désire invoquer l'existence d'une protection particulière contre la responsabilité criminelle ou civile de la police dans les cas d'urgence ou autres situations pressantes à l'occasion d'une prochaine affaire où les faits donneront véritablement ouverture à cette prétention, la question sera analysée plus en profondeur à ce moment-là. De tels arguments sont inapplicables en l'espèce.

La preuve de la «bonne foi» de la police

La conclusion que, selon les faits de la présente affaire, l'opération de vente surveillée menée par la police était illégale ne signifie pas, en soi, qu'il y a eu abus de procédure ou, plus avant, que les appelants ont droit à l'arrêt des procédures. Malgré son importance, la légalité de l'action policière n'est qu'un des facteurs, quoiqu'un facteur important, à examiner pour déterminer s'il y a eu abus de procédure: *R. c. Lore* (1997), 116 C.C.C. (3d) 255 (C.A. Qué.), à la p. 271; *R. c. Matthiessen* (1995), 172 A.R. 196 (B.R.), aux pp. 209 et 210; et *Bond*, précité, à la p. 333. Lorsque les tribunaux ont conclu que l'illégalité ou la faute commise équivalait à un abus de procédure, ils n'en ont pas déduit que l'arrêt des procédures était le redressement approprié. Dans *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (C.A. Qué.), p. ex., l'arrêt des procédures a été refusé malgré la conclusion que les policiers s'étaient livrés à des activités qui ont été décrites comme étant totalement inacceptables par le juge Brossard, à la p. 371.

Je tiens à bien préciser que, même s'il s'avérait que les actes de la police allaient à l'encontre des conseils juridiques reçus du ministère de la Justice (et nous n'avons aucune raison à cette étape-ci de le croire), cela ne donnerait pas lieu automatiquement à un arrêt. Outre tout le reste, le juge du procès devrait encore prendre en considération tout autre renseignement ou circonstance explicative qui se dégage de l'examen de la question de savoir si la conduite de la police ou de la poursuite «choque la conscience de la collectivité». Dans

ered that the need to grant some leeway to law enforcement officials to combat consensual criminal offences such as drug trafficking must be weighed against the courts' concern about law enforcement techniques that involve conduct that the citizenry would not tolerate. The underlying rationale of the doctrine of abuse of process is to protect the integrity of the courts' process and the administration of justice from disrepute: see *Mack*, at pp. 938 and 940. Lamer J. stated, at p. 939, that "the doctrine of abuse of process draws on the notion that the state is limited in the way it may deal with its citizens".

Relevance of Legislative Change

It was considered in the court below, and by the Quebec Court of Appeal in *Lore*, *supra*, at p. 271, that the immunity provisions of the new *Controlled Drugs and Substances Act* should be seen as confirmation that the use of reverse stings would not shock the conscience of the community in such a way as to constitute an abuse of process. The fact that Parliament has now enacted specific legislation permitting (in defined circumstances) the police to engage lawfully in the type of conduct at issue in this appeal confirms that the police conduct was not considered lawful by Parliament prior to the amendments' being made. The *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 10, provides that "[t]he law [is] always speaking", and Parliament's view at the relevant time was embodied in its then existing enactments. At the material time, Parliament had enacted that conduct otherwise illegal could be done lawfully "under the authority of this Act or the regulations", and under the regulations the police were authorized to possess but not to sell controlled drugs. Judicial notice can certainly be taken of continuing public concern about the drug trade, and in a general way of the difficulties of successfully employing traditional police techniques against large-scale crime organizations. There is little need in this case to resort for evidence of public concern to legislative amendments that were not made until two years after the trial.

Mack, précité, le juge Lamer a estimé que la nécessité de donner de la latitude à ceux qui sont chargés de faire respecter la loi pour leur permettre de lutter contre les infractions criminelles consensuelles, comme le trafic de drogue, devait être soupesée par rapport à la préoccupation des tribunaux à l'égard de méthodes d'exécution de la loi qui donnent lieu à des activités que les citoyens ne toléreraient pas. Les fondements de la théorie de l'abus de procédure sont la protection de l'intégrité du processus judiciaire et la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération: voir *Mack*, aux pp. 938 et 940. Le juge Lamer dit, à la p. 939, que «la doctrine de l'abus de procédure est fondée sur la notion que l'État est limité dans la manière dont il peut traiter ses citoyens».

La pertinence de la modification législative

Le jugement antérieur en l'espèce et l'arrêt *Lore*, précité, à la p. 271, de la Cour d'appel du Québec, ont indiqué que les dispositions d'immunité contenues dans la nouvelle *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* devraient être considérées comme la confirmation que le recours à des ventes surveillées ne choquerait pas la conscience de la collectivité au point de constituer un abus de procédure. Le fait que le Parlement a maintenant édicté des dispositions législatives particulières autorisant la police (dans des situations définies) à entreprendre légalement le genre d'activités en cause dans le présent pourvoi confirme que les actes accomplis n'étaient pas considérés licites par le Parlement avant l'adoption des modifications. L'article 10 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, édicte que «[l]a règle de droit a vocation permanente», et l'intention du Parlement à l'époque pertinente se retrouvait dans les dispositions existant alors. À l'époque pertinente, le Parlement avait décrété que des actes autrement illégaux pouvaient être faits légalement dans le «cadre prévu par la présente loi et ses règlements» et le règlement autorisait les policiers à posséder mais non à vendre des drogues contrôlées. Il y a certainement lieu de prendre connaissance d'office du fait que le public demeure préoccupé par le trafic de drogue et, d'une manière générale, de la difficulté de lutter efficacement contre le crime orga- 44

Nevertheless, given that the test in *Mack* calls for a broad inquiry into the balance of public interests, I would not want to exclude the possibility that after-the-fact legislation may throw some light on community acceptance of a reverse sting operation. It was but a short step from the existing regulatory authority to possess drugs as a result of a sting to the desired regulatory authority to sell drugs in the context of a reverse sting. One of the purposes of the balancing exercise discussed by L'Heureux-Dubé J. in *O'Connor*, *supra*, at paras. 129-30, is to put misconduct by the authorities, worrisome as it may be, in a larger societal perspective.

45 The point here, however, is slightly different. Superadded to the issue of illegal conduct is the possibility of a police operation planned and executed contrary to the advice (if this turns out to be true) of the Department of Justice. The suggestion is that the RCMP, after securing the relevant legal advice, nevertheless put itself above the law in its pursuit of the appellants. The community view of the police misconduct would, I think, be influenced by knowing whether or not the police were told in advance by their legal advisers that the reverse sting was illegal. Standing by itself, therefore, the subsequent 1996 enactment addresses only part of the issue.

The Assertion of Police Good Faith Was Based in Part on Advice Received from the Department of Justice

46 Counsel for the Crown has invited the Court to evaluate the police conduct throughout the reverse sting and submits their actions do not constitute an abuse of process. One of the issues is good faith, as discussed in A. Choo, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (1993), at pp. 107-118. As evidence of the fact that the reverse sting was undertaken "with the purest of

nisé au moyen des méthodes policières traditionnelles. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'invoquer des modifications législatives qui n'ont été adoptées que deux ans après le procès. Néanmoins, puisque le critère énoncé dans l'arrêt *Mack* commande un examen général des aspects de l'intérêt public en jeu, je ne voudrais pas exclure toute possibilité que la législation adoptée après coup permette de mieux percevoir l'acceptation par la société d'une opération de vente surveillée. Un petit pas séparait le pouvoir réglementaire existant de posséder des drogues par suite d'une opération d'achat surveillé et le pouvoir réglementaire souhaité de vendre des drogues dans le cadre d'une vente surveillée. L'un des objectifs de la pondération de valeurs conflictuelles dont parle le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *O'Connor*, précité, aux par. 129 à 130, est de mettre dans une perspective sociale plus large l'inconduite des autorités, si préoccupante soit-elle.

En l'espèce cependant la question est légèrement différente. En plus de la question de la conduite illégale se pose la possibilité d'une opération policière planifiée et exécutée malgré l'avis contraire du ministère de la Justice (si la chose était avérée). Il est suggéré que la GRC, après avoir obtenu l'avis juridique pertinent, s'est néanmoins placée au-dessus de la loi pour poursuivre les appelants. Je crois que l'opinion de la collectivité sur l'inconduite policière serait également influencée par le fait que les conseillers juridiques de la police lui avaient signalé à l'avance ou non que la vente surveillée était illégale. En soi, la modification apportée par la suite en 1996 ne règle qu'une partie de la question.

L'argument de la bonne foi de la police était fondé en partie sur un avis reçu du ministère de la Justice

Le ministère public a invité notre Cour à évaluer la conduite des policiers tout au long de l'opération, et a soutenu que leurs actions ne constituaient pas un abus de procédure. Une des questions en litige est la bonne foi, dont traite A. Choo, dans *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (1993), aux pp. 107 à 118. Pour démontrer que la vente surveillée avait été entre-

motives", the Crown has pointed out that the reverse sting proposal went through between 9 and 14 stages of approval before finally being authorized. The reverse sting operation was carefully planned, narrowly targeted, and ensured that no hashish actually changed hands, and thus never entered the criminal black market. Most importantly for present purposes is the fact that the Crown emphasized the good faith reliance of the police on legal advice. In the factum prepared for the Ontario Court of Appeal, for example, the argument was put as follows:

> 26. The conduct of the R.C.M.P. in the present case falls far short of conduct that has hitherto received the courts' seal of approval. In the case at bar, as in the aforementioned case law, there has been no abuse of process or any conduct by the police that could "shock the conscience of the community". In particular, regard must be had to the following considerations:
>
> . . .
>
> (f) The R.C.M.P. based, at least in part, the legality of there [*sic*] investigatory techniques on valid case law (*R. v. Lore*, unreported, Quebec Superior Court, 26 February, 1991, Pinard, J.S.C.) and consulted with the Department of Justice with regard to any problems of illegality. [Emphasis added.]

The RCMP's reliance on legal advice was thus invoked as part of its "good faith" argument. The privilege belonged to the client, and the RCMP joined with the Crown to put forward that position. While not explicitly stated in so many words, the plain implication sought to be conveyed to the appellants and to the courts was that the RCMP accepted the legal advice they were given by the Department of Justice and acted in accordance with it. The credibility of a highly experienced departmental lawyer was invoked to assist the RCMP position in the abuse of process proceedings.

The Crown now says that the content of communications between the police and the Department of Justice could not affect the issue as to whether

prise [TRADUCTION] «avec les intentions les plus pures», le ministère public a souligné que la proposition de mettre sur pied cette opération avait passé 9 à 14 étapes d'approbation avant d'être finalement acceptée. L'opération de vente surveillée a été planifiée avec soin, étroitement délimitée et menée de manière à ce qu'aucune partie du haschisch ne change de mains, de sorte que la drogue ne s'est jamais retrouvée sur le marché noir criminel. Chose plus importante aux fins des présentes, le ministère public a insisté sur le fait que la police s'était fiée de bonne foi à l'avis juridique. Dans le mémoire qu'il a déposé devant la Cour d'appel de l'Ontario, par exemple, cet argument est formulé ainsi:

> [TRADUCTION] 26. Dans la présente affaire, la conduite de la G.R.C. est loin d'approcher le niveau de gravité d'actes qui ont déjà reçu la bénédiction des tribunaux. En l'espèce, comme dans la jurisprudence susmentionnée, il n'y a ni abus de procédure ni activité policière susceptibles de «choquer la conscience de la collectivité». En particulier, il faut tenir compte des points suivants:
>
> . . .
>
> f) Pour s'assurer de la légalité de ses techniques d'enquête, la G.R.C. s'est fondée, au moins en partie, sur une jurisprudence valable (*R. c. Lore*, inédit, Cour supérieure du Québec, le 26 février 1991, le juge Pinard) et a consulté le ministère de la Justice concernant tout risque d'illégalité. [Je souligne.]

L'obtention par la GRC de l'avis juridique a donc été invoquée à l'appui de l'argument de la «bonne foi». Le privilège appartenait au client et il est clair que la GRC s'est jointe au ministère public pour faire valoir cet argument. Bien que cela n'ait pas été exprimé dans ces termes, on cherchait à indiquer aux appelants et aux tribunaux que la GRC avait accepté l'avis juridique reçu du ministère de la Justice et qu'elle avait agi en conséquence. La crédibilité d'un avocat très expérimenté du Ministère était invoquée devant les tribunaux au soutien de la position de la GRC dans les procédures relatives à l'abus de procédure.

Le ministère public affirme maintenant que le contenu des communications entre la police et le ministère de la Justice n'a aucune incidence sur la 47

the conduct of the RCMP gave rise to an abuse of process. The Crown says it does not matter what the RCMP were told as to the legality of the reverse sting operation the RCMP planned. Assuming the worst, the Crown says, no stay is warranted. On this point they rely on the analysis of the Court of Appeal, already quoted at para. 13, that if it were shown that the RCMP "moved ahead on their own as mavericks" (p. 197) despite legal advice to the contrary, it would be "of about equal weight" to a situation where the RCMP acted on a positive legal opinion that what they proposed to do would be lawful. With respect, I do not agree. A police force that chooses to operate outside the law is not the same thing as a police force that made an honest mistake on the basis of erroneous advice. We have no reason to think the RCMP ignored the advice it was given, but as the RCMP did make an issue of the legal advice it received in response to the stay applications, the appellants were entitled to have the bottom line of that advice corroborated.

48 It appears, therefore, that the only satisfactory way to resolve the issue of good faith is to order disclosure of the content of the relevant advice. This should be done (for the reasons to be discussed) on the basis of waiver by the RCMP of the solicitor-client privilege. It would be convenient, however, to address beforehand three additional contentions by the appellants. They say that disclosure of the communications between Cpl. Reynolds and the Department of Justice ought never to have been withheld in the first place because (a) no solicitor-client relationship exists between Department of Justice lawyers and police officers and therefore no privilege ever arose in this case, or, if such a relationship did exist, the communications at issue in the present case fell within either (b) the future crimes or (c) full answer and defence exceptions to the privilege.

(a) Existence of a Solicitor-Client Relationship between the RCMP Officers and Lawyers in the Department of Justice

49 The solicitor-client privilege is based on the functional needs of the administration of justice.

question de savoir si la conduite de la GRC a donné lieu à un abus de procédure. Il prétend que ce qu'on a dit à la GRC au sujet de la légalité de l'opération planifiée n'a aucune importance. Selon le ministère public, l'arrêt des procédures n'est pas justifié même si l'on suppose le pire. Sur cette question, il s'appuie sur l'analyse de la Cour d'appel, déjà citée au par. 13, selon laquelle s'il était démontré que les agents de la GRC [TRADUCTION] «ont agi de leur propre chef comme des rebelles» (p. 197) en dépit d'un avis juridique contraire, cela serait [TRADUCTION] «d'un poids à peu près équivalent» à un cas où la GRC aurait agi en se fondant sur un avis juridique affirmant la légalité des actes projetés. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Une force policière qui choisit d'agir hors la loi n'est pas la même chose qu'une force policière qui a commis une erreur de bonne foi fondée sur un avis erroné. Nous n'avons aucune raison de penser que la GRC a écarté l'avis reçu, mais, puisque cette dernière l'a invoqué en réponse à la demande d'arrêt des procédures, les appelants avaient droit à ce que la teneur de cet avis soit corroborée.

Il ressort donc que la seule façon de régler la question de la bonne foi est d'ordonner la divulgation du contenu de l'avis pertinent. Cela doit être fait pour les raisons qui seront expliquées plus loin, au motif de la renonciation par la GRC au secret professionnel de l'avocat. Il serait utile cependant d'examiner d'abord trois prétentions supplémentaires des appelants. Ils disent que la divulgation des communications entre le capl. Reynolds et le ministère de la Justice n'aurait jamais dû être empêchée parce que: a) aucune relation avocat-client n'existe entre les avocats du ministère de la Justice et les policiers, de sorte qu'aucun privilège n'a pu prendre naissance en l'espèce, ou, si une telle relation existait, parce que les communications en question faisaient l'objet soit, b) de l'exception de crime projeté, soit c) de l'exception de défense pleine et entière.

a) L'existence d'une relation avocat-client entre les agents de la GRC et les avocats du ministère de la Justice

Le secret professionnel de l'avocat est fondé sur les besoins fonctionnels de l'administration de la

The legal system, complicated as it is, calls for professional expertise. Access to justice is compromised where legal advice is unavailable. It is of great importance, therefore, that the RCMP be able to obtain professional legal advice in connection with criminal investigations without the chilling effect of potential disclosure of their confidences in subsequent proceedings. As Lamer C.J. stated in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289:

> The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication . . . .

See also *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, *per* Cory J., at para. 46, and *per* Major J., at para. 5. This Court had previously, in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 872, adopted Wigmore's formulation of the substantive conditions precedent to the existence of the right of the lawyer's client to confidentiality (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2292, at p. 554):

> Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived. [Emphasis and numerotation deleted.]

Cpl. Reynolds' consultation with Mr. Leising of the Department of Justice falls squarely within this functional definition, and the fact that Mr. Leising works for an "in-house" government legal service does not affect the creation or character of the privilege.

It is, of course, not everything done by a government (or other) lawyer that attracts solicitor-client privilege. While some of what government lawyers do is indistinguishable from the work of private practitioners, they may and frequently do have multiple responsibilities including, for example,

justice. Vu sa complexité, le système juridique nécessite une expertise professionnelle. L'accès à la justice est mis en péril lorsqu'il est impossible d'obtenir des conseils juridiques. Il est donc extrêmement important que la GRC soit capable d'obtenir des conseils juridiques professionnels relativement à des enquêtes criminelles sans devoir subir l'effet paralysant de la divulgation potentielle de confidences à l'occasion de procédures ultérieures. Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 289:

> La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée. . . .

Voir aussi *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, le juge Cory au par. 46 et le juge Major au par. 5. Notre Cour avait d'abord adopté, dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 872, la façon dont Wigmore formulait les conditions de fond de l'existence du droit à la confidentialité des communications entre le client et l'avocat (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961) § 2292, à la p. 554):

> [TRADUCTION] Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection. [Italiques et numérotation omis.]

La consultation donnée au capl. Reynolds par M. Leising du ministère de la Justice cadre parfaitement avec cette définition fonctionnelle, et le fait que M. Leising soit à l'emploi d'un service juridique gouvernemental «interne» ne change rien à l'égard de la création ou de la nature du privilège.

Le secret professionnel de l'avocat ne protège évidemment pas l'ensemble des services rendus par un avocat, qu'il soit au service du gouvernement ou non. Bien qu'une partie du travail des avocats du gouvernement soit semblable à celui des avocats de pratique privée, ils peuvent avoir — 50

participation in various operating committees of their respective departments. Government lawyers who have spent years with a particular client department may be called upon to offer policy advice that has nothing to do with their legal training or expertise, but draws on departmental know-how. Advice given by lawyers on matters outside the solicitor-client relationship is not protected. A comparable range of functions is exhibited by salaried corporate counsel employed by business organizations. Solicitor-client communications by corporate employees with in-house counsel enjoy the privilege, although (as in government) the corporate context creates special problems: see, for example, the in-house inquiry into "questionable payments" to foreign governments at issue in *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981), *per* Rehnquist J. (as he then was), at pp. 394-95. In private practice some lawyers are valued as much (or more) for raw business sense as for legal acumen. No solicitor-client privilege attaches to advice on purely business matters even where it is provided by a lawyer. As Lord Hanworth, M.R., stated in *Minter v. Priest*, [1929] 1 K.B. 655 (C.A.), at pp. 668-69:

> [I]t is not sufficient for the witness to say, "I went to a solicitor's office." . . . Questions are admissible to reveal and determine for what purpose and under what circumstances the intending client went to the office.

Whether or not solicitor-client privilege attaches in any of these situations depends on the nature of the relationship, the subject matter of the advice and the circumstances in which it is sought and rendered. One thing is clear: the fact that Mr. Leising is a salaried employee did not prevent the formation of a solicitor-client relationship and the attendant duties, responsibilities and privileges. This rule is well established, as set out in *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v.*

et ont souvent — de nombreuses autres responsabilités comme, par exemple, la participation à divers comités opérationnels de leur ministère. Les avocats du gouvernement qui œuvrent depuis des années auprès d'un ministère client peuvent être invités à donner des conseils en matière de politique qui n'ont rien à voir avec leur formation et leur expertise juridiques mais font appel à leur connaissance du ministère. Les conseils que donnent les avocats sur des matières non liées à la relation avocat-client ne sont pas protégés. Un ensemble comparable de fonctions sont exercées par les avocats d'affaires salariés au service des grandes entreprises. Les communications avocat-client entre les employés d'une société et l'avocat interne bénéficient du privilège, quoique le contexte de l'entreprise privée (comme le contexte gouvernemental) pose des problèmes particuliers: voir, par exemple, l'enquête interne sur des «paiements douteux» faits à des gouvernements étrangers qui était en cause dans l'affaire *Upjohn Co. c. United States*, 449 U.S. 383 (1981), motifs du juge Rehnquist (plus tard Juge en chef), aux pp. 394 et 395. Dans la pratique privée, certains avocats sont autant ou davantage appréciés pour leur sens inné des affaires que pour leur perspicacité juridique. Le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas aux conseils sur de pures questions d'affaires mêmes s'ils sont donnés par un avocat. Comme le dit lord Hanworth, M.R., dans *Minter c. Priest*, [1929] 1 K.B. 655 (C.A.), aux pp. 668 et 669:

> [TRADUCTION] [I]l ne suffit pas que le témoin dise: «Je suis allé voir un avocat.» . . . Il est permis de poser des questions pour découvrir et déterminer pour quelle raison et dans quelles circonstances le client présumé est allé voir l'avocat.

Le secret professionnel de l'avocat s'appliquera ou non à ces situations selon la nature de la relation, l'objet de l'avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni. Une chose est claire: le fait que M. Leising soit un employé salarié n'a pas empêché la création d'une relation avocat-client et des fonctions, obligations et privilèges qui y sont rattachés. Ce principe est bien établi, comme il a été énoncé dans *Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. c. Comrs. of Customs and Excise*

Comrs. of Customs and Excise (No. 2), [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), *per* Lord Denning, M.R., at p. 376:

> Many barristers and solicitors are employed as legal advisers, whole time, by a single employer. Sometimes the employer is a great commercial concern. At other times it is a government department or a local authority. It may even be the government itself, like the Treasury Solicitor and his staff. In every case these legal advisers do legal work for their employer and for no one else. They are paid, not by fees for each piece of work, but by a fixed annual salary. They are, no doubt, servants or agents of the employer. For that reason the judge thought that they were in a different position from other legal advisers who are in private practice. I do not think this is correct. They are regarded by the law as in every respect in the same position as those who practise on their own account. The only difference is that they act for one client only, and not for several clients. They must uphold the same standards of honour and of etiquette. They are subject to the same duties to their client and to the court. They must respect the same confidences. They and their clients have the same privileges. . . . I have always proceeded on the footing that the communications between the legal advisers and their employer (who is their client) are the subject of legal professional privilege; and I have never known it questioned.

(No. 2), [1972] 2 All E.R. 353 (C.A.), lord Denning, M.R., à la p. 376:

> [TRADUCTION] Beaucoup d'avocats travaillent à plein temps à titre de conseillers juridiques pour un seul employeur. L'employeur est parfois une grande entreprise. Parfois, il s'agit d'un ministère ou d'une administration locale. Il peut même s'agir du gouvernement lui-même, comme le *Treasury Solicitor* et son personnel. Dans chaque cas, ces conseillers juridiques rendent des services juridiques uniquement à leur employeur. Ils ne reçoivent pas des honoraires selon le travail effectué, mais un salaire fixe annuel. Il ne fait aucun doute qu'ils sont des préposés ou des mandataires de leur employeur. C'est ce qui a fait penser au juge qu'ils se trouvaient dans une position différente de celle des conseillers juridiques qui exercent en pratique privée. Je ne pense pas que cela soit exact. La loi les considère en tous points de la même façon que ceux qui pratiquent à leur compte. La seule différence réside dans le fait qu'ils agissent pour un seul client, et non pas pour plusieurs. Ils doivent respecter les mêmes normes d'honneur et de bonne conduite. Ils sont soumis aux mêmes obligations envers leur client et envers la cour. Ils doivent respecter le secret professionnel de la même manière. Leurs clients et eux ont les mêmes privilèges. [. . .] J'ai toujours tenu pour acquis que les communications entre les conseillers juridiques et leur employeur (qui est leur client) font l'objet du secret professionnel, et cela n'a jamais été remis en question, à ma connaissance.

It is true that the Minister of Justice, who is *ex officio* the Attorney General of Canada, has a special legislated responsibility to ensure that "the administration of public affairs is in accordance with law", and in that respect he or she is not subject to the same client direction as private clients: see *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, s. 4. We are not, however, concerned in this case with any conflict that may arise between the Minister and one of the "client departments". Here, the Attorney General and the RCMP are united in asserting the privilege. 51

Il est vrai que la loi confère expressément au ministre de la Justice, qui est d'office Procureur général du Canada, la responsabilité de veiller «au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques», et, qu'à ce titre, il n'est pas soumis à des directives de la même façon que s'il avait des clients privés: voir *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4. La présente affaire ne porte toutefois pas sur un conflit susceptible de survenir entre le ministre et l'un de ses «ministères clients». En l'espèce, le procureur général et la GRC s'entendent pour invoquer le privilège.

In the United States, the courts have recognized that solicitor-client privilege attaches to communications between government employees and government lawyers that fulfill the *Wigmore* conditions mentioned in *Descôteaux*, *supra*. The point is 52

Aux États-Unis, les tribunaux ont reconnu que le secret professionnel de l'avocat protégeait les communications entre les employés et les avocats du gouvernement dans les cas qui satisfaisaient aux conditions de *Wigmore* citées dans *Descôteaux*,

made, for example, by the authors of the Restatement (Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996)), as follows:

> Unless applicable law otherwise provides, the attorney-client privilege extends to a communication of a governmental organization . . . and of an individual officer . . . of a governmental organization.

It is possible that in the United States the application of the privilege to government counsel may be circumscribed differently than in this country owing to the structure of the United States Constitution and government: see, e.g., the discussion of the U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, in the context of an investigation of alleged criminal conduct by government officials in *In re Lindsey*, 158 F.3d 1263 (D.C. Cir. 1998). In this country as well, the solicitor-client privilege may operate differently in some respects because of the public interest aspect of government administration, but such differences are not relevant to this appeal.

53 In support of their assertion that no privilege exists in respect of communications between the police and Crown counsel in the course of a criminal investigation, the appellants rely upon *Re Girouard and the Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 261 (S.C.B.C.), and *R. v. Ladouceur*, [1992] B.C.J. No. 2854 (QL) (S.C.). *Girouard* concerned the admissibility of the details of a conversation between Crown counsel and a police officer who was to be a Crown witness in the hallway outside the courtroom on the day of a preliminary inquiry. The conversation was overheard by defence counsel. The B.C. Supreme Court held, *inter alia*, that because the conversation had been overheard, any privilege that might have existed had been waived.

54 *Girouard* advocates the proposition that communications as to the question of identification between a police officer who is to be a Crown witness and Crown counsel are not protected by solicitor-client privilege. This seems to be based on the

précité. C'est ce qu'expliquent les auteurs du Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996):

> [TRADUCTION] À moins de disposition contraire prévue par la loi, le secret professionnel de l'avocat protège les communications d'un organisme gouvernemental [. . .] et d'un fonctionnaire d'un organisme gouvernemental.

Il est possible qu'aux États-Unis, le privilège s'applique aux avocats du gouvernement d'une façon différente qu'au Canada en raison de la structure de la Constitution et du gouvernement des États-Unis: voir, p. ex., les observations de la U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, dans le cadre d'une enquête sur des allégations de conduite criminelle contre certains fonctionnaires, dans *In re Lindsey*, 158 F.3d 1263 (D.C. Cir. 1998). Le secret professionnel de l'avocat peut également s'appliquer différemment au Canada à certains égards en raison de question d'intérêt public dans l'administration gouvernementale, mais ces différences ne sont pas pertinentes dans le cadre du présent pourvoi.

Pour appuyer leur argument selon lequel il n'existe aucun privilège relativement aux communications entre la police et l'avocat du ministère public dans le cadre d'une enquête criminelle, les appelants invoquent les décisions *Re Girouard and the Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 261 (C.S.C.-B.), et *R. c. Ladouceur*, [1992] B.C.J. No. 2854 (QL) (C.S.). L'affaire *Girouard* portait sur l'admissibilité en preuve des propos échangés le jour d'une enquête préliminaire, dans le corridor menant à la salle d'audience, à l'occasion d'une conversation entre l'avocat du ministère public et un policier qui devait témoigner pour ce dernier. La conversation avait été surprise par l'avocat de la défense. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu, notamment, qu'en raison du fait que la conversation avait été entendue, il y avait eu renonciation à tout privilège existant.

La décision *Girouard* préconise la proposition que les communications relatives à la question de l'identification entre un policier désigné comme témoin du ministère public et l'avocat de ce dernier ne sont pas protégées par le secret profession-

Court's view that because a police officer was not an agent of the Attorney General, no solicitor-client relationship could exist between a Crown counsel and a police officer. I disagree with this analysis. The existence of an agency relationship is not essential to the creation of solicitor-client privilege. In seeking advice from a lawyer about the exercise of his original authority that "cannot be exercised on the responsibility of any person but himself" (*Enever*, *supra*, p. 977), Cpl. Reynolds satisfied the conditions precedent "to the existence of the right of the lawyer's client to confidentiality" (*Descôteaux*, *supra*, p. 872). Subject to what is said below, when Mr. Leising of the Department of Justice initially advised Cpl. Reynolds about the legality of a reverse sting operation, these communications were protected by solicitor-client privilege.

nel de l'avocat. La cour semble avoir adopté le point de vue qu'étant donné qu'un policier n'est pas un mandataire du procureur général, il ne peut y avoir aucune relation d'avocat-client entre un avocat du ministère public et un policier. Je suis en désaccord avec cette analyse. L'existence d'une relation de mandant-mandataire n'est pas essentielle à la création du secret professionnel de l'avocat. En demandant l'avis d'un avocat au sujet de l'exercice de ses pouvoirs «qui ne peuvent être exercés sous la responsabilité de quiconque, sauf la sienne» (*Enever*, précité, p. 977), le capl. Reynolds a rempli les conditions de «l'existence du droit à la confidentialité du client de l'avocat» (*Descôteaux*, précité, p. 872). Sous réserve de ce qui suit, les communications résultant de l'avis initialement donné par M. Leising du ministère de la Justice au capl. Reynolds sur la légalité d'une opération de vente surveillée étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat.

(b) The "Future Crimes and Fraud" Exception

b) L'exception de «crime et de fraude projetés»

It is well established, as the appellants argue, that there is an exception to the principle of confidentiality of solicitor-client communications where those communications are criminal or else made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime. The exception was noted by Dickson J. in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 835-36:

55 Comme les appelants le soutiennent, l'existence d'une exception au principe de la confidentialité des communications avocat-client est bien établie relativement aux cas où ces communications sont de nature criminelle ou qu'elles visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d'un crime. L'exception a été soulignée par le juge Dickson dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, aux pp. 835 et 836:

More significantly, if a client seeks guidance from a lawyer in order to facilitate the commission of a crime or a fraud, the communication will not be privileged and it is immaterial whether the lawyer is an unwitting dupe or knowing participant. The classic case is *R. v. Cox and Railton* [(1884), 14 Q.B.D. 153], in which Stephen J. had this to say (p. 167): "A communication in furtherance of a criminal purpose does not 'come in the ordinary scope of professional employment'."

Plus significatif, si un client consulte un avocat pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n'est pas privilégiée et il importe peu que l'avocat soit une dupe ou un participant. L'arrêt classique est *R. v. Cox and Railton* [(1884), 14 Q.B.D. 153], où le juge Stephen s'exprime en ces termes (p. 167): [TRADUCTION] «Une communication faite en vue de servir un dessein criminel ne «relève pas de la portée ordinaire des secrets professionnels»».

The Court of Appeal concluded, at p. 200, that the "future crimes" exception applied because it was a "fair inference" from a memorandum dated June 1991 "that the lawyer was offering advice which, even given the utmost good faith, was being utilized by Corporal Reynolds in the planning of the venture". A distinction must be drawn,

56 La Cour d'appel a conclu à la p. 200 que l'exception du «crime projeté» s'appliquait, parce qu'une note de service datée de juin 1991 [TRADUCTION] «justifiait l'inférence que l'avis donné par l'avocat, même s'il a été donné avec la plus entière bonne foi, a été utilisé par le caporal Reynolds pour planifier l'opération». Il faut faire

I think, between the evidence of Cpl. Reynolds and related documents, on the one hand, and the position taken by the Crown and the RCMP before the courts in this case, on the other hand. The testimony of Cpl. Reynolds was that he did not require legal advice "to plan the venture". He already knew about reverse sting operations. Nor did he seek the advice to "facilitate" the crime. He sought advice as to whether or not the operation he had in mind was lawful. This is the sort of transaction advice sought every day from lawyers. In my view, the privilege is not automatically destroyed if the transaction turns out to be illegal. As noted above, Dickson J., in *Solosky*, at p. 835, referred to *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, as "[t]he classic case" on this point. In that case, a judgment debtor consulted a solicitor about the vulnerability of assets to seizure. The solicitor's advice was essentially that it could not be done without a *bona fide* sale of the property in question. Later, when the judgment creditor attempted to realize against the assets, they had been sold. It was alleged that the sale was fraudulent as having been entered into in an attempt to deprive the judgment creditor of the fruits of his judgment. The solicitor was called as a witness and compelled to testify about the advice he had given. Stephen J., for the court on appeal, after affirming the importance of the solicitor-client privilege, went on to discuss the limits of this doctrine as follows, at p. 168:

> In order that the rule [the solicitor-client privilege] may apply there must be both professional confidence and professional employment, but if the client has a criminal object in view in his communications with his solicitor one of these elements must necessarily be absent. The client must either conspire with his solicitor or deceive him. If his criminal object is avowed, the client does not consult his adviser professionally, because it cannot be the solicitor's business to further any criminal object. If the client does not avow his object he reposes no confidence, for the state of facts, which is the foundation of the supposed confidence, does not exist. The solicitor's advice is obtained by a fraud. [Emphasis added.]

The court found in that case that although the solicitor was not an active part of the conspiracy to

une distinction, à mon avis, entre le témoignage du capl. Reynolds et les documents connexes, d'une part, la position adoptée en l'espèce par le ministère public et la GRC devant les tribunaux, de l'autre. Le caporal Reynolds a témoigné qu'il n'avait pas eu besoin d'avis juridique pour [TRADUCTION] «planifier l'opération». Il connaissait déjà les opérations de vente surveillée. Il n'a pas demandé d'avis pour «faciliter» le crime. Il a demandé un avis sur légalité de l'opération qu'il projetait. Ce genre d'avis sur une opération projetée est demandé quotidiennement aux avocats. À mon avis, le privilège n'est pas automatiquement écarté si l'opération se révèle illégale. Comme nous l'avons vu précédemment, le juge Dickson, dans *Solosky*, à la p. 835, a dit que *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, était «[l]'arrêt classique» sur ce point. Dans cette affaire, un débiteur en vertu d'un jugement avait consulté un avocat pour savoir si des biens étaient saisissables. Pour l'essentiel, l'avocat l'a informé qu'il fallait une vente de bonne foi de ces biens. Lorsque, plus tard, le créancier a voulu réaliser sa créance, les biens avaient été vendus. Il a été allégué qu'il s'agissait d'une vente frauduleuse, conclue pour priver le créancier des fruits du jugement. L'avocat a été assigné comme témoin et contraint à témoigner au sujet de l'avis qu'il avait donné. S'exprimant au nom de la cour d'appel, le juge Stephen, après avoir insisté sur l'importance du secret professionnel de l'avocat, analyse les limites du principe, à la p. 168:

> [TRADUCTION] L'application de la règle [du secret professionnel de l'avocat] suppose, d'une part, un rapport de confidentialité professionnelle, et, d'autre part, une consultation professionnelle, mais si le client poursuit un dessein criminel en faisant des communications à son avocat, l'un de ces éléments doit nécessairement être absent. Le client doit, soit comploter avec l'avocat, soit le tromper. S'il lui fait part de son dessein criminel, le client ne consulte pas à titre professionnel, parce que la fonction de l'avocat ne peut pas être de favoriser la perpétration d'un crime. Si le client ne lui divulgue pas son dessein, il n'y a pas de confidence, car l'état de choses sur lequel repose la prétendue confidence n'existe pas. Il obtient l'avis de l'avocat par fraude. [Je souligne.]

Dans cette affaire, la cour a conclu que, bien que l'avocat n'ait pas pris une part active au complot

defraud the creditor, he had been duped by his clients, and the privilege was destroyed.

The language of the court in *Cox and Railton* (" . . . if the client has a criminal object in view in his communications with his solicitor . . . ") implied that this exception can only apply where a client is knowingly pursuing a criminal purpose, and it is so laid down by Professor Wigmore (*Wigmore on Evidence*, *supra*, § 2298, at p. 573) where he gives an affirmative answer to the question, "Must . . . the advice be sought for a *knowingly* unlawful end?" (Emphasis in original.)

Although the issue has apparently not been directly considered in the Canadian case law, the Wigmore view was subsequently espoused by the authors of "The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges" (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730, where they state as follows, at pp. 730-31:

> The attorney-client privilege has always been subject to the qualification that protection is denied to communications wherein a lawyer's assistance is sought in activity that the client knows to constitute a crime or tort. [Emphasis added.]

The scope of the "future crimes" exception is circumscribed on a public policy basis, as explained at p. 731:

> The knowledge requirement minimizes the effect of the exception on proper communications; absent this requirement legitimate consultations would be inhibited by the risk that their subject matter might turn out to be illegal and therefore unprivileged. Moreover, counseling against unfounded claims or illegal projects is an important part of the lawyer's function. [Emphasis added.]

This explanation is consistent with the statement of the principle of Lamer J. in *Descôteaux*, *supra*, at p. 881:

> Confidential communications, whether they relate to financial means or to the legal problem itself, lose that character if and to the extent that they were made for the purpose of obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime.

pour léser le créancier, il avait été dupé par ses clients et le privilège avait été anéanti.

Les termes employés dans *Cox and Railton* (« . . . si le client poursuit un dessein criminel en faisant des communications à son avocat») impliquent que cette exception ne vaut que si le client poursuit sciemment un dessein criminel, et c'est précisément ce que dit le professeur Wigmore (*Wigmore on Evidence*, *op. cit.*, § 2298, à la p. 573) quand il apporte une réponse affirmative à la question: [TRADUCTION] «Le client doit-il demander l'avis sachant que la fin poursuivie est illégale?» (En italique dans l'original.) 57

Quoique la question n'ait apparemment pas été abordée directement dans la jurisprudence au Canada, le point de vue de Wigmore a été approuvé par les auteurs de «The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges» (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730, aux pp. 730 et 731: 58

> [TRADUCTION] Le secret professionnel de l'avocat a toujours été subordonné à cette condition: la protection des communications est écartée quand le client consulte l'avocat pour obtenir son aide, sachant que l'acte projeté constitue un crime ou un délit. [Je souligne.]

La portée de l'exception du «crime projeté» est délimitée selon des raisons de principes d'intérêt public, comme on l'explique à la p. 731:

> [TRADUCTION] La condition relative à la connaissance réduit l'effet de l'exception sur des communications légitimes; à défaut de cette condition, le risque que leur objet se révèle illégal et que le privilège soit par conséquent écarté ferait obstacle aux consultations légitimes. De plus, c'est une partie importante de la fonction de l'avocat de déconseiller les revendications sans fondement et les projets illégaux. [Je souligne.]

Cette explication est conforme à l'énoncé du principe par le juge Lamer dans l'arrêt *Descôteaux*, précité, à la p. 881: 59

> Confidentielles, qu'elles aient trait aux moyens financiers ou à la nature du problème, les communications ne le seront plus si et dans la mesure où elles ont été faites dans le but d'obtenir des avis juridiques pour faciliter la perpétration d'un crime.

The exception to the formation of the privilege was elaborated upon by Lord Parmoor in *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581 (H.L.), at p. 621:

> The third point relied on by the appellant, as an answer to the claim of professional privilege, is that the present case comes within the principle that such privilege does not attach where a fraud has been concocted between a solicitor and his client, or where advice has been given to a client by a solicitor in order to enable him to carry through a fraudulent transaction. If the present case can be brought within this principle, there will be no professional privilege, since it is no part of the professional duty of a solicitor either to take part in the concoction of fraud, or to advise his client how to carry through a fraud. Transactions and communications for such purposes cannot be said to pass in professional confidence in the course of professional employment. [Emphasis added.]

60 A leading U.S. case that considers this question is *State ex rel. North Pacific Lumber Co. v. Unis*, 579 P.2d 1291 (Or. 1978). In that case, it was alleged that an employer illegally eavesdropped on an employee's telephone conversations. The employer stated that before undertaking this eavesdropping, it had sought legal advice and it claimed solicitor-client privilege over these communications. The employee sought the disclosure of this advice, but disclosure was refused. The court made the following pertinent comment, at p. 1295:

> We approve of the requirement that, in order to invoke the exception to the privilege, the proponent of the evidence must show that the client, when consulting the attorney, knew or should have known that the intended conduct was unlawful. Good-faith consultations with attorneys by clients who are uncertain about the legal implications of a proposed course of action are entitled to the protection of the privilege, even if that action should later be held improper. [Emphasis added.]

61 In the present case, the only evidence of RCMP knowledge, constructive or otherwise, is the testimony of Cpl. Reynolds who insists that he believed the reverse sting operation to be lawful. In light of his prior study of the Superior Court decision in *Lore, supra*, it cannot fairly be said that Cpl. Reynolds "knew or should have known that

L'exception à la création du privilège a été développée par lord Parmoor dans *O'Rourke c. Darbishire*, [1920] A.C. 581 (H.L.), à la p. 621:

> [TRADUCTION] Le troisième moyen de l'appelant contre l'existence du secret professionnel invoqué est que la présente affaire est soumise au principe que ce privilège ne s'applique pas lorsqu'une fraude a été concoctée entre un avocat et son client ou lorsque l'avocat a conseillé son client de manière à lui permettre d'effectuer une opération frauduleuse. S'il est démontré que ce principe doit trouver application en l'espèce, le secret professionnel sera écarté puisque les obligations professionnelles de l'avocat excluent la planification d'une opération frauduleuse ou les conseils à un client sur la façon de commettre une fraude. On ne peut prétendre que les échanges et les communications effectuées dans ce but font l'objet du sceau de la confidentialité professionnelle rattaché à l'exercice des fonctions professionnelles. [Je souligne.]

Un arrêt de principe américain sur cette question est *State ex rel. North Pacific Lumber Co. c. Unis*, 579 P.2d 1291 (Or. 1978). Dans cette affaire, il était allégué qu'un employeur avait illégalement soumis les conversations téléphoniques d'un employé à l'écoute électronique. L'employeur a dit qu'avant de recourir à l'écoute électronique, il avait demandé un avis juridique et il a fait valoir le secret professionnel de l'avocat à l'égard de ces communications. L'employé a sollicité la divulgation de cet avis, mais celle-ci lui a été refusée. La cour fait cette observation pertinente, à la p. 1295:

> [TRADUCTION] Nous approuvons l'exigence selon laquelle, s'il veut invoquer l'exception au privilège, celui qui veut présenter la preuve doit démontrer que le client, lorsqu'il a consulté l'avocat, savait ou aurait dû savoir que l'acte projeté était illégal. Les consultations de bonne foi entre un avocat et un client qui est incertain des conséquences juridiques d'une ligne de conduite envisagée bénéficient de la protection du privilège, même si l'acte est jugé illicite par la suite. [Je souligne.]

En l'espèce, la seule preuve de la connaissance, présumée ou autre, de la GRC est le témoignage du caporal Reynolds qui maintient avoir cru que l'opération de vente surveillée était légale. Puisque le caporal Reynolds avait lu la décision *Lore*, précitée, de la Cour supérieure, on ne peut affirmer qu'au moment où il s'est adressé à M. Leising, il

the intended conduct was unlawful" at the time he approached Mr. Leising. Nor does the evidence establish that Mr. Leising was a "conspirator or a dupe". There is therefore no basis in Cpl. Reynold's evidence to suggest that in this case the solicitor-client privilege never came into existence.

The question remains whether the privilege was destroyed when the RCMP sold hashish to the appellants. It is argued by the authors of "The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges", *supra*, at p. 731, that a "subsequent formation of criminal intent should be held to destroy a preexisting privilege". This would suggest that proof of a crime which, except in offences of absolute liability, entails proof of intent, would automatically destroy the privilege in every case. Such a proposition could have a very broad impact, for example, in the field of regulatory crimes and offences. In my view, destruction of the privilege takes more than evidence of the existence of a crime and proof of an anterior consultation with a lawyer. There must be something to suggest that the advice facilitated the crime or that the lawyer otherwise became a "dupe or conspirator". The evidence of Cpl. Reynolds does not establish such things, but the formal position of the Crown, with the support of the RCMP, goes beyond his evidence. The RCMP position before the Court was that the decision to proceed with the reverse sting had been taken with the participation and agreement of the Department of Justice. By adopting this position, the RCMP belatedly brought itself within the "future crimes" exception, and put in question the continued existence of its privilege.

If there had been no waiver of privilege by the RCMP in this case, I would have taken the view that any papers documenting the legal advice (or, if there was no contemporaneous documentation, an affidavit setting out the content of the relevant advice) ought to be provided in the first instance to the trial judge. If he or she were satisfied, either on the basis of the documents themselves or on the basis of the documents supplemented by other evidence, that the documented advice could be fairly

«savait ou aurait dû savoir que l'acte projeté était illégal». Rien dans la preuve n'établit non plus que M. Leising était un «comploteur ou une dupe». Rien ne permet donc de dire à partir du témoignage du capl. Reynolds que le secret professionnel de l'avocat n'a jamais pris naissance en l'espèce.

62 Il reste à décider si le privilège a été anéanti quand la GRC a vendu du haschisch aux appelants. Les auteurs de «The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges», *loc. cit.*, à la p. 731, soutiennent que [TRADUCTION] «la formation ultérieure d'une intention criminelle devrait anéantir le privilège préexistant». Ceci signifierait que la preuve d'un crime, sauf dans les infractions de responsabilité absolue, qui entraîne la preuve de l'intention détruirait automatiquement le privilège dans tous les cas. Une telle proposition pourrait avoir une portée très large dans le domaine des infractions réglementaires, par exemple. À mon avis, la levée du privilège exige plus que la preuve de l'existence d'un crime et de la consultation préalable d'un avocat. Il faut quelque élément tendant à établir que l'avis a facilité le crime ou que l'avocat est devenu «dupe ou comploteur». Cela n'est pas démontré par le témoignage du capl. Reynolds, mais la position officielle du ministère public, avec l'appui de la GRC, va au-delà de ce témoignage. La GRC a soutenu devant notre Cour que la décision d'exécuter l'opération de vente surveillée a été prise avec la participation et l'accord du ministère de la Justice. En adoptant cette position, la GRC s'est placée en fin de compte dans le cadre de l'exception de «crime projeté» et a mis en question le maintien du privilège.

63 Si la GRC n'avait pas renoncé au privilège dans la présente espèce, j'aurais été d'avis que tout écrit attestant l'avis juridique (ou, faute de documentation concomitante, un affidavit exposant le contenu de l'avis pertinent) devait être présenté en tout premier lieu au juge du procès. Si celui-ci est convaincu, sur la foi des documents eux-mêmes ou des documents complétés par d'autres éléments de preuve, qu'il y a quelque raison de penser que l'avis ainsi attesté a de quelque manière facilité le

said in some way to have facilitated the crime, the documents would then be provided to the appellants. If the lawyer had merely advised about the legality of the operation, and thereby made himself neither dupe nor conspirator in the facilitation of a crime, the proper course would have been to return the papers to the RCMP.

64 In this case, however, I think the RCMP did waive the privilege, as discussed below. The relevant solicitor-client communications that came within the scope of the waiver ought therefore to be turned over directly to the appellants without the need in the first instance of a two-stage procedure involving the trial judge.

(c) Full Answer and Defence

65 Another exception to the rule of confidentiality of solicitor-client privilege may arise where adherence to that rule would have the effect of preventing the accused from making full answer and defence: see *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 340; *R. v. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.), at p. 43; *R. v. Gray* (1992), 74 C.C.C. (3d) 267 (B.C.S.C.), at pp. 273-74. The Crown concedes the validity of the principle, but suggests that it is irrelevant to an abuse of process application because it applies only where "innocence is at stake", which is no longer the case in the present appeal. Where innocence is not at stake, the Crown contends, the accused's right to make full answer and defence is not engaged. In this connection, the Crown relies upon *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, *per* McLachlin J., at p. 607, and *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, *per* L'Heureux-Dubé J., at p. 561. I do not think these cases can be taken as deciding an issue that was not before the Court on those occasions. The Ontario Court of Appeal concluded at p. 200 that the full answer and defence exception applied because "the entire jeopardy of the appellants remained an open issue until disposition of the stay application". This may be true, but the appellants were not providing "full answer and defence" to the stay application. On the contrary, the appel-

crime, les documents doivent alors être fournis aux appelants. Si l'avocat a simplement donné son avis sur la légalité de l'opération, sans devenir dupe ou comploteur en facilitant un crime, il y a lieu alors de restituer les documents à la GRC.

En l'espèce, toutefois, je crois que la GRC a renoncé au privilège, comme je vais l'exposer plus loin, et que la GRC a elle-même argué du fait qu'elle s'était fondée de bonne foi sur l'avis en cause. Les communications pertinentes entre l'avocat et son client qui étaient visées par la renonciation doivent, par conséquent, être remises directement aux appelants sans qu'il soit nécessaire ou juge du procès de procéder au préalable à cette procédure à deux étapes.

c) La défense pleine et entière

Une autre exception au principe du secret professionnel de l'avocat peut prendre naissance lorsque le respect de ce principe aurait pour effet d'empêcher l'accusé de faire valoir une défense pleine et entière: voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 340; *R. c. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.), à la p. 43; *R. c. Gray* (1992), 74 C.C.C. (3d) 267 (C.S.C.-B.), aux pp. 273 et 274. Le ministère public admet la validité de ce principe tout en ajoutant qu'il ne s'applique pas à une demande relative à l'abus de procédure parce qu'il ne s'applique que lorsque [TRADUCTION] «la question de l'innocence est en jeu», ce qui n'est plus le cas dans le présent pourvoi. Selon le ministère public, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière n'entre pas en jeu lorsque la question de l'innocence ne se pose pas. À cet effet, le ministère public s'appuie sur les arrêts *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, motifs du juge McLachlin, à la p. 607, et *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, motifs du juge L'Heureux-Dubé, à la p. 561. Je ne crois que l'on puisse dire que ces arrêts ont tranché une question dont notre Cour n'était pas saisie à ces occasions. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à la p. 200 que l'exception de défense pleine et entière s'appliquait parce que [TRADUCTION] «le sort entier des appelants demeurait non réglé jusqu'à ce que la

lants are the moving parties. The application is being defended by the Crown. The appellants' initiative in launching a stay application does not, of itself, authorize a fishing expedition into solicitor-client communications to which the Crown is a party.

demande d'arrêt des procédures soit tranchée». Cela est peut-être exact, mais les appelants ne faisaient pas valoir une «défense pleine et entière» à la demande d'arrêt des procédures. Ce sont eux qui, au contraire, ont présenté cette demande. Le ministère public s'y oppose en défense. La décision des appelants de demander l'arrêt des procédures n'autorise pas en soi une recherche à l'aveuglette dans des communications entre avocat et client auxquelles le ministère public a pris part.

As stated, the present appeal is decided on the basis of waiver of solicitor-client privilege and I leave for another day the decision whether, in the absence of waiver, full answer and defence considerations may themselves operate to compel the disclosure of solicitor-client privilege of communications in an abuse of process proceeding and, if so, in what circumstances.

66 Comme je l'ai déjà mentionné, l'issue du présent pourvoi repose sur la renonciation au secret professionnel de l'avocat, et je ne me prononce pas en l'espèce sur la question de savoir si, en l'absence de renonciation, des considérations relatives à la défense pleine et entière peuvent elles-mêmes avoir pour effet de forcer la divulgation de communications faisant l'objet du secret professionnel dans le cadre d'une action en abus de procédure et, si tel est le cas, dans quelles circonstances.

Waiver of Solicitor-Client Privilege

La renonciation au secret professionnel de l'avocat

The record is clear that the RCMP put in issue Cpl. Reynolds' good faith belief in the legality of the reverse sting, and asserted its reliance upon his consultations with the Department of Justice to buttress that position. The RCMP factum in the Ontario Court of Appeal has already been quoted in para. 46. In my view, the RCMP waived the right to shelter behind solicitor-client privilege the contents of the advice thus exposed and relied upon. I characterize the RCMP rather than Cpl. Reynolds as the client in these circumstances because even though he was exercising the duties of his public office as a police officer, Cpl. Reynolds was seeking the legal advice in the course of his RCMP employment. The identification of "the client" is a question of fact. There is no conceptual conflict between the individual responsibilities of the police officer and characterizing the "client" as the RCMP. Despite the existence of the *Royal Canadian Mounted Police Act* and related legislation, I believe the relationship among individual policemen engaged in criminal investigations is accurately set out in *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1981), vol. 36, at p. 107:

67 Le dossier indique clairement que la GRC a fait valoir la croyance de bonne foi du capl. Reynolds dans la légalité de l'opération de vente surveillée et qu'elle a affirmé s'être fiée aux consultations qu'il avait eues avec le ministère de la Justice afin d'étayer cet argument. Le mémoire déposé par la GRC devant la Cour d'appel de l'Ontario a déjà été cité au par. 46. J'estime que la GRC a renoncé au droit d'abriter derrière le secret professionnel de l'avocat le contenu de l'avis ainsi dévoilé et invoqué. Je considère que c'est la GRC et non le capl. Reynolds qui est le client en l'espèce car, même s'il exerçait les fonctions liées à sa charge de policier, le capl. Reynolds a demandé l'avis juridique dans le cadre de l'exercice de son emploi à la GRC. L'identification du «client» est une question de fait. Il n'y a aucune contradiction conceptuelle entre les responsabilités individuelles du policier et le fait de considérer le «client» comme étant la GRC. Malgré l'existence de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* et des lois connexes, j'estime que la relation entre les policiers à titre individuel dans le cadre d'une enquête criminelle est décrite avec précision dans *Halsbury's Laws of England* (4e éd. 1981), vol. 36, à la p. 107:

The history of the police is the history of the office of constable and, notwithstanding that present day police forces are the creation of statute and that the police have numerous statutory powers and duties, in essence a police force is neither more nor less than a number of individual constables, whose status derives from the common law, organised together in the interests of efficiency.

[TRADUCTION] L'histoire de la police est l'histoire de la charge de policier, et malgré le fait que les forces policières actuelles sont des créations de la loi et que les policiers ont de nombreuses fonctions et obligations, il n'en demeure pas moins qu'une force policière n'est essentiellement ni plus ni moins qu'un groupe de policiers individuels, dont le statut découle de la common law, qui se sont structurés dans l'intérêt de l'efficacité.

If Cpl. Reynolds himself were characterized as the client, it could be said that sharing the contents of that advice with his fellow officers would have breached the confidentiality and waived the privilege, which would be absurd. At the same time, if the legal advice were intentionally disclosed outside the RCMP, even to a department or agency of the federal government, such disclosure might waive the confidentiality, depending on the usual rules governing disclosure to third parties by a client of communications from its solicitor.

Si le caporal Reynolds lui-même était considéré comme le client, on pourrait prétendre que le fait de discuter du contenu de cet avis avec ses collègues aurait violé la confidentialité et écarté le privilège, ce qui serait absurde. Par ailleurs, si le contenu de l'avis juridique a été volontairement divulgué à l'extérieur de la GRC, y compris à un ministère ou à un organisme du gouvernement fédéral, cette divulgation pourrait constituer une renonciation à la confidentialité, selon les règles habituelles régissant la divulgation à des tiers par un client de communications provenant de son avocat.

68 It is convenient to recall at this point that at the time of the original disclosure motions, the position of the appellants was clear, i.e., disclose the communications or forswear reliance upon them. Notwithstanding this caution, the RCMP and their legal counsel chose to rely upon the communications to support their argument of good faith reliance. In doing so, the privilege was waived.

Il est utile de rappeler à ce stade-ci qu'au moment de la présentation des requêtes en divulgation initiales, la position des appelants était claire, c.-à-d.: divulguez les communications ou renoncez à les invoquer. Malgré cet avertissement, la GRC et son avocat ont choisi de les invoquer au soutien de l'argument selon lequel l'avis avait été suivi de bonne foi. Ce faisant, ils ont renoncé au privilège.

69 In *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508 (B.C.C.A.), the bank put a defaulting customer into receivership, and the customer sued both the bank and the receiver, who then launched third party proceedings at each other. The bank said it had relied on the receiver's advice in putting the customer into receivership. The receiver denied detrimental reliance on its advice, and wanted to know what other professional advice the bank had received at the relevant time. In particular, the receiver wanted to know what legal advice the bank had received from its own lawyers, MacKimmie Matthews. The bank claimed solicitor-client privilege over this correspondence. In

Dans *Rogers c. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508 (C.A.C.-B.), la banque avait fait mettre sous séquestre les biens d'un client en défaut et ce dernier avait poursuivi tant la banque que le séquestre, qui avaient à leur tour intenté des actions en garantie l'un contre l'autre. La banque a prétendu s'être fiée à l'avis du séquestre avant de prendre une telle mesure contre son client. Le séquestre a contesté la prétention que l'avis qu'il avait donné avait causé un préjudice, et il a cherché à savoir quel autre conseil professionnel la banque avait reçu à l'époque pertinente. En particulier, le séquestre voulait connaître la nature de l'avis juridique que la banque avait reçu de ses propres avocats, MacKimmie Matthews. La banque a invoqué que le secret professionnel de

rejecting the bank's claim of privilege, the court, *per* Hutcheon J.A., stated as follows, at p. 513:

> The issue in this case is not the knowledge of the bank. The issue is whether the bank was induced to take certain steps in reliance upon the advice from the receiver on legal matters. To take one instance, the receiver, according to the bank, advised the bank that it was not necessary to allow Abacus [the plaintiff debtor] time for payment before the appointment of the receiver. A significant legal decision had been rendered some months earlier to the opposite of that advice. The extent to which the bank had been advised about that decision, not merely of its result, is important in the resolution of the issue whether the bank relied upon the advice of the receiver. [Emphasis added.]

The Court goes on to adopt the reasoning of the United States District Court for the District of Columbia in *United States v. Exxon Corp.*, 94 F.R.D. 246 (1981) as follows, at pp. 248-49:

> Most courts considering the matter have concluded that a party waives the protection of the attorney-client privilege when he voluntarily injects into the suit the question of his state of mind. For example, in *Anderson v. Nixon*, 444 F.Supp. 1195, 1200 (D.D.C. 1978), Judge Gesell stated that as a general principle "a client waives his attorney-client privilege when he brings suit or raises an affirmative defense that makes his intent and knowledge of the law relevant."
>
> . . .
>
> Thus, the only way to assess the validity of Exxon's affirmative defenses, voluntarily injected into this dispute, is to investigate attorney-client communications where Exxon's interpretation of various DOE policies and directives was established and where Exxon expressed its intentions regarding compliance with those policies and directives.

It appears the court in *Rogers* found that any privilege with respect to correspondence with the bank's solicitors had been waived as necessarily inconsistent with its pleading of reliance, even though the bank itself had not referred to, much less relied upon, the existence of advice from its own solicitors.

l'avocat sur la correspondance échangée à cet effet. En rejetant cette prétention, la cour, par l'entremise du juge Hutcheon, a dit, à la p. 513:

> [TRADUCTION] La question en litige n'est pas la connaissance de la banque. La question est de savoir si l'avis fourni par le séquestre en matière juridique a incité la banque à prendre certaines mesures. Pour prendre un exemple, la banque prétend que le séquestre l'a informée qu'il n'était pas nécessaire d'accorder à Abacus [le demandeur-débiteur] un délai de paiement avant la nomination du séquestre. Un jugement d'une importance majeure établissant l'inverse de cet avis avait été rendu quelques mois auparavant. Le fait que la banque ait été informée ou non du contenu de cette décision, et non seulement de son issue, est important pour déterminer si la banque s'est fiée à l'avis du séquestre. [Je souligne.]

La cour adopte ensuite le raisonnement suivi par la Cour de district des États-Unis du district de Columbia dans l'affaire *United States c. Exxon Corp.*, 94 F.R.D. 246 (1981), aux pp. 247 à 249:

> [TRADUCTION] La plupart des tribunaux qui ont examiné cette question ont conclu qu'une partie renonçait à la protection du secret professionnel lorsqu'elle invoquait volontairement la question de son état d'esprit. Par exemple, dans l'affaire *Anderson c. Nixon*, 444 F. Supp. 1195, 1200 (D.D.C. 1978), le juge Gesell dit que le principe général est qu'«un client renonce au secret professionnel lorsqu'il intente une poursuite ou qu'il présente une défense affirmative qui rend pertinentes son intention et sa connaissance de la loi».
>
> . . .
>
> Par conséquent, la seule façon d'évaluer la validité des défenses affirmatives volontairement soulevées par Exxon est d'enquêter sur les communications avocat-client à l'époque où l'interprétation de diverses politiques et directives du DOE a été établie et où Exxon a exprimé ses intentions relativement au respect de ces politiques et directives.

Il appert que, dans *Rogers*, la cour a conclu qu'il y avait eu renonciation au privilège protégeant la correspondance entre la banque et ses avocats parce que ce privilège était nécessairement incompatible avec sa prétention qu'elle s'était fiée à l'avis [du séquestre], même si la banque n'avait pas mentionné, et encore moins invoqué, l'existence d'un avis fourni par ses propres avocats.

70 The present case presents a stronger argument for waiver than *Rogers*. The Crown led evidence from Cpl. Reynolds about his knowledge of the law with respect to reverse sting operations – he testified that he had read the Superior Court decision in *Lore*, *supra*, and was of the view that the operation in question was legal. But Cpl. Reynolds also testified, in answer to the appellants' counsel, that he sought out the opinion of Mr. Leising of the Department of Justice to verify the correctness of his own understanding. The appellants' counsel recognized that this alone was not enough to waive the privilege. Cpl. Reynolds was simply responding to questions crafted by the appellants, as he was required to do. Appellants' counsel accepted that he had no right at that point to access the communications. His comment to the judge was simply that "I certainly don't want to hear the argument that 'Oh well, the police acted in good faith because they acted on legal advice'". The critical point is that the Court did hear that precise argument from the Crown at a later date. The RCMP and its legal advisers were explicit in their factum in the Court of Appeal, where it was argued that "regard must be had to the following considerations . . . (f) The R.C.M.P. . . . consulted with the Department of Justice with regard to any problems of illegality" (emphasis added). We understand that the same position was advanced to the trial judge. As *Rogers*, *supra*, shows, it is not always necessary for the client actually to disclose part of the contents of the advice in order to waive privilege to the relevant communications of which it forms a part. It was sufficient in this case for the RCMP to support its good faith argument by undisclosed advice from legal counsel in circumstances where, as here, the existence or non-existence of the asserted good faith depended on the content of that legal advice. The clear implication sought to be conveyed to the court by the RCMP was that Mr. Leising's advice had assured the RCMP that the proposed reverse sting was legal.

La présente affaire justifie davantage l'existence de la renonciation au privilège que l'affaire *Rogers*. Le ministère public a fait entendre le capl. Reynolds au sujet de sa connaissance du droit en matière d'opérations de vente surveillée et il a témoigné qu'il avait lu la décision *Lore*, précitée, de la Cour supérieure, et pensait que l'opération en question était légale. Mais, en réponse aux questions de l'avocat d'un des appelants, le capl. Reynolds a aussi témoigné qu'il avait sollicité l'opinion de M. Leising du ministère de la Justice pour s'assurer qu'il ne faisait pas erreur. L'avocat d'un des appelants a reconnu que ce simple fait ne suffisait pas pour qu'il y ait renonciation au privilège. Le capl. Reynolds ne faisait que répondre aux questions formulées par les appelants, comme il était tenu de le faire. L'avocat d'un des appelants a admis qu'à cette étape, il n'avait pas droit à la divulgation des communications. Il s'est borné à dire au juge que: «Je ne veux certainement pas entendre l'argument que: «Et bien, les policiers ont agi de bonne foi parce qu'ils se sont fondés sur un avis juridique»». Le problème est que la cour a effectivement entendu cet argument de la part du ministère public par la suite. La GRC et ses conseillers juridiques ont été très clairs dans le mémoire déposé en Cour d'appel, où ils prétendent qu'«il faut tenir compte des points suivants [. . .] f) la G.R.C. [. . .] a consulté le ministère de la Justice concernant tout risque d'illégalité» (je souligne). Apparemment le même argument a été soulevé devant le juge du procès. Comme le montre l'affaire *Rogers*, précitée, il n'est pas toujours nécessaire que le client divulgue effectivement une part du contenu de l'avis juridique pour qu'il y ait renonciation au privilège protégeant les communications pertinentes dont l'avis fait partie. En l'espèce, il était suffisant que la GRC appuie son argument de la bonne foi sur l'avis non divulgué de l'avocat alors que l'existence ou la non-existence de la bonne foi invoquée dépendait du contenu de cet avis. L'impression que la GRC a tenté de transmettre à la cour était clairement que l'avis fourni par M. Leising lui avait assuré que l'opération proposée de vente surveillée était légale.

71 Cpl. Reynolds was not required to pledge his belief in the legality of the reverse sting operation

Il n'était pas nécessaire que le capl. Reynolds affirme qu'il croyait légale l'opération de vente

(comparable to the bank's putting in issue its belief in the correctness of the advice it was obtaining from the receiver in *Rogers*, *supra*). Nor was it necessary for the RCMP to plead the existence of Mr. Leising's legal opinion as a factor weighing against the imposition of a stay of proceedings (which went beyond what was done in *Rogers*). The RCMP and the Crown having done so, however, I do not think disclosure of the advice in question could fairly be withheld.

Result of Non-Disclosure

Having found that the requested communications ought to have been disclosed at trial, the Court of Appeal nevertheless excused non-disclosure on the basis that it was willing to "assume the worst" against the Crown, observing at p. 197 that "[o]n any version there is no avoiding that this was very serious misconduct which should not be condoned by the courts in the sense of giving any encouragement to its repetition".

I do not agree, with respect, that non-disclosure of information clearly relevant to the good faith reliance issue can properly be disposed of by adverse inferences. The appellants were entitled to disclosure. The Court of Appeal said that it was prepared to assume the worst against the RCMP and on that basis felt able to use s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Code* to uphold the decision of the trial judge. The difference between my approach and that of the Court of Appeal is that in my view, with respect, a Department of Justice opinion pronouncing the reverse sting to be unlawful would weigh differently in the balancing of community values than a Department of Justice opinion to the opposite effect. Police illegality of any description is a serious matter. Police illegality that is planned and approved within the RCMP hierarchy and implemented in defiance of legal advice would, if established, suggest a potential systemic problem concerning police accountability and control. The RCMP position, on the other hand, that the Department of Justice lent its support to an illegal venture may, depending on the circumstances, raise a different but still serious dimension to the abuse of process proceeding. In either case, it is difficult to

surveillée (comme la banque faisant valoir sa croyance dans l'exactitude de l'avis reçu du séquestre dans *Rogers*, précité). Il n'était pas non plus nécessaire que la GRC invoque l'existence de l'avis juridique de M. Leising comme argument contre l'imposition de l'arrêt des procédures (ce qui allait au-delà de ce qui a été fait dans *Rogers*). La GRC et le ministère public ayant toutefois agi de la sorte, je ne pense pas qu'il serait équitable d'empêcher la divulgation de l'avis en cause.

L'effet de l'absence de divulgation

72 Ayant conclu que les communications visées auraient dû être divulguées au procès, la Cour d'appel a néanmoins justifié la non-divulgation en se disant prête à supposer «le pire» de la part du ministère public et faisant remarquer à la p. 197 que [TRADUCTION] «[p]eu importe la version adoptée, il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait d'actes illicites très graves sur lesquels les tribunaux ne doivent pas fermer les yeux, ce qui serait de nature à encourager leur répétition».

73 Avec égards, je ne partage pas l'opinion que l'on peut régler par inférences défavorables la question de l'absence de divulgation de renseignements manifestement pertinents à l'égard du moyen de l'avis suivi de bonne foi. Les appelants avaient droit à la divulgation. La Cour d'appel a dit qu'elle était prête à supposer le pire contre la GRC, et, pour ce motif, elle a estimé qu'elle pouvait se fonder sur le sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code* pour confirmer la décision du juge du procès. La différence entre ma démarche et celle de la Cour d'appel est que, en toute déférence, j'estime qu'une opinion du ministère de la Justice indiquant que la vente surveillée serait illégale aurait un poids différent, sous l'angle des valeurs collectives, qu'une opinion du ministère à l'effet contraire. Une illégalité de quelque sorte commise par la police est une affaire grave. Une illégalité policière planifiée et approuvée par la hiérarchie de la GRC et mise en œuvre en dépit d'un avis juridique contraire pourrait indiquer, si cela était établi, un problème systémique potentiel en matière de responsabilisation et de contrôle de la police. La position de la GRC, par ailleurs, selon laquelle le ministère de la Justice a apporté son appui à une entreprise illégale

assume "the worst" if neither alternative has been explored to determine what "the worst" is. Because the RCMP made a live issue of the legal advice it received from the Department of Justice, the appellants were and are entitled to get to the bottom of it.

pourrait, selon les circonstances, faire jouer une dimension différente, et cependant grave elle aussi, en matière d'abus de procédure. Dans les deux cas, il est difficile de présumer «le pire» si ni l'une ni l'autre de ces possibilités n'a été examinée pour déterminer ce que serait «le pire». La GRC ayant invoqué l'avis juridique reçu du ministère de la Justice dans le cadre du litige, les appelants avaient et ont le droit d'aller au fond de la question.

Disclosure Direction

Ordonnance de divulgation

74 The relevant legal advice received by Cpl. Reynolds should be disclosed to the appellants. This is not an "open file" order in respect of the RCMP's solicitor and client communications. The only legal advice that has to be disclosed is the specific advice relating to the following matters identified by Cpl. Reynolds:

1. The legality of the police posing as sellers of drugs to persons believed to be distributors of drugs.

2. The legality of the police offering drugs for sale to persons believed to be distributors of drugs.

3. The possible consequences to the members of the RCMP who engaged in one or both of the above, including the likelihood of prosecution.

Les avis juridiques pertinents reçus par le capl. Reynolds doivent être divulgués aux appelants. Il ne s'agit pas d'une ordonnance de divulgation totale des communications avocat-client de la GRC. Le seul avis juridique à divulguer est l'avis concernant spécifiquement les questions suivantes mentionnées par le capl. Reynolds:

1. La légalité du fait que des policiers prétendent être des vendeurs de drogue auprès de personnes soupçonnées d'être des distributeurs de drogue.

2. La légalité du fait que des policiers offrent de vendre de la drogue à des personnes soupçonnées d'être des distributeurs de drogue.

3. Les conséquences possibles pour les membres de la GRC qui se livrent à l'une des activités susmentionnées, ou aux deux, y compris la possibilité de poursuites.

While Cpl. Reynolds also sought advice from Mr. Leising about other matters, including the legality of any release of a sample of hashish to potential buyers, advice in these respects need not be disclosed as they do not relate to a live issue at this stage of the case. If the relevant advice is documented, those portions of the documents that deal with extraneous matters or that describe police methods of criminal investigation may be masked. All that is required is disclosure to the appellants of the bottom line advice to confirm or otherwise the truth of what the courts were advised about the legal opinions provided by the Department of Justice. If there is a dispute concerning the adequacy of disclosure, the disputed documents or information should be provided by the Crown to the trial judge for an initial determination whether this

Bien que le capl. Reynolds ait également sollicité l'avis de M. Leising sur d'autres questions, dont la légalité de la remise d'un échantillon de haschisch à des acheteurs potentiels, les opinions données à leur égard n'ont pas à être divulguées car elles ne sont pas liées à des questions demeurant en litige. Si l'avis pertinent est sous forme de documents, la partie des documents qui porte sur des questions non liées ou qui décrit des méthodes policières d'enquête criminelle peut être masquée. La seule chose requise est la divulgation aux appelants de la conclusion de l'avis pour confirmer ou non la véracité des observations faites devant les tribunaux relativement aux opinions juridiques fournies par le ministère de la Justice. En cas de conflit au sujet du caractère suffisant de la divulgation, les documents ou renseignements contestés doivent être

direction has been complied with. The trial judge should then determine what, if any, additional disclosure should be made to the appellants.

If it turns out that Mr. Leising simply erred in connection with this particular opinion, disclosure will support the RCMP officers' claim that they acted in good faith on legal advice, and the application for a stay of proceedings will have to be dealt with on that basis.

Nature of the New Trial

Even if it is established that the RCMP proceeded with the reverse sting contrary to the legal advice from the Department of Justice, the result would not automatically be a stay of proceedings. The test in *Mack* would still apply. The RCMP used its alleged good faith reliance on the Department of Justice legal advice to neutralize or at least blunt any finding of police illegality. If it were determined that the police did not rely on Department of Justice advice, the result would be a finding of police illegality without extenuating circumstances. As discussed in paras. 42 and 43, police illegality does not automatically give rise to a stay of proceedings.

If it should turn out that the reverse sting was launched despite legal advice to the contrary, I think this would be an aggravating factor. However, to repeat, it will be up to the trial judge to determine whether or not a stay is warranted in light of all the circumstances, including the countervailing consideration that police conduct did not lead to any serious infringement of the accused's rights, the RCMP was careful to keep control of the drugs and ensure that none went on the market, and the acknowledged difficulty of combatting drug rings using traditional police methods.

In *R. v. Pearson*, [1998] 3 S.C.R. 620, this Court accepted that in entrapment applications where the innocence of the accused is no longer a live issue,

remis par le ministère public au juge du procès qui décidera d'abord si la présente ordonnance a été respectée. Le juge du procès devra ensuite décider quelle information supplémentaire, s'il en est, devrait être divulguée aux appelants

S'il s'avère que M. Leising a simplement donné un avis erroné, la divulgation pourra étayer la position des agents de la GRC qu'ils ont agi de bonne foi en se fondant sur un avis juridique et la demande d'arrêt des procédures devra être tranchée en conséquence. 75

La nature du nouveau procès

Même s'il était établi que la GRC a effectué la vente surveillée malgré l'avis juridique contraire du ministère de la Justice, il n'en résulterait pas automatiquement un arrêt des procédures. Le critère de l'arrêt *Mack* s'appliquerait tout de même. En alléguant qu'elle s'était fondée de bonne foi sur l'avis juridique du ministère de la Justice, la GRC a cherché à neutraliser ou du moins atténuer toute conclusion selon laquelle il s'agissait d'une action policière illégale. Si la cour devait conclure que la police ne s'était pas fondée sur l'avis du ministère de la Justice, elle conclurait à l'illégalité de l'action policière sans circonstances atténuantes. Comme je l'ai expliqué aux par. 42 et 43, l'illégalité de l'action policière ne donne pas lieu automatiquement à un arrêt des procédures. 76

S'il s'avérait que la vente surveillée a été effectuée en dépit d'un avis juridique contraire, je pense que cela constituerait un facteur aggravant. Toutefois, je le répète, il appartiendra au juge du procès de décider s'il convient d'ordonner l'arrêt des procédures, compte tenu de l'ensemble des circonstances, y compris, en contrepoids, le fait que la conduite de la police n'a pas entraîné de grave violation des droits des accusés, le fait que la GRC a eu soin de conserver la garde des drogues et d'éviter qu'elles n'entrent sur le marché, et la difficulté reconnue de la lutte contre les réseaux de drogue avec les méthodes policières traditionnelles. 77

Dans l'arrêt *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, notre Cour a reconnu qu'en matière de demandes relatives à la provocation policière, où la question 78

a new trial may be limited to the stay of proceedings application. The authority to make such an order under ss. 686(2) and (8) is explained in *Pearson*, at para. 16:

> . . . 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.

As entrapment is simply one form of abuse of process, the same approach should be adopted in the present case.

Conclusion

79 The appeal is allowed in part, a new trial is ordered limited to the issue of whether a stay of proceedings should be granted for abuse of process. The respondent is ordered to disclose to the appellants the materials referred to in para. 74 of these reasons in advance of the retrial.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant Campbell: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the appellant Shirose: Irwin Koziebrocki, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Toronto.

de l'innocence de l'accusé ne se pose plus, le nouveau procès peut se limiter à la demande d'arrêt des procédures. Le pouvoir de rendre une telle ordonnance en vertu des par. 686(2) et (8) fait l'objet d'une explication dans *Pearson*, au par. 16:

> . . . 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.

Comme la provocation policière n'est qu'une forme d'abus de procédure, la même démarche doit être suivie en l'espèce.

Conclusion

Le pourvoi est accueilli en partie, et est ordonnée la tenue d'un nouveau procès limité à la question de savoir si la demande d'arrêt des procédures doit être accueillie pour cause d'abus de procédure. Il est ordonné à l'intimée de divulguer aux appelants les documents mentionnés au par. 74 des présents motifs avant la tenue du nouveau procès.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelant Campbell: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'appelant Shirose: Irwin Koziebrocki, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le Procureur général du Canada, Toronto.

M.J.B. Enterprises Ltd. *Appellant*

v.

Defence Construction (1951) Limited and the said Defence Construction (1951) Limited carrying on business as Defence Construction Canada and the said Defence Construction Canada *Respondent*

INDEXED AS: M.J.B. ENTERPRISES LTD. *v.* DEFENCE CONSTRUCTION (1951) LTD.

File No.: 25975.

1998: November 6; 1999: April 22.

Present: Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Contracts — Tendering process — Tender documents defining material to be included in valid tender — Privilege clause providing that lowest or any tender would not necessarily be accepted — Lowest bid accepted but that bid not in conformity with tender requirements — Whether inclusion of a "privilege clause" in the tender documents allows the person calling for tenders to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one.

The respondent invited tenders and awarded the contract to the lowest tenderer of the four received notwithstanding the fact that the bid did not comply with the tender specifications. The tender documents included a "privilege clause" that stated that the lowest or any tender would not necessarily be accepted. The winning bid included a hand-written note outlining a schedule of final costs even though amendments to the tender documents required tenderers to submit only one price. The other tenderers complained that this note constituted a qualification that invalidated the tender. The respondent nevertheless determined that the note was merely a clarification and accepted the bid. The appellant, who had submitted the second lowest tender, brought an action for breach of contract claiming that the winning tender

M.J.B. Enterprises Ltd. *Appelante*

c.

Construction de Défense (1951) Limitée et ladite Construction de Défense (1951) Limitée faisant affaire sous l'appellation Construction de Défense Canada et ladite Construction de Défense Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ: M.J.B. ENTERPRISES LTD. *c.* CONSTRUCTION DE DÉFENSE (1951) LTÉE

N° du greffe: 25975.

1998: 6 novembre; 1999: 22 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Contrats — Appel d'offres — Matériaux devant être inclus dans une soumission valide définis dans le dossier d'appel d'offres — Clause de réserve portant que la soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission — Soumission la plus basse mais non conforme aux exigences de l'appel d'offres retenue — Inclusion de la «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres permet-elle à la personne qui lance l'appel d'offres d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme?

L'intimée a lancé un appel d'offres et a attribué le contrat à l'auteur de la plus basse des quatre soumissions qui ont été présentées en dépit du fait que la soumission n'était pas conforme au devis descriptif. Le dossier d'appel d'offres comportait une «clause de réserve» qui stipulait que la soumission la plus basse ne serait pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission. L'offre retenue contenait une note manuscrite établissant un barème de prix définitifs même si des modifications apportées au dossier d'appel d'offres obligeaient les soumissionnaires à ne spécifier qu'un seul prix dans leurs offres. Les autres soumissionnaires ont objecté que cette note constituait une modification qui invalidait la soumission. L'intimée a néanmoins décidé que la note était une simple clarification et elle a retenu la soumission. L'appelante, qui avait présenté la deuxième soumission la plus basse, a intenté une action pour rupture de contrat en faisant valoir que la soumission retenue

should have been disqualified and that its tender should have been accepted as the lowest valid bid.

The parties agreed on damages prior to trial, subject to the determination of liability. The trial judge found that the note was a qualification but held that, given the presence of the privilege clause, the respondent was under no obligation to award the contract to the appellant as the next lowest bidder. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal. At issue here is whether the inclusion of a "privilege clause" in the tender documents allows the respondent to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one.

Held: The appeal should be allowed.

The submission of a tender in response to an invitation to tender may give rise to contractual obligations (Contract A), quite apart from the obligations associated with the construction contract to be entered into upon the acceptance of a tender (Contract B), depending upon the intentions of the parties.

Contract A arose in this case. At a minimum, the respondent offered, in inviting tenders through a formal tendering process involving complex documentation and terms, to consider bids for Contract B. In submitting its tender, the appellant accepted this offer. The submission of the tender is good consideration for the respondent's promise, as the tender was a benefit to the respondent, prepared at a not insignificant cost to the appellant, and accompanied by the bid security.

The tender documents govern the terms, if any, of Contract A and they include no explicit term imposing an obligation to award Contract B to the lowest valid tender. Terms may be implied, however, (1) based on custom or usage, (2) as the legal incidents of a particular class or kind of contract, or (3) based on the presumed intention of the parties where the implied term must be necessary to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the "officious bystander" test as a term which the parties would say that they had obviously assumed. In the circumstances of the present case, it was appropriate to find an implied term according to the presumed intentions of the parties. This obligation

aurait dû être éliminée et que la sienne aurait dû être retenue à titre de soumission valide la plus basse.

Les parties se sont entendues sur le montant des dommages-intérêts avant le procès, sous réserve d'une déclaration de responsabilité. Le juge de première instance a conclu que la note constituait une modification mais, étant donné la présence de la clause de réserve, il a jugé que l'intimée n'était pas tenue d'attribuer le contrat à l'appelante à titre de soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre la plus basse. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel. La question en litige en l'espèce est de savoir si l'insertion par l'intimée d'une «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres lui permet d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La présentation d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner naissance à des obligations contractuelles (contrat A) tout à fait distinctes des obligations découlant du contrat d'entreprise qui doit être conclu dès l'acceptation de la soumission (contrat B), selon l'intention des parties.

Il y a eu formation du contrat A en l'espèce. En sollicitant des soumissions au moyen d'un processus officiel d'appel d'offres comportant de la documentation et des conditions complexes, l'intimée a, à tout le moins, offert d'examiner des soumissions en vue de la conclusion du contrat B. En présentant sa soumission, l'appelante a accepté cette offre. La présentation de la soumission est une contrepartie valable de la promesse de l'intimée, puisque la soumission, préparée à grands frais par l'appelante et accompagnée de la garantie de soumission, représentait un avantage pour l'intimée.

Le dossier d'appel d'offres régit les conditions du contrat A, s'il en est, et il ne contient aucune condition explicite imposant l'obligation d'attribuer le contrat B à l'auteur de la soumission valide la plus basse. Cependant, il peut y avoir introduction, dans un contrat, de conditions implicites: 1) fondées sur la coutume ou l'usage; 2) en tant que particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats; ou 3) fondées sur l'existence d'une intention présumée des parties lorsque l'introduction de la condition implicite est nécessaire pour donner à un contrat l'efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de «l'observateur objectif», et que les parties diraient, si on leur posait la question, qu'elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise. Dans les circonstances de la présente espèce, il y a lieu

was to accept only a compliant tender, although the respondent need not accept the lowest compliant tender.

A determination of the presumed intentions of the parties focuses on the intentions of the actual parties. A court, when dealing with terms implied in fact, must be careful not to slide into determining the intentions of reasonable parties. The implication of the term must have a certain degree of obviousness to it and may not be found if there is evidence of a contrary intention on the part of either party.

The Instructions to Tenderers and the Tender Form, which were the crucial documents for determining the terms and conditions of Contract A, revealed that the contractor (1) was to submit a compliant bid and (2) could not negotiate over the terms of the tender documents. These documents also indicated that the invitation for tenders may be characterized as an offer to consider a tender if that tender is valid. An invalid tender would be one that, among other things, altered the Tender Form. For the respondent to accept a non-compliant bid would be contrary to the express indication in the Instructions to Tenderers and contrary to the entire tenor of the Tender Form which does not allow for any modification of the plans and specifications in the tender documents. The respondent did not invite negotiations over the terms of either Contract A or Contract B. The tendering process replaces negotiation with competition which entails certain risks for the appellant, such as the effort expended and cost incurred in preparing the bid, and the making of the bid security deposit. Exposure to such risks makes little sense if the respondent is allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid. It was reasonable, on the basis of the presumed intentions of the parties, to find an implied term that only a compliant bid would be accepted.

The privilege clause is only one term of Contract A and must be read in harmony with the rest of the tender documents. To do otherwise would undermine the rest of the agreement between the parties. This clause did not override the obligation to accept only compliant bids because, on the contrary, there is a compatibility between the privilege clause and this obligation. The

de conclure à l'existence d'une condition implicite conformément à l'intention présumée des parties. Cette obligation était de ne retenir qu'une soumission conforme, bien que l'intimée ne soit pas tenue de retenir la soumission conforme la plus basse.

La détermination de l'intention présumée des parties vise essentiellement l'intention des parties elles-mêmes. Lorsqu'il est appelé à se pencher effectivement sur des conditions implicites, le tribunal doit se garder de chercher à déterminer l'intention de parties raisonnables. L'introduction de la condition implicite doit aller de pair avec un certain degré d'évidence et en présence d'une preuve d'intention contraire de la part de l'une ou l'autre des parties, l'on ne peut conclure à l'existence d'une condition implicite.

Aux termes des Instructions à l'intention des soumissionnaires et du formulaire de soumission, qui étaient des documents décisifs pour déterminer les conditions du contrat A, 1) l'entrepreneur devait présenter une soumission valide et 2) il ne lui était pas loisible de négocier les conditions du dossier d'appel d'offres. Il ressort également de ces documents que l'appel d'offres peut être qualifié d'offre d'examiner une soumission si cette soumission est valide. La soumission invalide est notamment celle qui apporte des changements au formulaire de soumission. L'acceptation par l'intimée d'une soumission non conforme serait contraire aux termes exprès des Instructions à l'intention des soumissionnaires et cela irait à l'encontre de toute la teneur du formulaire de soumission qui ne permet aucune modification des plans ni du devis descriptif du dossier d'appel d'offres. L'intimée n'a pas lancé d'invitation à négocier les conditions du contrat A ni celles du contrat B. L'appel d'offres remplace la négociation par la concurrence ce qui comporte certains risques pour l'appelante qui doit consacrer des efforts et des sommes d'argent à préparer sa soumission et à déposer la garantie de soumission. Il serait déraisonnable de s'exposer à de tels risques si l'intimée peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme. Il était raisonnable, sur le fondement de l'intention présumée des parties, de conclure à l'existence d'une condition implicite portant que seule une soumission conforme sera acceptée.

La clause de réserve n'est qu'une condition du contrat A et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres. Agir autrement, ce serait saper le reste de l'entente entre les parties. Cette clause n'écarte pas l'obligation de n'accepter que les soumissions conformes puisque, au contraire, il y a compatibilité entre la clause de réserve et cette

decision to reject the "low" bid may in fact be governed by the consideration of factors that impact upon the ultimate cost of the project.

The accepted bid was conceded to be non-compliant. The respondent in awarding the contract to this bidder breached its obligation to the appellant and the other tenderers that it would accept only a compliant tender. Acting in good faith or thinking that one has interpreted the contract correctly are not valid defences to an action for breach of contract.

The general measure of damages for breach of contract is expectation damages. On a balance of probabilities, the record supports the appellant's contention that as a matter of fact it would have been awarded Contract B had the non-compliant bid been disqualified. The loss of Contract B, although caused by the breach of Contract A, is not too remote. Here, both parties knew that if the respondent awarded Contract B to a non-compliant bid then one of the tenderers who submitted a compliant bid would suffer the loss of Contract B and that this tenderer could be the appellant. The appellant is therefore entitled to damages in the amount of the profits it would have realized had it been awarded Contract B.

Cases Cited

Followed: *Cornwall Gravel Co. Ltd. v. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267, aff'd (1979), 115 D.L.R. (3d) 511, [1980] 2 S.C.R. 118; **considered:** *R. in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; **referred to:** *Megatech Contracting Ltd. v. Carleton (Regional Municipality)* (1989), 34 C.L.R. 35; *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 132 A.R. 161, aff'd (1994), 157 A.R. 274, application for leave to appeal dismissed, [1995] 2 S.C.R. v; *Martselos Services Ltd. v. Arctic College*, [1994] 3 W.W.R. 73, application for leave to appeal dismissed, [1994] 3 S.C.R. viii; *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough Council*, [1990] 3 All E.R. 25; *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia* (1997), 146 A.L.R. 1; *Pratt Contractors Ltd. v. Palmerston North City Council*, [1995] 1 N.Z.L.R. 469; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Cartwright & Crickmore, Ltd. v. MacInnes*, [1931]

obligation. La décision de rejeter la soumission «basse» peut en fait être motivée par la prise en compte de facteurs qui ont une incidence sur le coût final du projet.

L'on a concédé que la soumission retenue n'était pas conforme. En attribuant le contrat à l'auteur de cette soumission, l'intimée a manqué à l'obligation à laquelle elle était tenue, envers l'appelante et les autres soumissionnaires, de n'accepter qu'une soumission conforme. Le fait d'agir de bonne foi ou le fait de penser avoir interprété correctement le contrat ne constituent pas des moyens de défense valables dans une action pour rupture de contrat.

La base d'évaluation des dommages-intérêts pour rupture de contrat est généralement le profit espéré. Selon la prépondérance des probabilités, le dossier appuie la prétention de l'appelante selon laquelle elle aurait obtenu le contrat B si la soumission non conforme avait été éliminée. La perte du contrat B, bien qu'elle ait été causée par la rupture du contrat A, n'est pas trop indirecte. En l'espèce, les deux parties savaient que si l'intimée attribuait le contrat B à l'auteur d'une soumission non conforme, l'un des soumissionnaires ayant présenté une soumission conforme subirait la perte du contrat B et que ce soumissionnaire pouvait être l'appelante. L'appelante a donc droit à des dommages-intérêts correspondant au montant des profits qu'elle aurait réalisés si elle avait obtenu le contrat B.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Cornwall Gravel Co. Ltd. c. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267, conf. par (1979), 115 D.L.R. (3d) 511, [1980] 2 R.C.S. 118; **arrêt examiné:** *R. du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; **arrêts mentionnés:** *Megatech Contracting Ltd. c. Carleton (Regional Municipality)* (1989), 34 C.L.R. 35; *Bate Equipment Ltd. c. Ellis-Don Ltd.* (1992), 132 A.R. 161, conf. par (1994), 157 A.R. 274, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 2 R.C.S. v; *Martselos Services Ltd. c. Arctic College*, [1994] 3 W.W.R. 73, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. viii; *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. c. Blackpool Borough Council*, [1990] 3 All E.R. 25; *Hughes Aircraft Systems International c. Airservices Australia* (1997), 146 A.L.R. 1; *Pratt Contractors Ltd. c. Palmerston North City Council*, [1995] 1 N.Z.L.R. 469; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Cartwright & Crickmore, Ltd. c.*

S.C.R. 425; *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308; *Glenview Corp. v. Canada* (1990), 34 F.T.R. 292; *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)* (1987), 28 C.L.R. 290, aff'd (1989), 35 C.L.R. 241; *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; *Fred Welsh Ltd. v. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400; *George Wimpey Canada Ltd. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 123; *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210; *Thompson Bros. (Const.) Ltd. v. Wetaskiwin (City)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 197; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Riggins v. Alberta (Workers' Compensation Board)* (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66.

Authors Cited

Blom, Joost. "Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd." (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Fridman, G. H. L. "Tendering Problems" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 582.

Goldsmith, Immanuel. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. By Immanuel Goldsmith and Thomas G. Heintzman. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 1998, release 2).

Nozick, R. S. Comment on *The Province of Ontario and The Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 345.

Swan, John. Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1997), 196 A.R. 124, 141 W.A.C. 124, 33 C.L.R. (2d) 1, [1997] A.J. No. 238 (QL), affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1994), 164 A.R. 399, 18 C.L.R. (2d) 120, [1994] A.J. No. 993 (QL), dismissing the appellant's claim. Appeal allowed.

W. Donald Goodfellow, Q.C., and *Eugene Meehan*, for the appellant.

MacInnes, [1931] R.C.S. 425; *Acme Building & Construction Ltd. c. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308; *Glenview Corp. c. Canada* (1990), 34 F.T.R. 292; *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Municipal District)* (1987), 28 C.L.R. 290, conf. par (1989), 35 C.L.R. 241; *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717; *Fred Welsh Ltd. c. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400; *George Wimpey Canada Ltd. c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 123; *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210; *Thompson Bros. (Const.) Ltd. c. Wetaskiwin (City)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 197; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Riggins c. Alberta (Workers' Compensation Board)* (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66.

Doctrine citée

Blom, Joost. "Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd." (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80.

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Fridman, G. H. L. "Tendering Problems" (1987), 66 *R. du B. can.* 582.

Goldsmith, Immanuel. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. By Immanuel Goldsmith and Thomas G. Heintzman. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 1998, release 2).

Nozick, R. S. Comment on *The Province of Ontario and The Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (1982), 60 *R. du B. can.* 345.

Swan, John. Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447.

Waddams, S. M. *Le droit des contrats*, vol. 1. Vanier, Ont.: Centre franco-ontarien de ressources pédagogiques, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1997), 196 A.R. 124, 141 W.A.C. 124, 33 C.L.R. (2d) 1, [1997] A.J. No. 238 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1994), 164 A.R. 399, 18 C.L.R. (2d) 120, [1994] A.J. No. 993 (QL), rejetant la demande de l'appelante. Pourvoi accueilli.

W. Donald Goodfellow, c.r., et *Eugene Meehan*, pour l'appelante.

Larry M. Huculak, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

1 The central issue in this appeal is whether the inclusion of a "privilege clause" in the tender documents allows the person calling for tenders (the "owner") to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one. The leading Canadian case on the law of tenders is *R. in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, which concerned the obligations of a contractor who submitted a bid in response to a call for tenders. This Court held that, upon the submission of this tender, a contract arose between the contractor and the owner in that case and imposed certain obligations upon the contractor. The contract, referred to as "Contract A", was distinguished from the construction contract, "Contract B", to be entered into if the tender was accepted. Contract A imposed certain obligations upon the contractor. The present appeal instead asks whether Contract A arose in this case and what obligations, if any, it imposes on the owner. It is the contention of M.J.B. Enterprises Ltd. (the "appellant") that in the circumstances of this case Defence Construction (1951) Limited (the "respondent") was obligated to accept the lowest valid tender. The respondent argues that the privilege clause precludes the finding of such an obligation.

II. Factual Background

2 The respondent invited tenders for the construction of a pump house, the installation of a water distribution system and the dismantling of a water tank on the Canadian Forces Base in Suffield, Alberta. Four tenders were received, including one from the appellant. The contract was awarded to

Larry M. Huculak, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

La question centrale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'insertion d'une «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres permet à la personne qui lance l'appel d'offres (le «propriétaire») d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme. L'arrêt faisant autorité au Canada en matière d'appels d'offres est *R. du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, qui porte sur les obligations de l'entrepreneur qui présente une soumission en réponse à un appel d'offres. Notre Cour a conclu que, dès la présentation de la soumission dans cette affaire, il y avait eu formation entre l'entrepreneur et le propriétaire d'un contrat aux termes duquel l'entrepreneur était assujetti à certaines obligations. Le contrat, appelé «contrat A», se distinguait du contrat d'entreprise, appelé «contrat B», qui devait être conclu si la soumission était acceptée. Le contrat A imposait certaines obligations à l'entrepreneur. Le présent pourvoi pose plutôt la question de savoir s'il y a eu formation du contrat A en l'espèce et quelles obligations, s'il en est, il impose au propriétaire. M.J.B. Enterprises Ltd. («l'appelante») prétend que dans les circonstances de la présente espèce, Construction de Défense (1951) Limitée («l'intimée») était tenue d'accepter la soumission valide la plus basse. L'intimée soutient que la clause de réserve empêche de conclure à l'existence d'une telle obligation.

II. Les faits

L'intimée a lancé un appel d'offres pour la construction d'une station de pompage, l'installation d'un réseau de distribution d'eau et la démolition d'un réservoir d'eau à la Base des Forces canadiennes à Suffield, en Alberta. Quatre soumissions ont été reçues, dont celle de l'appelante. Le

Sorochan Enterprises Ltd. ("Sorochan"), the lowest tenderer, and the work was carried out. The appellant was the second lowest tenderer.

The respondent had issued detailed directions to tenderers in the 11 documents which, according to the Tender Form, comprised the tender documents. One of these documents was the Instructions to Tenderers, paragraph 13 of which stated: "The lowest or any tender shall not necessarily be accepted". The parties have referred to this as the "privilege clause". In addition, prior to the close of tenders, the respondent issued two amendments to the tender documents.

The original specifications in the tender documents contemplated that the tenderers would provide a lump sum price for the construction of the pump house and demolition of the water tank, but would submit a per lineal metre price for construction of the water system. There were three different types of material in which water pipe might be laid and with which the trenches for the pipes might be backfilled: Type 2 (essentially a large gravel fill), Type 3 (native backfill) or Type 4 (a lean slurry concrete). The site engineer would determine the type of material required at various parts of the distribution system. Since the lineal costs of these different fills varied widely, the specifications originally included a schedule of quantities which allowed the tenderers to submit their bids on a basis which would make the final cost contingent upon the amount of the different fills required, i.e., the tenderer could set out different amounts per lineal metre for each of Types 2, 3 and 4 fill. However, the amendments to the tender documents deleted the schedule of quantities. The effect of this was to require the tenderers to submit only one price per lineal metre for the water distribution system regardless of the type of fill which would ultimately be designated by the engineer during construction. The appellant interpreted this to assign the risk of knowing how much of Type 2,

contrat a été attribué à Sorochan Enterprises Ltd. («Sorochan»), qui a présenté la soumission la plus basse, et les travaux ont été exécutés. L'appelante avait présenté la deuxième soumission la plus basse.

3 L'intimée avait fourni des directives détaillées aux soumissionnaires dans les 11 documents qui composaient le dossier d'appel d'offres conformément au formulaire de soumission. Y figurait le document intitulé [TRADUCTION] «Instructions à l'intention des soumissionnaires», lequel comportait la clause suivante, au paragraphe 13: [TRADUCTION] «La soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission». Les parties ont appelé cette stipulation la «clause de réserve». L'intimée a en outre apporté deux modifications au dossier avant la clôture de l'appel d'offres.

4 Selon le devis descriptif original du dossier d'appel d'offres, les soumissionnaires devaient établir un prix forfaitaire pour la construction de la station de pompage et la démolition du réservoir d'eau, mais soumettre un prix au mètre linéaire pour la construction du réseau de distribution d'eau. Trois types différents de matériaux pouvaient servir à l'installation de la canalisation et au remplissage des tranchées pratiquées pour l'installer: le type 2 (essentiellement du gros gravier), le type 3 (déblais) ou le type 4 (béton maigre). L'ingénieur de chantier devait déterminer le type de matériau qui serait nécessaire à divers endroits du réseau de distribution d'eau. Comme les coûts linéaires de ces divers types de matériaux de remplissage différaient considérablement, le devis descriptif comprenait à l'origine un tableau des quantités qui permettait aux soumissionnaires d'établir leurs soumissions de telle façon que le coût final dépende des quantités respectives des différents types de matériaux de remplissage nécessaires; le soumissionnaire pouvait ainsi établir des prix au mètre linéaire différents pour chacun des types 2, 3 et 4. Toutefois, des modifications ont été apportées au dossier d'appel d'offres et le tableau des quantités a été supprimé, ce qui a forcé les soumissionnaires à ne proposer qu'un seul prix au mètre linéaire pour le réseau de distribution d'eau sans

Type 3, and Type 4 fill would be required to the successful contractor, as the contractor would receive the same cent unit price per lineal metre of measurement regardless of the actual costs incurred by the contractor.

égard au type de matériau de remplissage qui serait finalement exigé par l'ingénieur au moment de la construction. Selon l'appelante, cette façon de procéder fait supporter à l'entrepreneur attributaire le risque consistant à établir avec exactitude les quantités de matériaux de types 2, 3 et 4 qui seraient requises, puisque l'entrepreneur ne recevrait que ce prix unitaire au mètre linéaire quels que soient les coûts réels qu'il aura dû engager.

5 The tender submitted by Sorochan included a handwritten note stating:

Please note:

Unit Prices per metre are based on native backfill (Type 3). If Type 2 material is required from top of pipe zone to bottom of sub-base, material for gravel or paved areas, add $60.00 per metre.

La soumission présentée par Sorochan comportait la note manuscrite suivante:

[TRADUCTION] Veuillez prendre note:

Les prix unitaires au mètre sont fondés sur l'utilisation des déblais (type 3). S'il est nécessaire d'utiliser du matériau de type 2 pour la couche entre le dessus de la canalisation et la fondation inférieure des aires revêtues de gravier ou de pavage, il faut ajouter 60 $ le mètre.

Despite complaints by the appellant and other tenderers that this note constituted a qualification by Sorochan that invalidated its tender, the respondent determined the note was merely a clarification and accepted Sorochan's bid. The appellant brought an action for breach of contract, claiming that Sorochan's bid should have been disqualified and that its tender should have been accepted as the lowest valid bid.

En dépit des protestations de l'appelante et d'autres soumissionnaires qui ont objecté que cette note de Sorochan constituait une modification qui invalidait sa soumission, l'intimée a conclu que la note n'était qu'une clarification et elle a accepté la soumission de Sorochan. L'appelante a intenté une action pour rupture de contrat, en faisant valoir que la soumission de Sorochan aurait dû être éliminée et que la sienne aurait dû être retenue à titre de soumission valide la plus basse.

6 Prior to trial, the parties agreed on damages of $398,121.27, subject to the determination of liability. However, there were two issues they did not agree on, the cost of a supervisor and the cost of Type 2 backfill that was included in the appellant's tender that, had the appellant been awarded the construction contract, would not have been required by the engineer. The amount in dispute totals $251,056.89.

Avant le procès, les parties se sont entendues sur le montant des dommages-intérêts qu'elles ont fixé à 398 121,27 $, sous réserve d'une déclaration de responsabilité. Il subsiste toutefois deux points sur lesquels les parties n'ont pas réussi à s'entendre, à savoir le coût d'un directeur des travaux et le coût du matériau de remplissage de type 2 qui était inclus dans la soumission de l'appelante et qui, si l'appelante avait obtenu le contrat de construction, n'aurait pas été exigé par l'ingénieur. La somme en litige totale est 251 056,89 $.

7 The trial judge found that the note was a qualification but held that, given the presence of the privilege clause, the respondent was under no obligation to award the contract to the appellant as

Le juge de première instance a conclu que la note constituait une modification, mais, étant donné la présence de la clause de réserve, il a jugé que l'intimée n'était pas tenue d'attribuer le

the next lowest bidder. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal.

III. The Courts Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1994), 164 A.R. 399

Rowbotham J. noted that the appellant sought damages for breach of Contract A as described by Estey J. in *Ron Engineering*, *supra*. However, relying on *Megatech Contracting Ltd. v. Carleton (Regional Municipality)* (1989), 34 C.L.R. 35 (Ont. H.C.), and *Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.* (1992), 132 A.R. 161 (Q.B.), aff'd (1994), 157 A.R. 274 (C.A.), application for leave to appeal dismissed, [1995] 2 S.C.R. v, Rowbotham J. held that the submission of a tender does not create a contract and that therefore there could be no breach of contract in this case entitling the appellant to damages.

However, Rowbotham J. held that the note attached to Sorochan's tender was a qualification, rather than a clarification, that invalidated the tender. He observed that, since the tender accepted was not a valid tender, there may have been a "technical" breach of the obligation to treat all tenderers fairly. Consequently, Rowbotham J. stated that the other tenderers should be reimbursed for the expenses incurred in the preparation and submission of their tenders, although he made no formal order to this effect. He dismissed the action and declined to make any findings of fact regarding the issues in dispute with respect to damages.

Subsequently, Rowbotham J. dismissed an application for leave to reargue. However, during the hearing he acknowledged that he had made an error in holding that no Contract A had been formed upon the submission of the tender.

contrat à l'appelante à titre de soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre la plus basse. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel.

III. Les tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1994), 164 A.R. 399

8 Le juge Rowbotham a noté que l'appelante demandait des dommages-intérêts pour la rupture du contrat A auquel fait allusion le juge Estey dans l'arrêt *Ron Engineering*, précité. Toutefois, en se fondant sur *Megatech Contracting Ltd. c. Carleton (Regional Municipality)* (1989), 34 C.L.R. 35 (H.C. Ont.), et *Bate Equipment Ltd. c. Ellis-Don Ltd.* (1992), 132 A.R. 161 (B.R.), conf. par (1994), 157 A.R. 274 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1995] 2 R.C.S. v, le juge Rowbotham a conclu que la présentation d'une soumission ne crée pas un contrat et qu'il ne pouvait donc y avoir en l'espèce rupture de contrat ouvrant à l'appelante un recours en dommages-intérêts.

9 Le juge Rowbotham a toutefois statué que la note jointe à la soumission de Sorochan constituait une modification, et non une clarification, qui invalidait la soumission. Il a indiqué que puisque la soumission retenue n'était pas une soumission valide, il pouvait y avoir «quasi-manquement» à l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Par conséquent, le juge Rowbotham a déclaré que les autres soumissionnaires devraient être remboursés des dépenses engagées dans la préparation et la présentation de leurs soumissions, sans toutefois rendre une ordonnance en ce sens. Il a rejeté l'action et refusé de tirer quelque conclusion de fait sur les points en litige relatifs aux dommages-intérêts.

10 Le juge Rowbotham a subséquemment rejeté la demande d'autorisation de présenter de nouvelles observations. Au cours de l'audience, il a toutefois reconnu avoir commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas eu formation d'un contrat A dès la présentation de la soumission.

B. *Alberta Court of Appeal* (1997), 196 A.R. 124

11 McClung J.A., for the court, held that an express term such as the privilege clause could not be overridden by a term implied by virtue of custom or industry usage to the effect that the lowest valid tender must be accepted: *Martselos Services Ltd. v. Arctic College*, [1994] 3 W.W.R. 73 (N.W.T.C.A.), application for leave to appeal dismissed, [1994] 3 S.C.R. viii, and other cases.

12 McClung J.A. held that the meaning of the privilege clause was not ambiguous, and was placed in the bidding process to protect the expenditure of public funds which are a common property resource of the people of Canada. Although the Alberta Guide to Construction Procedures provides that the construction contract should be awarded to the contractor submitting the lowest proper tender, those rules only apply where they are not inconsistent with the terms of the federal bidding package. In this case, "the privilege clause, section 13, is a complete answer to M.J.B.'s action" (p. 127).

13 The Court of Appeal therefore dismissed the appeal. However, it affirmed the trial judge's recommendation that fairness dictates that the appellant be reimbursed for the provable costs of preparing its rejected tender, although these costs were not specifically pleaded.

IV. Issues

14 The major issue in this appeal comes down to the following: does the respondent's inclusion of a "privilege clause" in the tender documents at issue in this case allow the respondent to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one?

B. *La Cour d'appel de l'Alberta* (1997), 196 A.R. 124

Le juge McClung a conclu au nom de la cour qu'une disposition expresse comme la clause de réserve ne pouvait être écartée par une disposition implicite, tirée des coutumes ou des usages commerciaux et portant que la soumission valide la plus basse doit être acceptée: *Martselos Services Ltd. c. Arctic College*, [1994] 3 W.W.R. 73 (C.A.T.N.-O.), autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. viii, et d'autres décisions.

Le juge McClung a statué que le sens de la clause de réserve n'était pas ambigu, et que cette clause avait été incluse dans la procédure d'appel d'offres afin de contrôler les dépenses de fonds publics qui appartiennent collectivement à la population du Canada. Même si le guide des méthodes de la construction de l'Alberta prévoit que le contrat de construction doit être attribué à l'entrepreneur qui présente la soumission conforme la plus basse, ces règles ne s'appliquent que lorsqu'elles n'entrent pas en conflit avec les conditions du dossier d'appel d'offres fédéral. Dans la présente espèce, [TRADUCTION] «la clause de réserve, l'article 13, règle complètement le sort de l'action de M.J.B.» (p. 127).

La Cour d'appel a donc rejeté l'appel. Elle a toutefois confirmé la recommandation du juge de première instance qui avait estimé qu'en toute équité, l'appelante devrait être dédommagée des frais prouvables exposés pour la préparation de la soumission rejetée, même si la question n'avait pas été soulevée expressément.

IV. Les questions en litige

La principale question en litige dans le présent pourvoi peut se résumer ainsi: l'insertion par l'intimée d'une «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres en cause en l'espèce permet-elle à l'intimée d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme?

V. Analysis

A. *General Principles*

As I have already indicated, any discussion of contractual obligations and the law of tendering must begin with this Court's decision in *Ron Engineering*, *supra*. That case concerned whether the owner had to return the contractor's tender deposit, a sum of $150,000. The terms and conditions attaching to the call for tenders had included the statement (at pp. 113-14) that:

> Except as otherwise herein provided the tenderer guarantees that if his tender is withdrawn before the Commission shall have considered the tenders or before or after he has been notified that his tender has been recommended to the Commission for acceptance or that if the Commission does not for any reason receive within the period of seven days as stipulated and as required herein, the Agreement executed by the tenderer, the Performance Bond and the Payment Bond executed by the tenderer and the surety company and the other documents required herein, the Commission may retain the tender deposit for the use of the Commission and may accept any tender, advertise for new tenders, negotiate a contract or not accept any tender as the Commission may deem advisable.

Other terms and conditions included the ability to withdraw a tender, under seal, until the official closing (p. 120). In rushing to compile its tender, the contractor omitted to add its own labour costs to its bid, but only discovered its error after the close of the tender call. It was the lowest out of eight bids. The contractor did not seek to withdraw its tender, but instead maintained that because it gave notice of this error to the owner prior to the acceptance of its tender by the owner that the owner could not, in law, accept its tender, and therefore had to return the contractor's $150,000 deposit.

Estey J., for the Court, held that a contract arose upon the contractor's submission of the tender. This contract, which Estey J. termed "Contract A",

V. L'analyse

A. *Principes généraux*

Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, tout examen des obligations contractuelles et des règles de droit régissant les appels d'offres doit commencer par l'arrêt de notre Cour *Ron Engineering*, précité. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si le propriétaire était tenu de remettre à l'entrepreneur une somme de 150 000 $ versée à titre de dépôt de soumission. Les modalités et conditions applicables à l'appel d'offres comprenaient, aux pp. 113 et 114, la stipulation suivante: 15

> [TRADUCTION] Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est retirée avant que la Commission ait examiné les soumissions ou avant ou après qu'il ait été avisé que l'acceptation de sa soumission a été recommandée à la Commission ou si, pour une raison quelconque, la Commission ne reçoit pas, dans les sept jours mentionnés et prescrits aux présentes, le contrat signé par le soumissionnaire, la garantie d'exécution et la garantie de paiement signées par le soumissionnaire et la société de cautionnement ainsi que les autres documents exigés par les présentes, la Commission pourra conserver le dépôt de soumission pour son bénéfice et accepter toute offre, faire un nouvel appel d'offres, négocier un contrat ou n'accepter aucune des offres, selon que la Commission le jugera à propos.

D'autres conditions prévoyaient la possibilité de retirer une soumission, portant un sceau, à tout moment avant l'heure limite fixée (p. 120). Dans sa précipitation à établir sa soumission, l'entrepreneur a omis d'ajouter ses propres coûts de main-d'œuvre, erreur qu'il n'a découverte qu'après la clôture de l'appel d'offres. Sa soumission était la plus basse des huit qui avaient été présentées. L'entrepreneur n'a pas cherché à retirer sa soumission; il a plutôt fait valoir que, puisqu'il avait donné avis de cette erreur au propriétaire avant l'acceptation de sa soumission, le propriétaire ne pouvait pas, en droit, accepter sa soumission et devait donc lui remettre le dépôt de 150 000 $ qu'il avait versé.

Dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la Cour, le juge Estey a conclu qu'il y avait eu naissance d'un contrat dès la présentation de la 16

was to be distinguished from the construction contract to be entered into upon the acceptance of one of the tenders, which Estey J. termed "Contract B". The terms of Contract A were governed by the terms and conditions of the tender call, which included that the contractor submit a deposit that could only be recovered under certain conditions. Estey J., at p. 119, stated:

> The revocability of the offer must, in my view, be determined in accordance with the "General Conditions" and "Information for Tenderers" and the related documents upon which the tender was submitted. There is no question when one reviews the terms and conditions under which the tender was made that a contract arose upon the submission of a tender between the contractor and the owner whereby the tenderer could not withdraw the tender for a period of sixty days after the date of the opening of the tenders. Later in these reasons this initial contract is referred to as contract A to distinguish it from the construction contract itself which would arise on the acceptance of a tender, and which I refer to as contract B. Other terms and conditions of this unilateral contract which arose by the filing of a tender in response to the call therefor under the aforementioned terms and conditions, included the right to recover the tender deposit sixty days after the opening of tenders if the tender was not accepted by the owner. This contract is brought into being automatically upon the submission of a tender. [Emphasis added.]

As the tender call conditions were not met, the deposit was not recoverable by the contractor.

17 This Court therefore held that it is possible for a contract to arise upon the submission of a tender and that the terms of such a contract are specified in the tender documents. The submissions of the parties in the present appeal appear to suggest that *Ron Engineering* stands for the proposition that Contract A is always formed upon the submission of a tender and that a term of this contract is the irrevocability of the tender; indeed, most lower courts have interpreted *Ron Engineering* in this manner. There are certainly many statements in *Ron Engineering* that support this view. However, other passages suggest that Estey J. did not hold that a bid is irrevocable in all tendering contexts

soumission de l'entrepreneur. Ce contrat, que le juge Estey a appelé «contrat A», était distinct du contrat d'entreprise, appelé «contrat B» par le juge Estey, qui devait être conclu dès l'acceptation de l'une des soumissions. Les conditions du contrat A étaient régies par les conditions de l'appel d'offres, qui prévoyaient notamment le versement par l'entrepreneur d'un dépôt qui ne pouvait être recouvré qu'à certaines conditions. Le juge Estey a dit, à la p. 119:

> À mon avis, il faut déterminer la révocabilité de l'offre d'après les «Conditions générales» et les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» et les pièces accessoires en vertu desquelles la soumission a été faite. Il ressort manifestement de l'examen des conditions auxquelles la soumission a été faite que sa présentation a donné lieu à un contrat entre l'entrepreneur et la propriétaire, en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission pendant les soixante jours suivant la date d'ouverture des soumissions. Plus loin dans les présents motifs, j'appellerai ce premier contrat le contrat A pour le distinguer du contrat d'entreprise lui-même qui résulte de l'acceptation de la soumission et que j'appellerai le contrat B. Parmi les autres conditions de ce contrat unilatéral qui découle de la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres aux conditions susmentionnées, se trouve le droit de recouvrer le dépôt de soumission soixante jours après l'ouverture des soumissions si la propriétaire n'a pas accepté la soumission. Ce contrat prend naissance automatiquement par la présentation d'une soumission. [Je souligne.]

Comme les conditions de l'appel d'offres n'avaient pas été remplies, le dépôt ne pouvait être recouvré par l'entrepreneur.

Notre Cour a par conséquent conclu qu'il est possible qu'un contrat prenne naissance dès la présentation d'une soumission et que les conditions de ce contrat sont prévues dans le dossier d'appel d'offres. Les prétentions des parties dans le présent pourvoi semblent laisser entendre que l'arrêt *Ron Engineering* permet d'affirmer que la présentation d'une soumission entraîne toujours la formation d'un contrat A et qu'une des conditions de ce contrat est l'irrévocabilité de la soumission. En effet, la plupart des tribunaux de juridiction inférieure ont interprété l'arrêt *Ron Engineering* dans ce sens. À n'en pas douter, bien des passages de l'arrêt *Ron Engineering* appuient ce point de vue. Certains

and that his analysis was in fact rooted in the terms and conditions of the tender call at issue in that case. As he stated, at pp. 122-23:

The significance of the bid in law is that it at once becomes irrevocable if filed in conformity with the terms and conditions under which the call for tenders was made and if such terms so provide. There is no disagreement between the parties here about the form and procedure in which the tender was submitted by the respondent and that it complied with the terms and conditions of the call for tenders. Consequently, contract A came into being. The principal term of contract A is the irrevocability of the bid, and the corollary term is the obligation in both parties to enter into a contract (contract B) upon the acceptance of the tender. Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders. [Emphasis added.]

Therefore it is always possible that Contract A does not arise upon the submission of a tender, or that Contract A arises but the irrevocability of the tender is not one of its terms, all of this depending upon the terms and conditions of the tender call. To the extent that *Ron Engineering* suggests otherwise, I decline to follow it.

I also do not wish to be taken to endorse Estey J.'s characterization of Contract A as a unilateral contract in *Ron Engineering*. His analysis has been strongly criticized: see R. S. Nozick, Comment on *The Province of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 345, at p. 350; J. Swan, Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447, at p. 455; G. H. L. Fridman, "Tendering Problems" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 582, at p. 591; J. Blom, "Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd." (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80, at p. 91; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993), at para. 159. However, each case turns on

autres permettent toutefois d'affirmer que le juge Estey n'a pas dit qu'une soumission est irrévocable dans tous les appels d'offres et que son analyse reposait en fait sur les modalités et les conditions de l'appel d'offres en cause dans cette affaire. Voici ce qu'il a dit, aux pp. 122 et 123:

L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres. [Je souligne.]

Par conséquent, il est toujours possible que le contrat A ne soit pas formé dès la présentation d'une soumission, ou qu'il y ait formation du contrat A mais que l'irrévocabilité de la soumission n'en soit pas une condition; cela dépend des conditions de l'appel d'offres. Dans la mesure où l'arrêt *Ron Engineering* donne à penser le contraire, je m'abstiens de le suivre.

18 Je ne veux pas que l'on pense que je fais mienne la qualification de contrat unilatéral donnée au contrat A par le juge Estey dans l'arrêt *Ron Engineering*. Son analyse a été critiquée sévèrement: voir R. S. Nozick, Comment on *The Province of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (1982), 60 *R. du B. can.* 345, à la p. 350; J. Swan, Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447, à la p. 455; G. H. L. Fridman, «Tendering Problems» (1987), 66 *R. du B. can* 582, à la p. 591; J. Blom, «Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd.» (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80, à la p. 91; S. M. Waddams, *Le droit des contrats* (1992), vol. 1, aux pp. 118 et 119.

its facts and since the revocability of the tender is not at issue in the present appeal, I see no reason to revisit the analysis of the facts in *Ron Engineering*.

19 What is important, therefore, is that the submission of a tender in response to an invitation to tender may give rise to contractual obligations, quite apart from the obligations associated with the construction contract to be entered into upon the acceptance of a tender, depending upon whether the parties intend to initiate contractual relations by the submission of a bid. If such a contract arises, its terms are governed by the terms and conditions of the tender call.

20 I note that the jurisprudence in other common law jurisdictions supports the approach that, depending upon the intentions of the parties, an invitation to tender can give rise to contractual obligations upon the submission of a bid: see *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough Council*, [1990] 3 All E.R. 25 (C.A.); *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia* (1997), 146 A.L.R. 1 (F.C.); and *Pratt Contractors Ltd. v. Palmerston North City Council*, [1995] 1 N.Z.L.R. 469 (H.C.).

21 So this brings us to ask whether Contract A arose in this case and, if so, what were its terms?

B. *Contract A*

22 Both parties in the present appeal agree with the Contract A/Contract B analysis outlined in *Ron Engineering* and that the terms of Contract A, if any, are to be determined through an examination of the terms and conditions of the tender call. In particular, they agree that Contract A arose, but disagree as to its terms. However, this agreement is influenced by an interpretation of *Ron Engineering* that I have rejected. Because of this, it is important to discuss whether Contract A arose in this case.

Toutefois, chaque cas est un cas d'espèce et puisque la question de la révocabilité de la soumission n'est pas soulevée dans le présent pourvoi, je ne vois aucune raison de réexaminer l'analyse des faits effectuée dans l'arrêt *Ron Engineering*.

L'important, donc, c'est que la présentation d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner naissance à des obligations contractuelles tout à fait distinctes des obligations découlant du contrat d'entreprise qui doit être conclu dès l'acceptation de la soumission, selon que les parties auront voulu établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission. Advenant la formation d'un tel contrat, ses modalités sont régies par les conditions de l'appel d'offres.

Je note que la jurisprudence d'autres ressorts de common law appuie l'idée que, selon l'intention des parties, l'appel d'offres peut donner naissance à des obligations contractuelles dès la présentation d'une soumission: voir *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. c. Blackpool Borough Council*, [1990] 3 All E.R. 25 (C.A.); *Hughes Aircraft Systems International c. Airservices Australia* (1997), 146 A.L.R. 1 (F.C.); et *Pratt Contractors Ltd. c. Palmerston North City Council*, [1995] 1 N.Z.L.R. 469 (H.C.).

Cela nous amène à la question de savoir s'il y a eu formation du contrat A en l'espèce et dans l'affirmative, quelles en étaient les conditions?

B. *Le contrat A*

Les deux parties au présent pourvoi sont d'accord avec l'analyse contrat A/ contrat B énoncée dans l'arrêt *Ron Engineering* et reconnaissent que les conditions du contrat A, s'il en est, doivent être déterminées par l'examen des conditions de l'appel d'offres. Plus particulièrement, elles s'entendent pour dire qu'il y a eu formation du contrat A, mais elles diffèrent sur ses conditions. Toutefois, comme cet accord prend appui sur une interprétation de *Ron Engineering* que j'ai rejetée, il est important de se demander s'il y a eu formation du contrat A en l'espèce.

As I have already mentioned, whether or not Contract A arose depends upon whether the parties intended to initiate contractual relations by the submission of a bid in response to the invitation to tender. In the present case I am persuaded that this was the intention of the parties. At a minimum, the respondent offered, in inviting tenders through a formal tendering process involving complex documentation and terms, to consider bids for Contract B. In submitting its tender, the appellant accepted this offer. The submission of the tender is good consideration for the respondent's promise, as the tender was a benefit to the respondent, prepared at a not insignificant cost to the appellant, and accompanied by the Bid Security. The question to be answered next is the precise nature of the respondent's contractual obligations.

Comme je l'ai déjà dit, la naissance du contrat A est subordonnée à la volonté des parties d'établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres. En l'espèce, je suis convaincu que c'était bien l'intention des parties. En sollicitant des soumissions au moyen d'un processus officiel d'appel d'offres comportant de la documentation et des conditions complexes, l'intimée a, à tout le moins, offert d'examiner des soumissions en vue de la conclusion du contrat B. En présentant sa soumission, l'appelante a accepté cette offre. La présentation de la soumission est une contrepartie valable de la promesse de l'intimée, puisque la soumission, préparée à grands frais par l'appelante et accompagnée de la garantie de soumission, représentait un avantage pour l'intimée. La question qu'il faut résoudre ensuite est celle de la nature précise des obligations contractuelles de l'intimée. 23

The main contention of the appellant is that the respondent was under an obligation to award Contract B to the lowest compliant tender. As the Sorochan bid was invalid, Contract B should have been awarded to the appellant. In this regard, the appellant makes two arguments: first, that it was an explicit term of Contract A that the construction contract be awarded to the lowest compliant bid and second, that even if such a term was not expressly incorporated into the tender package it was an implied term of Contract A.

La prétention principale de l'appelante est que l'intimée avait l'obligation d'attribuer le contrat B à l'auteur de la soumission conforme la plus basse. Comme la soumission de Sorochan était invalide, le contrat B aurait dû être attribué à l'appelante. L'appelante présente deux arguments à ce sujet: premièrement, l'attribution du contrat de construction à l'auteur de la soumission conforme la plus basse constitue une condition explicite du contrat A, et deuxièmement, même en supposant qu'une telle condition ne soit pas expressément incorporée dans le dossier d'appel d'offres, elle constitue une condition implicite du contrat A. 24

1. Explicit Term of Contract A

1. Condition explicite du contrat A

With respect to the first argument, the appellant submitted that the notice to the construction industry of the call for tenders advised that the Federal Standard Rules of Practice for Bid Depositories would apply and that these Federal Standard Rules incorporate local rules where these local rules are not in conflict with the Federal Standard Rules. The appellant argued that the respondent had confirmed that the Alberta Guide to Construction Procedures and the Canadian Construction Documents Committee Guide to Calling Bids and Awarding Contracts (CCDC 23) were part of the local rules, that they applied to the project in question, and

En ce qui a trait au premier argument, l'appelante fait valoir que l'avis annonçant l'appel d'offres au secteur de la construction indiquait que les Règles normatives fédérales des bureaux de dépôt des soumissions s'appliquaient et que ces Règles normatives fédérales incorporaient les règles locales lorsque celles-ci n'entraient pas en conflit avec les Règles normatives fédérales. L'appelante fait valoir que l'intimée a confirmé que le guide des méthodes de la construction de l'Alberta et le guide décrivant le processus d'obtention de soumissions et d'attribution des contrats de construction du Comité canadien des documents de 25

that these local rules indicated that the contract should be awarded to the lowest proper tender.

26 I find this argument unpersuasive. The notice to the profession is ambiguous as to whether the Federal Standard Rules of Practice for Bid Depositories would apply to the general contractors or to the trade sub-contractors submitting their bids to the general contractors through the Alberta Construction Tendering System. This ambiguity is, to my mind, resolved by the Tender Form that tenderers were required to submit, which stated:

> We certify that Tenders for trades named under (a) and (b) below were received through the Alberta Bid Depository Ltd., . . . in accordance with the Standard Rules of Practice for Bid Depositories (Federal Government Projects) as required by this Tender.

The tender documents do not include the notice to the profession and do not make any other reference to the Standard Rules of Practice for Bid Depositories (Federal Government Projects). As it is the tender documents that govern the terms, if any, of Contract A, I do not take the Standard Rules of Practice for Bid Depositories (Federal Government Projects) to be binding upon the respondent with respect to the tenderers; they are binding upon the tenderers with respect to the sub-contractors. Thus I find that there is no explicit term in Contract A imposing an obligation to award contract B to the lowest valid tender.

2. Implied Term of Contract A

27 The second argument of the appellant is that there is an implied term in Contract A such that the lowest compliant bid must be accepted. The general principles for finding an implied contractual term were outlined by this Court in *Canadian*

construction (CCDC 23) faisaient partie des règles locales, qu'ils s'appliquaient au projet en cause et que ces règles locales prévoyaient que le contrat serait attribué à l'auteur de la soumission conforme la plus basse.

Cet argument ne me convainc pas. L'avis au secteur de la construction est ambigu en ce qui a trait à la question de savoir si les Règles normatives fédérales des bureaux de dépôt des soumissions s'appliquent aux entrepreneurs généraux ou aux gens de métier sous-traitants qui présentent leurs soumissions aux entrepreneurs généraux par l'intermédiaire du système de soumissions de la construction de l'Alberta. Selon moi, cette ambiguïté est levée par le formulaire de soumission que les soumissionnaires étaient tenus de présenter, lequel comporte la mention suivante:

> [TRADUCTION] Nous certifions que les soumissions pour les métiers nommés aux alinéas *a*) et *b*) plus bas ont été reçues par l'intermédiaire d'Alberta Bid Depository Ltd., [. . .] conformément aux Règles normatives des bureaux de dépôt des soumissions (projets de travaux de construction de l'administration fédérale) ainsi que l'exige la présente soumission.

Le dossier d'appel d'offres ne comprend pas l'avis au secteur de la construction et ne fait aucun renvoi aux Règles normatives des bureaux de dépôt des soumissions (projets de travaux de construction de l'administration fédérale). Puisque c'est le dossier d'appel d'offres qui régit les conditions du contrat A, s'il en est, je conclus que les Règles normatives des bureaux de dépôt des soumissions (projets de travaux de construction de l'administration fédérale) ne lient pas l'intimée envers les soumissionnaires; elles lient les soumissionnaires à l'égard des sous-traitants. Je conclus donc qu'il n'existe dans le contrat A aucune condition explicite imposant l'obligation d'attribuer le contrat B à l'auteur de la soumission valide la plus basse.

2. Condition implicite du contrat A

Selon le deuxième argument de l'appelante, le contrat A comporte une condition implicite prévoyant que la soumission conforme la plus basse doit être retenue. Les principes généraux permettant de déterminer l'existence de conditions

Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal, [1987] 1 S.C.R. 711. Le Dain J., for the majority, held that terms may be implied in a contract: (1) based on custom or usage; (2) as the legal incidents of a particular class or kind of contract; or (3) based on the presumed intention of the parties where the implied term must be necessary "to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the 'officious bystander' test as a term which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed" (p. 775). See also *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 137, *per* McLachlin J., and *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1008, *per* McLachlin J.

contractuelles implicites ont été énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711. Le juge Le Dain a conclu, au nom de la majorité, qu'il pouvait y avoir introduction, dans un contrat, de conditions implicites: 1) fondées sur la coutume ou l'usage; 2) en tant que particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats; ou 3) fondées sur l'existence d'une intention présumée des parties, soit la condition implicite dont l'introduction est nécessaire «pour donner à un contrat de l'efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de "l'observateur objectif", [condition] dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu'elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise» (p. 775). Voir également les arrêts *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, au par. 137, motifs du juge McLachlin, et *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la p. 1008, motifs du juge McLachlin.

While in the case of a contract arising in the context of a standardized tendering process there may be substantial overlap involving custom or usage, the requirements of the tendering process, and the presumed intentions of the party, I conclude that, in the circumstances of the present case, it is appropriate to find an implied term according to the presumed intentions of the parties.

28 Bien que dans une affaire de contrat ayant pris naissance dans le cadre d'un processus normalisé d'appel d'offres il puisse y avoir un important chevauchement entre des éléments comme la coutume ou l'usage, les exigences du processus d'appel d'offres et l'intention présumée des parties, dans les circonstances de la présente espèce, il y a lieu de conclure à l'existence d'une condition implicite conformément à l'intention présumée des parties.

As mentioned, LeDain J. stated in *Canadian Pacific Hotels Ltd.*, *supra*, that a contractual term may be implied on the basis of presumed intentions of the parties where necessary to give business efficacy to the contract or where it meets the "officious bystander" test. It is unclear whether these are to be understood as two separate tests but I need not determine that here. What is important in both formulations is a focus on the intentions of the actual parties. A court, when dealing with terms implied in fact, must be careful not to slide into determining the intentions of reasonable parties. This is why the implication of the term must have a certain degree of obviousness to it, and why, if there is evidence of a contrary intention, on

29 Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, le juge Le Dain a dit, dans l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée*, précité, qu'il est possible d'introduire dans un contrat des conditions implicites fondées sur l'intention présumée des parties lorsque cela est nécessaire pour donner au contrat l'efficacité commerciale ou que cela satisfait au critère de «l'observateur objectif». Il ne ressort pas clairement qu'on doive comprendre ces éléments comme deux critères distincts, mais c'est là une question que je n'ai pas à trancher en l'espèce. Ce qui importe dans l'une et l'autre des formulations, c'est l'accent mis sur l'intention des parties elles-mêmes. Lorsqu'elle est appelée à se pencher effectivement sur des conditions implicites, la Cour doit

the part of either party, an implied term may not be found on this basis. As G. H. L. Fridman states in *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 476:

> In determining the intention of the parties, attention must be paid to the express terms of the contract in order to see whether the suggested implication is necessary and fits in with what has clearly been agreed upon, and the precise nature of what, if anything, should be implied.

30 In this respect, I find it difficult to accept that the appellant, or any of the other contractors, would have submitted a tender unless it was understood by all involved that only a compliant tender would be accepted. However, I find no support for the proposition that, in the face of a privilege clause such as the one at issue in this case, the lowest compliant tender was to be accepted. A review of the tender documents, including the privilege clause, and the testimony of the respondent's witnesses at trial, indicates that, on the basis of the presumed intentions of the parties, it is reasonable to find an implied obligation to accept only a compliant tender. It is to a discussion of the tender documents, the effect of the privilege clause, and the testimony at trial to which I now turn.

(a) *Tender documents*

31 The tender documents contain, as already noted, paragraph 13, which states: "The lowest or any tender shall not necessarily be accepted". I will deal with the effect of this privilege clause after discussing the tender documents more generally, as it must be interpreted in its context.

se garder de chercher à déterminer l'intention de parties raisonnables. C'est pourquoi l'introduction de la condition implicite doit aller de pair avec un certain degré d'évidence et qu'en présence d'une preuve d'intention contraire de la part de l'une ou l'autre des parties, l'on ne peut conclure à l'existence d'une condition implicite sur ce fondement. Comme le note G. H. L. Fridman dans son ouvrage intitulé *The Law of Contract in Canada* (3e éd. 1994), à la p. 476:

> [TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit d'établir l'intention des parties, il faut porter attention aux conditions expresses du contrat afin de déterminer si la condition implicite proposée est nécessaire et si elle s'harmonise avec ce qui a clairement été convenu, ainsi qu'à la nature exacte de ce qui devrait, le cas échéant, être ainsi introduit.

À cet égard, il m'est difficile d'admettre que l'appelante, ou que l'un des autres entrepreneurs, aurait décidé de présenter une soumission s'il n'avait pas été entendu que seule une soumission conforme serait acceptée. Je ne vois toutefois aucun fondement à la prétention selon laquelle, eu égard à une clause de réserve comme celle qui est en cause dans la présente espèce, il fallait que la soumission la plus basse soit acceptée. Un examen du dossier d'appel d'offres, y compris la clause de réserve, et de la déposition des témoins de l'intimée au procès indique qu'il est raisonnable de conclure, sur le fondement de l'intention présumée des parties, à l'existence d'une obligation implicite de n'accepter que les soumissions conformes. Je passe maintenant à l'examen du dossier d'appel d'offres, de l'effet de la clause de réserve et des dépositions au procès.

a) *Dossier d'appel d'offres*

Le dossier d'appel d'offres comprend, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, le paragraphe 13, qui est ainsi libellé: [TRADUCTION] «La soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission». J'aborderai l'effet de cette clause après avoir examiné de façon générale le dossier d'appel d'offres, puisque cette clause doit être interprétée dans son contexte.

In the present appeal, the tender documents are enumerated in the Tender Form and include:

(a) Instructions to Tenderers — Form DCL 193 (R-7-90)

(b) Tender — Form DCL 150

(c) Articles of Agreement — Form DCL 24 (R-7-90)

(d) Terms of Payment "B" — Form DCL 25 (R-7-90)

(e) General Conditions "C" — Form DCL 32 (R-7-90)

(f) Drawings, Specifications and Addenda thereto — Job No. C-S380-9304/4

(g) Special Conditions and Instructions — File: SD16310

(h) Labour Conditions 180 (Rev. 01/88) 7540-21-900-0766

(j) Insurance Conditions "E" File: SD16310

(k) Insurers Certificate of Insurance — DCL 232

(l) Contract Security Conditions "F" — Form DCL 32-F (R-7-90)

Most of these documents detail the terms and conditions of the construction contract to be entered into, or Contract B. However, the Instructions to Tenderers and the Tender Form are the crucial documents for determining the terms and conditions of Contract A. The salient features of the parties' agreement revealed by an examination of these documents are twofold: the contractor must submit a compliant bid and the contractor cannot negotiate over the terms of the tender documents.

The Instructions to Tenderers include important provisions outlining the conditions under which a tender may be found to be invalid. For example, paragraph 1(a) provides that tenders received after the specified closing time are invalid. Paragraph 2 provides that, *inter alia*, "[a]ll tenders must be submitted on Tender Form DCL 150(S)" and paragraph 7(b) requires that only the Tender Form and

Dans le présent pourvoi, les documents du dossier d'appel d'offres sont énumérés dans le formulaire de soumission: 32

[TRADUCTION]

a) Instructions à l'intention des soumissionnaires — Formulaire CDL 193 (R-7-90)

b) Soumission — Formulaire CDL 150

c) Articles de convention — Formulaire CDL 24 (R-7-90)

d) Modalités de paiement «B» — Formulaire CDL 25 (R-7-90)

e) Conditions générales «C» — Formulaire CDL 32 (R-7-90)

f) Dessins, devis descriptif, et leurs addenda — Projet nº C-S380-9304/4

g) Conditions et instructions spéciales — Dossier: SD16310

h) Conditions de travail 180 (rév. 01/88) 7540-21-900-0766

j) Conditions d'assurance «E» Dossier: SD16310

k) Attestation d'assurance — CDL 232

l) Conditions de garantie du contrat «F» — Formulaire CDL 32-F (R-7-90)

La plupart de ces documents énoncent les conditions du contrat de construction qui sera passé, à savoir le contrat B. Toutefois, les Instructions à l'intention des soumissionnaires et le formulaire de soumission constituent les documents décisifs pour ce qui est de déterminer les conditions du contrat A. Les traits saillants de l'accord des parties qui ressortent de l'examen de ces documents se résument en deux points: l'entrepreneur doit fournir une soumission conforme et il ne peut négocier les conditions du dossier d'appel d'offres.

Les Instructions à l'intention des soumissionnaires comportent d'importantes dispositions sur les cas susceptibles d'entraîner l'invalidité d'une soumission. Par exemple, l'alinéa 1a) stipule que les soumissions reçues après la date et l'heure de clôture sont invalides. Le paragraphe 2 prévoit notamment que [TRADUCTION] «[t]outes les soumissions doivent être présentées sur le Formulaire CDL 150(S)» et l'alinéa 7b) exige que seuls le formulaire de soumission et la garantie de soumission 33

the bid security be submitted with the tender. Paragraph 4 states:

> Any alterations in the printed part of the Tender Form DCL 150(S) or failure to provide the information requested therein, may render the tender invalid.

Paragraph 6(a) states:

> Tenders must be based on the plans, specifications and tender documents provided. . . . For a tender to be valid, the tendered price must be based on materials established as acceptable for the project prior to the tender closing date.

Paragraph 9 states that the tender is invalid unless accompanied by the required bid security.

34 The Tender Form, which, as stated above, is the only document required to be submitted along with the bid security, requires that the tenderer agree to the following statement:

> We [name] having informed ourselves fully of the conditions relating to the work to be performed, having inspected the site and having carefully examined the plans and specifications and all the terms and covenants of the Tender documents (IT BEING UNDERSTOOD AND AGREED THAT FAILURE TO HAVE DONE SO WILL NOT RELIEVE US OF OUR OBLIGATION TO ENTER INTO A CONTRACT AND CARRY OUT THE WORK FOR THE CONSIDERATION SET OUT HEREAFTER) do tender and offer to perform the said work in strict accordance with the said documents and such further details, plans and instructions as may be supplied from time to time and to furnish to Her Majesty the Queen in Right of Canada, all materials, plant, machinery, tools, labour and things necessary for the construction or carrying out and proper completion of the said work for the following sums of lawful money of Canada . . . .

This certificate underscores the significance of tenderers adhering to the terms and conditions as found in the tender documents. In other words, the

soient présentés avec la soumission. Le paragraphe 4 porte:

> [TRADUCTION] Tout changement apporté au texte imprimé du formulaire CDL 150(S) ou toute omission de fournir les renseignements demandés dans le formulaire peut invalider la soumission.

L'alinéa 6a) stipule ce qui suit:

> [TRADUCTION] Les soumissions doivent être fondées sur les plans, le devis descriptif et les documents d'appel d'offres qui sont fournis. [. . .] Pour qu'une soumission soit valable, il faut que le prix fixé dans la soumission soit fondé sur des matériaux reconnus comme acceptables pour le projet avant la date et l'heure de clôture de l'appel d'offres.

Le paragraphe 9 stipule que la soumission est invalide si elle n'est pas accompagnée de la garantie de soumission prescrite.

Le formulaire de soumission qui, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, est le seul document qui doit être présenté avec la garantie de soumission, oblige le soumissionnaire à faire la déclaration suivante:

> [TRADUCTION] Nous [nom] possédant tous les renseignements sur les conditions relatives aux travaux à exécuter, ayant fait une inspection de l'emplacement et ayant examiné attentivement les plans, le devis descriptif ainsi que toutes les conditions et conventions du dossier d'appel d'offres (ÉTANT ENTENDU ET CONVENU QUE L'OMISSION D'AGIR AINSI NE NOUS LIBÉRERA PAS DE NOTRE OBLIGATION DE CONCLURE UN MARCHÉ ET D'EXÉCUTER LES TRAVAUX, MOYENNANT LA CONTREPARTIE INDIQUÉE CI-DESSOUS) soumissionnons par les présentes et offrons d'exécuter lesdits travaux en nous conformant strictement aux dispositions desdits documents et à tous les autres détails, plans et instructions qui pourront nous être fournis et de fournir à Sa Majesté la Reine du chef du Canada tous les matériaux, l'équipement de chantier, la machinerie, les outils, la main-d'œuvre et autres articles nécessaires à la construction (ou à l'exécution) et à l'achèvement approprié desdits travaux pour les sommes indiquées ci-après en monnaie légale du Canada. . .

Ce certificat souligne l'importance que revêt l'obligation des soumissionnaires de respecter les conditions figurant dans le dossier d'appel

certificate is further evidence of the necessity to ensure bids are compliant.

The Tender Form sets out additional circumstances that could render a bid invalid. It requires that the tenderer agree that an imbalance between unit and lump sum prices or between individual unit prices "would be considered cause to render our Tender invalid" (para. 3). The tenderer must certify that the sub-trades it lists in its Tender Form were received through the Alberta Bid Depository in accordance with the Standard Rules of Practice for Bid Depositories (Federal Government Projects) and that failure to comply with these Rules of Practice may disqualify the tender (para. 8).

It is clear from the foregoing description of the Instructions to Tenderers and the Tender Form that the invitation for tenders may be characterized as an offer to consider a tender if that tender is valid. An invalid tender would be, as outlined in these documents, one that either was submitted too late, was not submitted on the required Tender Form, altered the Tender Form or did not provide the information requested, did not include the required bid security, had an imbalance in prices, did not comply with the Rules of Practice for sub-trades, or did not conform to the plans and specifications.

A tender, in addition to responding to an invitation for tenders, is also an offer to perform the work outlined in the plans and specifications for a particular price. The invitation for tenders is therefore an invitation for offers to enter into Contract B on the terms specified by the owner and for a price specified by the contractor. The goal for contractors is to make their bid as competitive as possible while still complying with the plans and specifications outlined in the tender documents.

d'offres. En d'autres termes, le certificat est une preuve de plus de la nécessité de s'assurer que les soumissions sont conformes.

Le formulaire de soumission fait mention d'autres circonstances susceptibles d'entraîner l'invalidité de la soumission. Il oblige le soumissionnaire à convenir qu'un écart entre les prix unitaires et les prix forfaitaires ou entre des prix unitaires particuliers [TRADUCTION] «serait considéré comme une cause d'invalidité de la soumission» (par. 3). Le soumissionnaire doit certifier que les soumissions des gens de métier sous-traitants qu'il énumère sur son formulaire de soumission ont été reçues par l'intermédiaire d'Alberta Bid Depository Ltd., conformément aux Règles normatives des bureaux de dépôt des soumissions (projets de travaux de construction de l'administration fédérale) et que le défaut de respecter ces règles peut invalider la soumission (par. 8). 35

Il ressort clairement de cet examen des Instructions à l'intention des soumissionnaires et du formulaire de soumission que l'appel d'offres peut être qualifié d'offre d'examiner une soumission si cette soumission est valide. Ainsi que l'énoncent ces documents, la soumission invalide est la soumission tardive, celle qui n'est pas présentée sur le formulaire de soumission prescrit, qui apporte des changements au formulaire de soumission ou ne fournit pas les renseignements demandés, n'est pas accompagnée de la garantie de soumission, comporte un écart entre les prix, ne respecte pas les règles applicables à l'égard des sous-contrats conclus avec les gens de métier ou n'est pas conforme aux plans et au devis descriptif. 36

Outre le fait d'être une réponse à un appel d'offres, la soumission est aussi une offre d'exécuter les travaux décrits dans les plans et le devis descriptif en contrepartie d'un prix donné. L'appel d'offres est par conséquent une invitation lancée afin d'obtenir des offres de conclure le contrat B, selon les conditions stipulées par le propriétaire et à un prix établi par l'entrepreneur. Le but visé par les entrepreneurs est de présenter la soumission la plus concurrentielle possible tout en respectant les plans et le devis descriptif stipulés dans le dossier d'appel d'offres. 37

38 In this regard, it is important to note that the respondent did not invite negotiations over the terms of either Contract A or Contract B. The only items to be added to the Tender Form by the tenderer, in addition to the tenderer's name and its prices are: GST registration number, the names of sub-contractors, its structural steel fabricator and erector, the number of days it will start work after notification of the contract award, signature, witness to signature and address, date, telephone and fax number. Furthermore, paragraph 12(b) of the Instructions to Tenderers provides:

> Tenderers are advised that requests for suggested amendments to the tender documents should be received by the Manager, Tender Call Section, at least fourteen calendar days before the specified tender closing time.

This request indicates that any negotiations are to follow a special procedure, presumably so that if a suggested amendment is accepted, all tenderers may be notified so that they may also enter an alternate bid.

39 This interpretation is supported by the testimony at trial of Mr. Enders, Director of Contract Services for the respondent, regarding alternate bids:

> A We follow industry practice. As long as there is a valid bid it can be accompanied by an alternate price and if it happens before tender close and it is judged that it — it's worthwhile entertaining, we would issue an amendment asking all bidders to price that alternative. If it happened afterwards we would award the contract and deal with the alternative after the fact.
>
> Q Why don't you — after the tenders closed when you receive what you consider an alternate bid, why don't

À cet égard, il importe de souligner que l'intimée n'a pas lancé d'invitation à négocier les conditions du contrat A ni celles du contrat B. Les seuls éléments qui pouvaient être ajoutés au formulaire de soumission par le soumissionnaire, en plus de son nom et de ses prix étaient les suivants: le numéro d'enregistrement de la TPS, les noms des sous-traitants, celui de son fabricant d'acier de charpente et de son monteur de charpentes, le nombre de jours nécessaires pour entreprendre les travaux après la notification de l'attribution du contrat, la signature, les témoins de la signature et l'adresse ainsi que la date et les numéros de téléphone et de télécopieur. De plus, l'alinéa 12b) des Instructions à l'intention des soumissionnaires prévoit ce qui suit:

> [TRADUCTION] Avis est donné aux soumissionnaires que les modifications qu'ils proposent d'apporter au dossier d'appel d'offres doivent parvenir au gestionnaire, Section des appels d'offres, au moins quatorze jours civils avant la date et l'heure limites de réception des soumissions.

Cette directive indique que toute négociation doit suivre une procédure spéciale, probablement pour faire en sorte que si la modification proposée est acceptée, tous les soumissionnaires puissent en être avisés de façon à être en mesure de présenter une soumission de remplacement.

Cette interprétation est appuyée par la déposition au procès de M. Enders, directeur du Service des marchés pour l'intimée, au sujet des soumissions de remplacement:

[TRADUCTION]

> R Nous suivons la pratique du secteur. Tant qu'elle est valide, la soumission peut être accompagnée d'un prix de remplacement, et si cela se produit avant la clôture de l'appel d'offres et que l'on juge que c'est — que c'est intéressant, nous rédigeons une modification demandant à tous les soumissionnaires d'établir un prix pour cette variante. Si cela se produit plus tard, nous attribuons le contrat puis traitons de la variante après le fait.
>
> Q Pourquoi ne faites-vous pas — après la clôture de l'appel d'offres, lorsque vous recevez ce que vous considérez comme une soumission de remplacement, pourquoi ne communiquez-vous pas avec les entre-

you then go to the contractors and say, Somebody submitted this. What's your price?

A Again that would put the low bidder at a disadvantage and it might be considered bid shopping.

Therefore, according to the Instructions to Tenderers and the Tender Form, a contractor submitting a tender must submit a valid tender and, in submitting its tender, is not at liberty to negotiate over the terms of the tender documents. Given this, it is reasonable to infer that the respondent would only consider valid tenders. For the respondent to accept a non-compliant bid would be contrary to the express indication in the Instructions to Tenderers that any negotiation of an amendment would have to take place according to the provisions of paragraph 12(b). It is also contrary to the entire tenor of the Tender Form, which was the only form required to be submitted in addition to the bid security, and which does not allow for any modification of the plans and specifications in the tender documents.

The rationale for the tendering process, as can be seen from these documents, is to replace negotiation with competition. This competition entails certain risks for the appellant. The appellant must expend effort and incur expense in preparing its tender in accordance with strict specifications and may nonetheless not be awarded Contract B. It must submit its bid security which, although it is returned if the tender is not accepted, is a significant amount of money to raise and have tied up for the period of time between the submission of the tender and the decision regarding Contract B. As Bingham L.J. stated in *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd.*, *supra*, at p. 30, with respect to a similar tendering process, this procedure is "heavily weighted in favour of the invitor". It appears obvious to me that exposing oneself to such risks makes little sense if the respondent is allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid. Therefore I find it reasonable, on the basis of the presumed intentions of the

preneurs pour leur dire: quelqu'un nous a présenté ceci. Quel est votre prix?

R Encore une fois, cela défavoriserait le soumissionnaire le plus bas et cela pourrait être perçu comme du marchandage de soumissions.

Par conséquent, aux termes des Instructions à 40
l'intention des soumissionnaires et du formulaire de soumission, l'entrepreneur qui présente une soumission doit présenter une soumission valide, et, dans la présentation de cette soumission, il ne lui est pas loisible de négocier les conditions du dossier d'appel d'offres. Compte tenu de ce fait, il est raisonnable de déduire que l'intimée n'aurait examiné que les soumissions valides. L'acceptation par l'intimée d'une soumission non conforme serait contraire aux Instructions à l'intention des soumissionnaires qui mentionnent expressément que toute négociation en vue de faire apporter une modification doit se faire conformément aux dispositions de l'alinéa 12b). Cela irait aussi à l'encontre de toute la teneur du formulaire de soumission, qui est le seul formulaire qu'il faut présenter en plus de la garantie de soumission et qui ne permet aucune modification des plans ni du devis descriptif du dossier d'appel d'offres.

L'idée qui sous-tend l'appel d'offres, ainsi qu'il 41
ressort de ces documents, c'est de remplacer la négociation par la concurrence. Cette concurrence comporte certains risques pour l'appelante. L'appelante doit consacrer des efforts et des sommes d'argent à préparer sa soumission conformément à un devis descriptif strict sans être certaine de se voir attribuer le contrat B. Elle doit déposer sa garantie de soumission qui, même si elle lui sera remise si la soumission n'est pas acceptée, représente une somme importante à réunir et à immobiliser pour la période entre la présentation de la soumission et la décision prise au sujet du contrat B. Le lord juge Bingham a dit dans *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd.*, précité, à l'égard d'un appel d'offres semblable, que cette procédure [TRADUCTION] «favorise grandement celui qui lance l'appel d'offres» (p. 30). Il me semble évident qu'il serait déraisonnable de s'exposer à de tels risques si l'intimée peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une

parties, to find an implied term that only a compliant bid would be accepted.

42 Having found that there was an implied term in Contract A that the respondent was to accept only compliant bids, I must now deal with the argument that the privilege clause overrode this implied term.

(b) *Effect of the Privilege Clause*

43 Although the respondent has not disputed the trial judge's finding that the Sorochan tender was non-compliant, the respondent argues that the privilege clause gave it the discretion to award the contract to anyone, including a non-compliant bid, or to not award the contract at all, subject only to a duty to treat all tenderers fairly. It argues that because it accepted the Sorochan tender with the good faith belief that it was a compliant bid, it did not breach its duty of fairness.

44 The words of the privilege clause are clear and unambiguous. As this Court stated in *Cartwright & Crickmore, Ltd. v. MacInnes*, [1931] S.C.R. 425, at p. 431, "there can be no recognized custom in opposition to an actual contract, and the special agreement of the parties must prevail". However, the privilege clause is only one term of Contract A and must be read in harmony with the rest of the tender documents. To do otherwise would undermine the rest of the agreement between the parties.

45 I do not find that the privilege clause overrode the obligation to accept only compliant bids, because on the contrary, there is a compatibility between the privilege clause and this obligation. I believe that the comments of I. Goldsmith, in *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 1-20, regarding the impor-

soumission non conforme. J'estime donc qu'il est raisonnable, en se fondant sur l'intention présumée des parties, de conclure à l'existence d'une condition implicite portant que seule une soumission conforme sera acceptée.

Après avoir conclu à l'existence, dans le contrat A, d'une condition implicite exigeant que l'intimée n'accepte que les soumissions conformes, il me faut examiner l'argument selon lequel la clause de réserve écarte cette condition implicite.

b) *Effet de la clause de réserve*

Même si l'intimée n'a pas attaqué la conclusion du juge de première instance selon laquelle la soumission de Sorochan n'était pas conforme, l'intimée prétend que la clause de réserve lui donne le pouvoir discrétionnaire d'attribuer le contrat à n'importe qui, y compris l'auteur d'une soumission non conforme, voire de ne pas attribuer le contrat, à la seule charge de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Elle soutient que parce qu'elle a retenu la soumission de Sorochan en croyant de bonne foi qu'il s'agissait d'une soumission conforme, elle n'a pas manqué à son devoir d'équité.

Le libellé de la clause de réserve est clair et non équivoque. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Cartwright & Crickmore, Ltd. c. MacInnes*, [1931] R.C.S. 425, à la p. 431, [TRADUCTION] «aucune coutume reconnue ne saurait être opposée à un contrat véritable, et l'entente particulière intervenue entre les parties doit l'emporter». Toutefois, la clause de réserve n'est qu'une condition du contrat A et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres. Agir autrement, ce serait saper le reste de l'entente entre les parties.

Je ne conclus pas que la clause de réserve écarte l'obligation de n'accepter que les soumissions conformes, puisque, au contraire, il y a compatibilité entre la clause de réserve et cette obligation. Je crois que les commentaires de I. Goldsmith dans son ouvrage intitulé *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4e éd. (feuilles mobiles)), à la

tance of discretion in accepting a tender are particularly helpful in elucidating this compatibility:

> The purpose of the [tender] system is to provide competition, and thereby to reduce costs, although it by no means follows that the lowest tender will necessarily result in the cheapest job. Many a "low" bidder has found that his prices have been too low and has ended up in financial difficulties, which have inevitably resulted in additional costs to the owner, whose right to recover them from the defaulting contractor is usually academic. Accordingly, the prudent owner will consider not only the amount of the bid, but also the experience and capability of the contractor, and whether the bid is realistic in the circumstances of the case. In order to eliminate unrealistic tenders, some public authorities and corporate owners require tenderers to be prequalified.

In other words, the decision to reject the "low" bid may in fact be governed by the consideration of factors that impact upon the ultimate cost of the project.

Therefore even where, as in this case, almost nothing separates the tenderers except the different prices they submit, the rejection of the lowest bid would not imply that a tender could be accepted on the basis of some undisclosed criterion. The discretion to accept not necessarily the lowest bid, retained by the owner through the privilege clause, is a discretion to take a more nuanced view of "cost" than the prices quoted in the tenders. In this respect, I agree with the result in *Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (Ont. C.A.). In that case, Contract B was awarded to the second lowest bidder because it would complete the project in a shorter period than the lowest bid, resulting in a large cost saving and less disruption to business, and all tendering contractors had been asked to stipulate a completion date in their bids. It may also be the case that the owner may include other criteria in the tender package that will be weighed in addition to cost. However, needing to consider "cost" in this manner does not require or indicate that there

p. 1-20, au sujet de l'importance du pouvoir discrétionnaire dans l'acceptation d'une soumission sont particulièrement utiles pour expliquer cette compatibilité:

> [TRADUCTION] Le système [d'appel d'offres] a pour objet d'assurer la concurrence, et partant, de réduire les coûts, même si cela ne signifie aucunement que la soumission la plus basse mènera nécessairement aux travaux les moins chers. Il arrive souvent que l'auteur d'une soumission «basse» s'aperçoive qu'il a fixé ses prix trop bas et qu'il éprouve des difficultés financières, ce qui entraîne inévitablement des coûts additionnels pour le propriétaire, qui ne dispose que de droits bien souvent théoriques pour se faire rembourser par l'entrepreneur en défaut. Par conséquent, le propriétaire prudent tiendra compte non seulement du prix de la soumission, mais aussi de l'expérience et de la capacité de l'entrepreneur, et déterminera si la soumission est réaliste dans les circonstances en cause. Afin d'éliminer les soumissions irréalistes, certaines autorités publiques et certaines sociétés propriétaires exigent que les soumissionnaires aient fait l'objet d'une sélection préalable.

En d'autres termes, la décision de rejeter la soumission «basse» peut en fait être motivée par la prise en compte de facteurs qui ont une incidence sur le coût final du projet.

46 Par conséquent, même dans les cas où, comme en l'espèce, presque rien d'autre que les prix respectifs proposés ne distingue les soumissionnaires, le rejet de la soumission la plus basse ne voudrait pas nécessairement dire que la décision de retenir une soumission peut être fondée sur un critère de sélection non divulgué. Le pouvoir discrétionnaire de ne pas retenir nécessairement la soumission la plus basse que s'est ménagé le propriétaire grâce à la clause de réserve, est un pouvoir qui lui permet d'avoir une vision plus nuancée des «coûts» qui ne s'arrête pas aux prix établis dans les soumissions. À cet égard, je suis d'accord avec le résultat auquel la cour est arrivée dans l'arrêt *Acme Building & Construction Ltd. c. Newcastle (Town)* (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, le contrat B a été attribué au deuxième soumissionnaire le plus bas parce qu'il pouvait achever le projet dans un délai plus court que le soumissionnaire le plus bas, ce qui permettait de faire d'importantes économies et de réduire les inconvénients pour les commerces, tous les entrepreneurs ayant été invités

needs to be a discretion to accept a non-compliant bid.

47 The additional discretion not to award a contract is presumably important to cover unforeseen circumstances, which is not at issue in this appeal. For example, *Glenview Corp. v. Canada* (1990), 34 F.T.R. 292, concerned an invitation to tender whose specifications were found to be inadequate after the bids were submitted and opened by the Department of Public Works. Instead of awarding a contract on the basis of inadequate specifications, the department re-tendered on the basis of improved specifications. Nonetheless, this discretion is not affected by holding that, in so far as the respondent decides to accept a tender, it must accept a compliant tender.

48 Therefore, I conclude that the privilege clause is compatible with the obligation to accept only a compliant bid. As should be clear from this discussion, however, the privilege clause is incompatible with an obligation to accept only the lowest compliant bid. With respect to this latter proposition, the privilege clause must prevail.

49 The appellant disagrees with this conclusion and submits that the majority of Canadian jurisprudence supports the proposition that the person calling for tenders should award Contract B to the lowest valid tender despite the presence of a privilege clause like the one in issue in this appeal. To the extent that these decisions are incompatible with the analysis just outlined, I decline to follow them. Nonetheless, I have reviewed the cases submitted to this Court and find that they do not stand for the proposition that the lowest valid tender must be accepted. Those cases that in fact deal with the interpretation of the privilege clause in the

à préciser une date d'achèvement des travaux dans leurs soumissions. Il se peut aussi que le propriétaire inclue d'autres critères que le coût dans le dossier d'appel d'offres. Toutefois, la nécessité d'envisager les «coûts» de cette manière n'exige pas et ne signifie pas qu'on doive être investi du pouvoir discrétionnaire d'accepter une soumission non conforme.

Le pouvoir discrétionnaire supplémentaire de ne pas attribuer le contrat est vraisemblablement important pour couvrir les imprévus, mais ce point n'est pas soulevé dans le présent pourvoi. Dans l'affaire *Glenview Corp. c. Canada* (1990), 34 F.T.R. 292, par exemple, il y avait eu lancement d'un appel d'offres dont le devis descriptif a été jugé inadéquat après la présentation des soumissions et leur examen par le ministère des Travaux publics. Plutôt que d'attribuer un contrat en se fondant sur un devis descriptif inadéquat, le ministère a repris le processus d'appel d'offres avec un devis descriptif amélioré. Néanmoins, le fait de conclure que dans la mesure où l'intimée décide de retenir une soumission, ce doit être une soumission conforme n'a pas d'incidence sur ce pouvoir discrétionnaire.

Je conclus donc que la clause de réserve est compatible avec l'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme. Par contre, ainsi qu'il devrait ressortir clairement du présent examen, la clause de réserve est incompatible avec l'obligation de ne retenir que la soumission la plus basse. Eu égard à cette dernière affirmation, c'est la clause de réserve qui doit l'emporter.

L'appelante conteste cette conclusion et fait valoir que la jurisprudence canadienne appuie majoritairement la reconnaissance de l'obligation pour la personne qui lance l'appel d'offres d'attribuer le contrat B à l'auteur de la soumission la plus basse malgré la présence d'une clause de réserve semblable à celle qui est en cause dans le présent pourvoi. Dans la mesure où ces décisions ne correspondent pas à l'analyse qui vient d'être exposée, je m'abstiendrai de les suivre. J'ai néanmoins examiné les décisions soumises à notre Cour et je conclus qu'elles n'appuient pas la proposition selon laquelle la soumission la plus basse doit être

context of a finding that Contract A arose between the parties are instead generally consistent with the analysis outlined above.

retenue. Les décisions qui portent effectivement sur l'interprétation de la clause de réserve dans les cas où il y a eu naissance d'un contrat A entre les parties sont plutôt généralement compatibles avec l'analyse exposée plus haut.

For example, a number of lower court decisions have held that an owner cannot rely on a privilege clause when it has not made express all the operative terms of the invitation to tender: see *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)* (1987), 28 C.L.R. 290 (B.C. Co. Ct.), aff'd (1989), 35 C.L.R. 241 (B.C.C.A.); *Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (Sask. Q.B.); *Fred Welsh Ltd. v. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400 (B.C.S.C.); *George Wimpey Canada Ltd. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 123 (Ont. H.C.); *Martselos Services Ltd.*, *supra*. Similarly, a privilege clause has been held not to allow bid shopping or procedures akin to bid shopping: see *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), and *Thompson Bros. (Const.) Ltd. v. Wetaskiwin (City)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 197 (Alta. Q.B.).

50 Ainsi, un certain nombre des décisions rendues par des tribunaux d'instance inférieure concluent que le propriétaire ne peut invoquer une clause de réserve lorsqu'il n'a pas énoncé expressément toutes les conditions essentielles de l'appel d'offres: voir *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Municipal District)* (1987), 28 C.L.R. 290 (C. cté C.-B.), conf. par (1989), 35 C.L.R. 241 (C.A.C.-B.); *Kencor Holdings Ltd. c. Saskatchewan*, [1991] 6 W.W.R. 717 (B.R. Sask.); *Fred Welsh Ltd. c. B.G.M. Construction Ltd.*, [1996] 10 W.W.R. 400 (C.S.C.-B.); *George Wimpey Canada Ltd. c. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 123 (H.C. Ont.); *Martselos Services Ltd.*, précité. De même, il a été décidé qu'une clause de réserve ne permet ni le marchandage de soumissions ni les procédés qui s'y apparentent: voir *Twin City Mechanical c. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (C. Ont. (Div. gén.)), et *Thompson Bros. (Const.) Ltd. c. Wetaskiwin (City)* (1997), 34 C.L.R. (2d) 197 (B.R. Alb.).

(c) *Testimony at Trial*

c) *Dépositions au procès*

Finally, I note that my conclusion regarding the intention of the parties supporting an obligation to accept only a compliant bid is supported by the trial testimony of the respondent's own witnesses. The aforementioned Mr. Enders answered the following questions of the appellant's counsel:

51 Je note enfin que ma conclusion quant à l'intention des parties, qui allait dans le sens d'une obligation de n'accepter que les soumissions conformes, trouve appui dans la déposition des témoins mêmes de l'intimée. M. Enders, susmentionné, a répondu de la façon suivante aux questions de l'avocat de l'appelante:

[TRADUCTION]

Q What I'm suggesting to you, sir, is that when Defence Construction Canada put out the tender package, there were no undisclosed terms that Defence Construction Canada was going to follow in awarding the tender that were not included in the tender package. In other words, the tender package was all inclusive?

Q Ce que je dis, Monsieur, c'est que, au moment où Construction de Défense Canada a communiqué son dossier d'appel d'offres, il n'y avait aucune condition non divulguée, que Construction de Défense Canada entendait suivre pour l'adjudication, qui n'était pas comprise dans le dossier d'appel d'offres. En d'autres termes, le dossier d'appel d'offres était exhaustif?

A That's correct.

R C'est exact.

Q And you would agree with me if I suggested to you that it would be improper to have undisclosed terms that the tenderers would not know about?

A That's correct.

. . .

Q My question quite simply is this, sir. If you, Defence Construction Canada, decided that the note on Sorochan's tender was a qualification, would you agree with me that Defence Construction would have rejected the Sorochan tender and not considered it?

A Had we concluded that it was a qualification, yes, and Sorochan would have continued to refuse to withdraw it, yes, we would have rejected it.

Therefore, at trial, the respondent's own witnesses revealed that it was always the respondent's intention to accept only compliant tenders, assessed in accordance with the terms disclosed in the tender package.

C. *Breach of Contract A*

52 Applying the foregoing analysis to the case at bar, I find that the respondent was under no contractual obligation to award the contract to the appellant, who the parties agree was the lowest compliant bid. However, this does not mean that Contract A was not breached.

53 Sorochan was only the lowest bidder because it failed to accept, and incorporate into its bid, the risk of knowing how much of Type 2, Type 3 and Type 4 fill would be required. As the Court of Appeal outlined, this risk was assigned to the contractor. Therefore Sorochan's bid was based upon different specifications. Indeed, it is conceded that the Sorochan bid was non-compliant. Therefore, in awarding the contract to Sorochan, the respondent breached its obligation to the appellant and the other tenderers that it would accept only a compliant tender.

54 The respondent's argument of good faith in considering the Sorochan bid to be compliant is no

Q Et vous conviendrez avec moi qu'il serait inéquitable de maintenir des conditions non divulguées à l'insu des soumissionnaires?

R C'est exact.

. . .

Q Ma question est tout simplement la suivante, Monsieur. Si vous, Construction de Défense Canada, aviez conclu que la note jointe à la soumission de Sorochan était une modification, reconnaîtriez-vous avec moi que Construction de Défense Canada aurait rejeté la soumission de Sorochan sans la prendre en considération?

R Si nous avions conclu qu'il s'agissait d'une modification, oui, et si Sorochan avait continué à refuser de la retirer, oui, nous l'aurions rejetée.

Donc, au procès, les propres témoins de l'intimée ont révélé que l'intention de l'intimée avait toujours été de n'accepter que les soumissions conformes, évaluées selon les conditions énoncées dans le dossier d'appel d'offres.

C. *Rupture du contrat A*

Lorsque j'applique l'analyse qui précède à la présente espèce, je conclus que l'intimée n'était aucunement soumise à l'obligation contractuelle d'attribuer le contrat à l'appelante, que toutes les parties reconnaissent comme l'auteur de la soumission conforme la plus basse. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas eu rupture du contrat A.

Sorochan n'était le soumissionnaire le plus bas que parce qu'elle avait omis d'accepter et d'intégrer dans sa soumission le risque relatif à la quantité de matériaux de types 2, 3 et 4 qui serait nécessaire. Comme la Cour d'appel l'a souligné, ce risque incombait à l'entrepreneur. Par conséquent, la soumission de Sorochan était fondée sur un devis descriptif différent. En effet, l'on a concédé que la soumission de Sorochan n'était pas conforme. Par conséquent, en attribuant le contrat à Sorochan, l'intimée a manqué à l'obligation à laquelle elle était tenue, envers l'appelante et les autres soumissionnaires, de n'accepter que des soumissions conformes.

L'intimée allègue qu'elle était de bonne foi lorsqu'elle a considéré la soumission de Sorochan

defence to a claim for breach of contract: it amounts to an argument that, because it thought it had interpreted the contract properly, it cannot be in breach. Acting in good faith or thinking that one has interpreted the contract correctly are not valid defences to an action for breach of contract.

comme conforme, mais ce n'est pas une défense dans une action pour rupture de contrat: cela revient à dire que parce qu'elle a pensé qu'elle avait interprété correctement le contrat, elle ne peut commettre de manquement. Le fait d'agir de bonne foi ou le fait de penser avoir interprété correctement le contrat ne constituent pas des moyens de défense valables dans une action pour rupture de contrat.

D. *Damages*

D. *Dommages-intérêts*

Given that Contract A was breached, the next question for the Court to determine is the question of damages. The general measure of damages for breach of contract is, of course, expectation damages. In the present appeal, we know that the respondent intended to award Contract B, as it in fact awarded this contract, albeit improperly, to Sorochan. Therefore, there is no uncertainty as to whether the respondent would have exercised its discretion not to award Contract B. Moreover, the award of the contract to Sorochan was made on the basis that it was the lowest bid. The question is whether the appellant can claim that, had Contract B not been awarded to Sorochan, it would have been awarded to the appellant for submitting the lowest valid bid.

55 Comme il y a eu rupture du contrat A, la Cour doit maintenant se pencher sur la question des dommages-intérêts. La base d'évaluation des dommages-intérêts pour rupture de contrat est généralement le profit espéré. Dans le présent pourvoi, nous savons que l'intimée avait l'intention d'attribuer le contrat B, ce qu'elle a d'ailleurs fait, bien qu'irrégulièrement, à Sorochan. Il n'existe donc aucune incertitude quant à la question de savoir si l'intimée aurait exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas attribuer le contrat B. De plus, l'attribution du contrat à Sorochan était fondée sur le fait qu'il s'agissait de la soumission la plus basse. Il reste à savoir si l'appelante peut à bon droit prétendre que, n'eût été de l'attribution du contrat B à Sorochan, ce contrat lui aurait été attribué parce qu'elle a présenté la deuxième soumission la plus basse.

In my opinion, on a balance of probabilities, the record supports the appellant's contention that, as a matter of fact, it would have been awarded Contract B had the Sorochan bid been disqualified. The testimony of Mr. Enders on this point at Discovery on April 1, 1992 is as follows:

56 À mon avis, selon la prépondérance des probabilités, le dossier appuie la prétention de l'appelante selon laquelle elle aurait obtenu le contrat B si la soumission de Sorochan avait été éliminée. Le témoignage de M. Enders sur ce point lors de l'interrogatoire préalable du 1er avril 1992 est le suivant:

[TRADUCTION]

Q Would you agree with me, sir, that if you had arrived at the conclusion that the Sorochan Enterprises Limited tender, in fact, contained a qualification, would you agree with me that you would have ruled that tender as invalid?

Q Convenez-vous avec moi, Monsieur, que si vous étiez arrivé à la conclusion que la soumission de Sorochan Enterprises Limited comprenait en fait une modification, convenez-vous avec moi que vous auriez jugé cette soumission invalide?

A Had we determine that —

R Si nous avions conclu que —

Q The note was a qualification.

Q La note était une modification.

A Yes. I think we would have disqualified them.

R Oui. Je pense que nous les aurions éliminés.

Q And by disqualify, that means that you disregard the tender and don't consider it in the deliberations as to who would receive the contract?

A That's correct.

Q And you then would have awarded the contract to the next lowest tenderer?

A Subject to verification.

Q And by this time and by verification, you are talking about who their site superintendent would be and whether their experience record was acceptable.

A I think in the case of M.J.B., that is right, because they are known to us, I think, so that the verification — but I would have had to look to see whether their trades named in the tender form bid through the bid depository.

Q I take [*sic*] you never came to the conclusion that there was anything wrong with the M.J.B. tender, other than the price wasn't the lowest?

A I — until I had finished dealing with Sorochan, I didn't think about the M.J.B. tender at all. I — our approach is we deal with the low bidder, if we award, we award. If we don't, we disqualify or whatever action needs to be taken before proceeding to deal with the second bidder.

Q I take it in preparation for this examination for discovery you have had a fair opportunity to review all the documentation regarding this project, especially the tender matters. Is that a fair statement?

A Yeah. That's right.

Q And has anything come to your attention to date, today, that the M.J.B. tender was improper or qualified or invalid?

A No.

Q And I take it that you had, in July of 1991, come to the conclusion that M.J.B. had worked for Defence Construction Canada before, so you were not concerned that they weren't a qualified contractor — by "qualified," I mean a contractor qualified to do the work?

A I understand what you are saying.

Q Et par éliminer, vous voulez dire ne pas tenir compte de la soumission et ne pas l'examiner dans les délibérations destinées à établir qui recevrait le contrat?

R C'est exact.

Q Et vous auriez ensuite attribué le contrat au deuxième soumissionnaire le plus bas?

R Sous réserve de vérification.

Q Et à cette étape, lorsque vous parlez de vérification, vous parlez de la personne qu'ils ont nommée comme directeur des travaux et du caractère acceptable de leur dossier en ce qui concerne l'expérience.

R Je pense que dans le cas de M.J.B., c'est juste, parce que nous les connaissions déjà, je pense, de sorte que la vérification — mais il m'aurait fallu vérifier si les gens de métier sous-traitants qui sont nommés dans la soumission ont soumissionné par l'intermédiaire du système de soumissions.

Q Si je comprends bien, vous n'êtes jamais arrivé à la conclusion que quelque chose n'allait pas dans la soumission de M.J.B. si ce n'est que le prix n'était pas le plus bas?

R Je — tant que je n'en avais pas fini avec Sorochan, je n'ai pas pensé du tout à la soumission de M.J.B. Je — notre méthode consiste à examiner la soumission la plus basse, si nous attribuons, nous attribuons. Si nous ne le faisons pas, nous éliminons la soumission ou nous prenons toute mesure appropriée avant de commencer à examiner la deuxième soumission.

Q Je suppose que lors de la préparation du présent interrogatoire préalable, vous avez eu amplement l'occasion de passer en revue toute la documentation relative à ce projet, tout spécialement en ce qui a trait à la question des soumissions. Est-ce le cas?

R Oui. C'est juste.

Q Et êtes-vous tombé sur quelque chose à ce jour, jusqu'à aujourd'hui, qui indique que la soumission de M.J.B. était non conforme, comportait une modification ou était invalide?

R Non.

Q Et je comprends qu'en juillet 1991, vous êtes arrivé à la conclusion que M.J.B. avait déjà fait des travaux pour Construction de Défense Canada, de sorte que vous ne vous demandiez pas s'il s'agissait d'un entrepreneur qualifié — par «qualifié» j'entends un entrepreneur qualifié pour exécuter les travaux?

R Je comprends ce que vous voulez dire.

Q But you would agree with me they were qualified to do the work?

A Yes, sir.

Even if the evidence supports that, on a balance of probabilities, Contract B would have been awarded to the appellant, it still must be determined whether the loss of Contract B, although caused by the breach of Contract A, is nonetheless too remote. The classical test regarding the remoteness of damages is that provided in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, at p. 151, *per* Alderson B.:

Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.

In this case, the respondent may be taken to know that if it decided to award Contract B and awarded it to a non-compliant bid, then one of the tenderers who submitted a compliant bid would suffer the loss of Contract B. In this context, it is sufficient that the respondent knew that this tenderer could be the appellant.

This finding is consistent with the decision of *Cornwall Gravel Co. Ltd. v. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267 (Ont. H.C.), aff'd (1979), 115 D.L.R. (3d) 511 (Ont. C.A.), and [1980] 2 S.C.R. 118. In that decision, Cornwall Gravel was awarded damages for breach of contract against Purolator owing to the late delivery of a tender prepared by the plaintiff. It was admitted that had the tender been delivered in time, Cornwall Gravel would have been awarded a contract for which it would have realized a profit of $70,000. R. E. Holland J. held at p. 274 that since Purolator knew that it was delivering a tender which had to be delivered by a particular time, it "must have realized that if delivered late the tender would be worthless and a contract could well be

Q Mais vous conviendrez avec moi qu'ils étaient qualifiés pour exécuter les travaux?

R Oui, Monsieur.

57 Même si la preuve établit, selon la prépondérance des probabilités, que le contrat B aurait été attribué à l'appelante, il faut encore déterminer si la perte du contrat B, même si elle a été causée par la rupture du contrat A, ne demeure pas malgré tout trop indirecte. Le critère classique pour apprécier le caractère indirect des dommages est celui qui a été énoncé par le baron Alderson dans la décision *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, à la p. 151:

[TRADUCTION] Lorsque deux parties ont passé un contrat que l'une d'elles a rompu, les dommages doivent être envisagés comme étant ceux qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme ceux découlant naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de cette rupture du contrat, soit comme ceux que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, lors de la passation du contrat, comme conséquence probable de sa rupture.

58 Dans la présente affaire, l'on peut supposer que l'intimée savait que si elle décidait d'attribuer le contrat B et qu'elle l'accordait à l'auteur d'une soumission non conforme, l'un des soumissionnaires ayant présenté une soumission conforme subirait la perte du contrat B. Dans ce contexte, il suffit que l'intimée ait su que ce soumissionnaire pouvait être l'appelante.

59 Cette conclusion est compatible avec la décision *Cornwall Gravel Co. Ltd. c. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267 (H.C. Ont.), conf. par (1979), 115 D.L.R. (3d) 511 (C.A. Ont.), et [1980] 2 R.C.S. 118. Dans cette décision, Cornwall Gravel a obtenu des dommages-intérêts pour rupture de contrat par Purolator en raison de la livraison tardive d'une soumission préparée par la demanderesse. L'on avait admis que si la soumission avait été livrée à temps, Cornwall Gravel aurait obtenu un contrat qui lui aurait permis de réaliser un profit de 70 000 $. Le juge R. E. Holland a statué à la p. 274 que puisque Purolator savait qu'elle avait pour mission de livrer une soumission qui devait parvenir à destination dans un délai précis, elle [TRADUCTION]

lost" (emphasis added). The lost profits on the contract therefore fell within the rule laid out in *Hadley v. Baxendale*. Appeal to this Court was dismissed from the bench, with Laskin C.J. stating at p. 118 that "[w]e are not persuaded that there was any error in the disposition made by the Courts below". If the lost profits were reasonably foreseeable to the courier delivering the tender, then I believe that lost profits must be found to be reasonably foreseeable in the present instance.

60 The appellant is therefore entitled to damages in the amount of the profits it would have realized had it been awarded Contract B. Subject to the determination of liability, the parties have agreed to damages in the amount of $398,121.27, with two further amounts in dispute. The first issue in dispute is whether the appellant is entitled to $21,600.00 for the cost of a supervisor and the second issue is whether the appellant is entitled to $229,456.89, being the amount of money that the appellant states that it included in its tender to purchase Type 2 backfill that, had it been awarded the construction contract, it would not have been required by the engineer to purchase and place. The respondent submits that the entire issue of damages should be referred back to the Court of Queen's Bench of Alberta for assessment.

61 I would enforce the agreement of the parties and remit only the two issues in dispute to trial for assessment. In coming to this conclusion, I agree with the following statement by Major J.A., then of the Alberta Court of Appeal, in *Riggins v. Alberta (Workers' Compensation Board)* (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66, at p. 77:

> It is regrettable when agreements between counsel made to a trial judge later become clouded. The trial

«devait se rendre compte que si elle était livrée en retard, la soumission serait sans valeur et qu'il se pourrait bien qu'il y ait perte d'un contrat» (je souligne). Le manque à gagner relatif au contrat était par conséquent visé par la règle énoncée dans l'affaire *Hadley c. Baxendale*. Le pourvoi devant notre Cour a été rejeté à l'audience, au motif suivant, prononcé par le juge en chef Laskin: «[n]ous ne sommes pas persuadés qu'il y a eu une erreur dans la décision prise par les cours d'instance inférieure» (p. 118). Si le manque à gagner était raisonnablement prévisible pour la messagerie chargée de livrer la soumission, je pense qu'il faut conclure que le manque à gagner était raisonnablement prévisible dans la présente espèce.

L'appelante a par conséquent droit à des dommages-intérêts correspondant au montant des profits qu'elle aurait réalisés si elle avait obtenu le contrat B. Sous réserve d'une déclaration de responsabilité, les parties se sont entendues sur la somme de 398 121,27 $ au titre des dommages-intérêts, laissant deux montants en litige. Il s'agit de savoir, en ce qui a trait au premier point litigieux, si l'appelante a droit à la somme de 21 600 $ pour le coût d'un directeur des travaux et, en ce qui a trait au deuxième point litigieux, si l'appelante a droit à la somme de 229 456,89 $, soit la somme qu'elle prétend avoir incluse dans sa soumission pour l'achat de matériaux de type 2 qu'elle n'aurait pas été obligée d'acheter et d'utiliser à la demande de l'ingénieur si elle avait obtenu le contrat de construction. L'intimée prétend que toute la question des dommages-intérêts devrait être renvoyée à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour évaluation.

Je suis d'avis de confirmer l'entente entre les parties et de renvoyer uniquement les deux points en litige pour évaluation devant la cour de première instance. Pour tirer cette conclusion, je fais mienne la remarque suivante faite par le juge Major, alors juge de la Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *Riggins c. Alberta (Workers' Compensation Board)* (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66, à la p. 77:

> [TRADUCTION] Il est regrettable que les ententes conclues entre avocats devant le juge de première instance

judge is entitled to rely on these agreements; such agreements are common and assist the trial process. Counsel's understandings and agreements ought not to be given lightly because they are binding.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, set aside the order of Rowbotham J. at trial, and substitute judgment for the appellant in the amount of $398,121.27. The appellant shall have its costs here and in the courts below. The matter of the two remaining issues in dispute regarding damages, described above, is remanded to the Court of Queen's Bench of Alberta for determination.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: W. Donald Goodfellow, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice Canada, Edmonton.

s'obscurcissent par la suite. Le juge de première instance a le droit de se fonder sur de telles ententes. Elles sont courantes et aident le processus judiciaire. Les engagements et les ententes des avocats ne devraient pas être souscrits à la légère car ils ont force obligatoire.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel ainsi que l'ordonnance du juge Rowbotham au procès et d'y substituer jugement en faveur de l'appelante pour la somme de 398 121,27 $. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours. La question des deux derniers points litigieux relatifs aux dommages-intérêts est renvoyée devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour qu'elle la tranche. 62

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: W. Donald Goodfellow, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice Canada, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Isaac Monney *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* MONNEY

File No.: 26404.

1998: December 4; 1999: April 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Customs and excise — Powers of officers — Search of the person — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether actions of officers authorized by Customs Act — Whether phrase "secreted on or about his person" covers contraband traveller has ingested — Whether detention of accused in "drug loo facility" within scope of permissible activities — Whether customs officers suspected on reasonable grounds that accused had narcotics secreted on or about his person — Whether search conducted within reasonable time after accused's arrival in Canada — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether accused's right to be secure against unreasonable search or seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

Constitutional law — Charter of Rights — Life and security of the person — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether detention of traveller who is believed to have swallowed narcotics must be conducted under medical supervision — Whether accused's right to life and security of the person infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Isaac Monney *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MONNEY

N° du greffe: 26404.

1998: 4 décembre; 1999: 23 avril.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Douanes et accise — Pouvoirs des agents — Fouille de la personne — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — Les actes des agents étaient-ils autorisés par la Loi sur les douanes? — L'expression «dissimuler sur elle ou près d'elle» vise-t-elle la contrebande ingérée par les voyageurs? — La détention de l'accusé dans la «salle d'évacuation des drogues» était-elle un acte autorisé? — Les agents des douanes avaient-ils des motifs raisonnables de soupçonner que l'accusé avait de la contrebande dissimulée sur lui ou près de lui — La fouille a-t-elle été effectuée dans un délai justifiable suivant l'arrivée de l'accusé au Canada? — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie et sécurité de la personne — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — La détention d'un voyageur soupçonné d'avoir avalé des stupéfiants doit-elle avoir lieu sous surveillance médicale? — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé à la vie et à la sécurité de sa personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

Prior to his arrival at Toronto airport, M had ingested 84 pellets, each containing approximately five grams of heroin. The customs inspector became suspicious about certain details of M's travel arrangements. M had paid by cheque for an airline ticket issued on the date of departure, indicating that the ticket was purchased in haste. M stated that he was employed as a taxi driver, and that he had been out of the country visiting a sick cousin in Switzerland. Also suspicious to the inspector was the fact that M's passport showed his place of birth as Ghana, given the inspector's informal knowledge of Switzerland as a "transit routing" country for narcotics and Ghana as a source country. M initially denied having travelled to Ghana, but later admitted that he had indeed gone there to visit his mother. The inspector decided he had sufficient grounds to detain M as a suspected drug courier, and informed him of his right to counsel. Officers from a special customs unit arrived some two hours later; they placed M under detention, informed him of his right to counsel, and took him to the "drug loo facility". When M refused to consent to a urine test, he was informed that he would remain in detention until either a negative urine test or clear bowel movement satisfied the officers that he had not ingested narcotics. Following a telephone conversation with his lawyer, M provided a urine sample, which confirmed the presence of heroin. M was arrested and confessed to ingesting the heroin pellets. Following a second telephone call to his lawyer, he began to excrete the pellets. None of the various customs officers who dealt with M was aware of the written protocol contained in the enforcement manual which provides that travellers suspected of ingesting narcotics are to be detained in the presence of qualified medical personnel. Instead, the officers followed the conflicting port policy whereby a detained traveller is not taken to a medical facility unless the traveller makes such a request or appears to be in physical distress. M had been asked whether he was feeling all right, as one of the officers became concerned that his apparent fatigue might have been an indication of heroin intoxication. He responded that he felt fine, and was instructed to tell the officers if he felt any stomach pains so that they could call a doctor. M was convicted of importing narcotics. The Court of Appeal, in a majority decision, held that his rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been infringed, and that the evidence concerning the narcotics should be excluded pursuant to s. 24(2)

Avant son arrivée à l'aéroport de Toronto, M avait ingéré 84 boulettes contenant chacune environ cinq grammes d'héroïne. Certains aspects des dispositions de voyage prises par M ont éveillé les soupçons de l'inspecteur des douanes. M avait payé par chèque un billet d'avion émis le jour du départ, indication que le billet avait été acheté à la hâte. M a dit qu'il était chauffeur de taxi et qu'il s'était rendu à l'étranger pour visiter un cousin malade en Suisse. Le fait que le passeport de M indiquait le Ghana comme lieu de naissance a également attiré l'attention de l'inspecteur, qui savait, de façon empirique, que la Suisse servait de pays «de transit» pour les stupéfiants et que le Ghana était un pays source. M, qui avait d'abord nié être allé au Ghana, a par la suite avoué s'y être rendu pour visiter sa mère. L'inspecteur a décidé qu'il avait des motifs suffisants pour détenir M parce qu'il le soupçonnait d'être un passeur de drogue, et il l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Des agents d'un service spécial des douanes sont arrivés sur les lieux environ deux heures plus tard. Ils ont mis M en détention, l'ont informé de son droit à l'assistance d'un avocat et l'ont conduit à la «salle d'évacuation des drogues». Lorsqu'il a refusé de consentir à une analyse d'urine, M a été informé par les agents qu'il serait détenu tant qu'une analyse d'urine négative ou que des selles claires ne les auraient pas convaincus qu'il n'avait pas ingéré de stupéfiants. À la suite d'une conversation téléphonique avec son avocat, M a fourni un échantillon d'urine qui a confirmé la présence d'héroïne. M a été arrêté et a avoué avoir ingéré des boulettes d'héroïne. À la suite d'un deuxième appel téléphonique à son avocat, il a commencé à excréter les boulettes. Aucun des divers agents des douanes qui ont été en contact avec M ne connaissait le protocole écrit qui figure dans le manuel d'exécution et qui précise que les voyageurs soupçonnés d'avoir ingéré des stupéfiants doivent être détenus en présence de personnel médical qualifié. Les agents ont plutôt suivi la politique contradictoire appliquée à leur point d'entrée et selon laquelle les voyageurs détenus ne sont emmenés à un établissement médical que s'ils en font la demande ou s'ils paraissent être en proie à des souffrances physiques. On a demandé à M s'il se sentait bien, car l'un des agents craignait que sa fatigue apparente soit un indice d'intoxication à l'héroïne. Il a répondu qu'il se sentait bien. On l'a averti de signaler aux agents toute douleur à l'estomac afin qu'ils puissent appeler un médecin. M a été déclaré coupable d'importation de stupéfiants. La Cour d'appel à la majorité a conclu qu'on avait porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la preuve relative aux stupéfiants devait être écartée conformément au

of the *Charter*. It allowed his appeal and entered an acquittal.

Held: The appeal should be allowed and the conviction restored.

Under s. 98 of the *Customs Act*, a customs officer may search a traveller provided the officer suspects on reasonable grounds that contraband has been "secreted on or about his person" and that the search occurs "within a reasonable time" of the traveller's arrival in Canada. The phrase "secreted on or about his person" authorizes customs officers to search for prohibited material not only on or about the surface of the traveller's body, but also secreted or concealed within the traveller's body. The actions of the customs officers in detaining M in a "drug loo facility" and conducting a "bedpan vigil" amounted to a search within the second of the three categories of border searches established in *Simmons* and were reasonable for the purposes of s. 8 of the *Charter*. A passive "bedpan vigil" is not as invasive as a body cavity search or medical procedures such as the administration of emetics. While the compelled production of a urine sample or a bowel movement is an embarrassing process, it does not interfere with a person's bodily integrity, either in terms of an interference with the "outward manifestation" of an individual's identity or in relation to the intentional application of force. Subjecting travellers crossing the Canadian border to potential embarrassment is the price to be paid in order to achieve the necessary balance between an individual's privacy interest and the compelling countervailing state interest in protecting the integrity of Canada's borders from the flow of dangerous contraband materials.

Having determined that the search conducted by the customs officers was constitutionally permissible pursuant to s. 98 of the *Customs Act* on the basis of reasonable grounds to suspect, which can be viewed as a lesser but included standard in the threshold of reasonable and probable grounds to believe, there is no reason to interfere with the implicit factual finding at trial, confirmed on appeal, that the customs officer had at the very least reasonable grounds to suspect that M had ingested narcotics. A traveller's inability to maintain consistency when responding to questions regarding his or her travel itinerary, particularly in circumstances where the itinerary is relatively uncomplicated, leads to an entirely reasonable inference that the traveller is attempting at the

par. 24(2) de la *Charte*. Elle a accueilli son appel et inscrit un acquittement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

L'article 98 de la *Loi sur les douanes* habilite les agents des douanes à fouiller un voyageur s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner cette personne de «dissimuler sur elle ou près d'elle» de la contrebande, et que la fouille a lieu «dans un délai justifiable» suivant l'arrivée de ce voyageur au Canada. L'expression «sur elle ou près d'elle» autorise les agents des douanes à effectuer des fouilles en vue de repérer les marchandises prohibées non seulement à la surface du corps du voyageur ou près de celle-ci, mais aussi à l'intérieur du corps de ce dernier. Le fait que les agents des douanes aient détenu l'intimé dans une «salle d'évacuation des drogues» et effectué une «veille au haricot» équivalait à une fouille relevant de la deuxième des trois catégories de fouilles à la frontière établies dans l'arrêt *Simmons*, et leurs actes n'étaient pas abusifs au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Une «veille au haricot» passive n'a pas un caractère aussi envahissant que la fouille des orifices corporels ou que des actes médicaux telle l'administration d'émétiques. Bien que le fait de contraindre un individu à produire un échantillon d'urine ou à déféquer constitue une procédure embarrassante, une telle mesure ne porte pas atteinte à l'intégrité physique de cet individu, soit comme atteinte à la «manifestation extérieure» de son identité, soit comme application intentionnelle de la force. Soumettre les voyageurs traversant la frontière canadienne à des situations potentiellement embarrassantes est le prix à payer pour établir l'équilibre nécessaire entre le droit d'une personne au respect de sa vie privée et le droit opposé et impérieux qu'a l'État de protéger l'intégrité des frontières canadiennes contre l'introduction de marchandises de contrebande dangereuses.

Comme il a été jugé que la fouille effectuée par les agents des douanes était constitutionnellement valide et autorisée par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes* en raison de l'existence de motifs raisonnables de soupçonner, norme qui peut être considérée comme une norme moins exigeante que celle fondée sur l'existence de motifs raisonnables et probables de croire mais incluse dans celle-ci, il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de fait tirée implicitement au procès, puis confirmée en appel, que l'inspecteur des douanes avait à tout le moins des motifs raisonnables de soupçonner que M avait ingéré des stupéfiants. L'incapacité d'un voyageur à maintenir la cohérence de sa version lorsqu'il répond à des questions sur son itinéraire, surtout lorsque cet itiné-

very least to mislead the customs officer. When M's admission to having visited Ghana is considered in light of the cumulative effect of the factors considered by the inspector, particularly in light of the inspector's view that M had visited both a "transit routing" and a "source" country for narcotics, his assessment that he had reasonable grounds to suspect that M was attempting to smuggle ingested narcotics into Canada is unassailable.

An assessment of whether the customs officers conducted the search within a reasonable time after M's arrival in Canada must take into account not only any delay in the search process, but also the inherent time requirements of the particular search technique. Based on the evidence at trial, a delay of 30 minutes from the time a person is detained until the search begins is reasonable. While in this case the special unit officers did not arrive until nearly two hours after M was detained, this delay cannot be examined in isolation. Given the fact that a passive "bedpan vigil" is an inherently time-consuming process, the delayed response is not sufficient to establish that the search of M was not conducted "within a reasonable time after his arrival in Canada" as required by s. 98(1) of the *Customs Act*.

With respect to whether the detention of M should have been conducted under medical supervision, the constitutional guarantee of security of the person contained in s. 7 of the *Charter* should not be extended to include an obligation by the state to provide medical supervision in response to the risk to M's health, which in these circumstances was self-induced, even though M himself refused the offer of medical attention. While it might have been preferable for the customs officers to have followed the official customs policy, they took reasonable steps to ensure M's physical safety by monitoring his condition and specifically offering him access to medical care.

Cases Cited

Applied: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; **distinguished:** *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R.

raire est relativement simple, mène à l'inférence parfaitement raisonnable que, à tout le moins, ce voyageur tente de tromper l'agent des douanes. Lorsque l'admission de M qu'il s'était rendu au Ghana est considérée à la lumière de l'effet cumulatif des divers facteurs pris en compte par l'inspecteur, en particulier à la lumière de l'opinion de ce dernier que M s'était rendu et dans un pays «source» de stupéfiants et dans un pays «de transit», la décision de l'inspecteur qu'il avait des motifs raisonnables de croire que M tentait d'introduire clandestinement au Canada des stupéfiants qu'il avait ingérés est inattaquable.

Pour répondre à la question de savoir si les agents des douanes ont fouillé M dans un délai justifiable après son arrivée au Canada, il faut tenir compte non seulement du temps mis avant de procéder à la fouille, mais également des délais inhérents à la méthode de fouille utilisée. Suivant la preuve présentée au procès, un délai de 30 minutes entre le moment où la personne est mise en détention et le début de la fouille est raisonnable. Bien que, en l'espèce, les agents d'exécution de douanes ne soient arrivés sur les lieux que près de deux heures après la mise en détention de M, cette attente ne peut être examinée isolément. Compte tenu du fait qu'une «veille au haricot» passive est une méthode qui, intrinsèquement, demande du temps, le retard à intervenir ne suffit pas à établir que M n'a pas été fouillé «dans un délai justifiable suivant son arrivée [au Canada]» comme l'exige le par. 98(1) de la *Loi sur les douanes*.

Relativement à la question de savoir si M aurait dû être détenu sous surveillance médicale, la protection constitutionnelle de la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 de la *Charte* n'avait pas pour effet d'obliger l'État à mettre M sous surveillance médicale en raison des risques qu'il avait lui-même créés pour sa santé, et ce malgré le fait qu'il avait lui-même refusé les soins médicaux qu'on lui offrait. Bien qu'il eût été préférable que les agents des douanes suivent la politique officielle des douanes, ils ont pris des mesures raisonnables pour veiller à la sécurité de M en surveillant son état et en lui offrant expressément l'accès à des soins médicaux.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés:** *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Hunter c.*

145; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 9, 24(2).
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.
Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98(1), (2), (3).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31(2).
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 5(1).

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 1995, "secrete".
Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1996, "dissimuler".

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 105 O.A.C. 1, 153 D.L.R. (4th) 617, 120 C.C.C. (3d) 97, 12 C.R. (5th) 1, [1997] O.J. No. 4806 (QL), allowing the accused's appeal from a decision of the Ontario Court (General Division), [1994] O.J. No. 1429 (QL), convicting him of importing narcotics. Appeal allowed and conviction restored.

James W. Leising and *Thomas Beveridge*, for the appellant.

Russell S. Silverstein and *David M. Tanovich*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 IACOBUCCI J. — This appeal deals with the authority of customs officers to detain and search travellers suspected of having swallowed narcotics. More specifically, the Crown appeals the decision of the Ontario Court of Appeal overturning the conviction of the respondent for importing narcot-

Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 9, 24(2).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(2).
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98(1), (2), (3).
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40, art. 143, 144.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 5(1).

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 1995, «secrete».
Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1996, «dissimuler».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 105 O.A.C. 1, 153 D.L.R. (4th) 617, 120 C.C.C. (3d) 97, 12 C.R. (5th) 1, [1997] O.J. No. 4806 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1994] O.J. No. 1429 (QL), qui l'avait reconnu coupable d'importation de stupéfiants. Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité rétablie.

James W. Leising et *Thomas Beveridge*, pour l'appelante.

Russell S. Silverstein et *David M. Tanovich*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur le pouvoir des agents des douanes de détenir et de fouiller les voyageurs soupçonnés d'avoir avalé des stupéfiants. Plus précisément, le ministère public interjette appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario qui a annulé la déclaration de

ics contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. There is no dispute that the respondent attempted to smuggle a significant quantity of heroin into Canada by swallowing 84 pellets containing the narcotic prior to his arrival from Switzerland. The respondent was convicted at trial but successfully argued on appeal that his rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been infringed, and that the evidence concerning the narcotics should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

culpabilité prononcée contre l'intimé à l'égard de l'accusation d'avoir importé des stupéfiants, contrevenant ainsi au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Il n'est pas contesté que l'intimé a tenté d'introduire une quantité considérable d'héroïne au Canada en avalant 84 boulettes contenant ce stupéfiant avant son arrivée de la Suisse. L'intimé, qui a été déclaré coupable au terme de son procès, a plaidé avec succès en Cour d'appel qu'on avait porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la preuve relative aux stupéfiants devait être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

I. Facts

The respondent arrived at Pearson International Airport on March 13, 1993 at approximately 4:00 p.m. Sometime prior to his arrival, the respondent had ingested 84 pellets, each containing approximately five grams of heroin that had been wrapped in condoms. When he presented himself to customs officials, the primary customs inspector marked his documentation with a code indicating "doubt" and subsequently referred him to a secondary customs area for further questioning. At the time of trial, the primary customs inspector could not recall the reason for the referral, but agreed that the marked code did not relate to smuggling narcotics.

The respondent arrived at the secondary customs counter at 4:30 p.m. where he was interviewed by Inspector Roberts. Having questioned the respondent and inspected his travel documents and luggage, Inspector Roberts became suspicious concerning certain details of the respondent's travel arrangements. The respondent had paid $688.00 by cheque for an airline ticket issued on the date of departure which indicated that the ticket was purchased in haste. The respondent stated that he was employed as a taxi driver, and that he had been out of the country visiting a sick cousin in Switzerland. Inspector Roberts thought it was suspicious that a person in a relatively low-paying job would be able to afford to fly to Switzerland, let alone to do so simply to visit a distant relative. Also suspi-

I. Les faits

L'intimé est arrivé à l'aéroport international Pearson le 13 mars 1993 vers 16 h. À un certain moment avant son arrivée, il avait avalé 84 boulettes qui contenaient chacune environ cinq grammes d'héroïne et étaient enveloppées dans des condoms. Lorsque l'intimé s'est présenté aux fonctionnaires des douanes, le premier inspecteur des douanes a inscrit sur un document un code indiquant l'existence d'un «doute» et l'a ensuite dirigé vers la zone douanière secondaire pour interrogatoire plus approfondi. Au procès, le premier inspecteur des douanes ne se rappelait pas pourquoi il avait dirigé le voyageur à cet endroit, mais il a reconnu que le code qu'il avait inscrit ne concernait pas la contrebande de stupéfiants. 2

L'intimé est arrivé vers 16 h 30 au guichet secondaire des douanes, où il a été interrogé par l'inspecteur Roberts. Après avoir interrogé l'intimé et inspecté ses titres de voyage et ses bagages, certains aspects des dispositions de voyage prises par l'intimé ont éveillé les soupçons de l'inspecteur Roberts. Ce dernier avait payé 688 $ par chèque pour un billet d'avion émis le jour du départ, indication que le billet avait été acheté à la hâte. L'intimé a dit qu'il était chauffeur de taxi et qu'il s'était rendu à l'étranger pour visiter un cousin malade en Suisse. L'inspecteur Roberts a trouvé curieux qu'une personne ayant un emploi à revenus relativement modestes puisse se permettre de prendre l'avion pour la Suisse, particulièrement dans le seul but de visiter un parent éloigné. Le fait 3

cious to Inspector Roberts was the fact that the respondent's passport showed his place of birth as Ghana, given Inspector Roberts' informal knowledge of Switzerland as a "transit routing" country for narcotics and Ghana as a source country. He asked the respondent if he had been to Ghana during his period of travel outside of the country and the respondent replied that he had not.

que le passeport de l'intimé indiquait le Ghana comme lieu de naissance a également attiré l'attention de l'inspecteur Roberts qui savait, de façon empirique, que la Suisse servait de pays «de transit» pour les stupéfiants et que le Ghana était un pays source. Il a demandé à l'intimé s'il s'était rendu au Ghana pendant son séjour à l'extérieur du Canada et ce dernier a répondu par la négative.

4 Inspector Roberts also testified that other aspects of the respondent's behaviour aroused his suspicions. The respondent appeared nervous during the interview, had not declared a bottle of alcohol in his possession, and had no checked baggage, although Inspector Roberts did admit that the last two factors alone do not raise a reasonable suspicion that a traveller is a drug courier. At this point, Inspector Roberts asked the respondent if he had a criminal record, and the respondent replied that he did not. Inspector Roberts subsequently obtained permission from his superior officer to conduct a computer check on the respondent, the results of which disclosed that the respondent had been charged with incest but had not as yet been tried. When Inspector Roberts returned to continue questioning the respondent, the respondent volunteered that he had been charged with assault, and also admitted that he had been to Ghana to visit his mother, despite his earlier denial of having been there.

L'inspecteur Roberts a également témoigné que d'autres aspects du comportement de l'intimé avaient éveillé ses soupçons. L'intimé paraissait nerveux pendant l'interrogatoire, il n'avait pas déclaré une bouteille d'alcool en sa possession et il n'avait pas de bagages enregistrés; l'inspecteur Roberts a toutefois admis qu'à eux seuls ces deux derniers facteurs ne font pas naître de soupçons raisonnables qu'un voyageur est un passeur de drogue. À ce moment-là, l'inspecteur Roberts a demandé à l'intimé s'il avait des antécédents judiciaires et ce dernier a répondu par la négative. L'inspecteur Roberts a ensuite obtenu de son supérieur la permission d'effectuer une vérification informatique au sujet de l'intimé, laquelle a révélé que ce dernier avait été accusé d'inceste, mais qu'il n'avait pas encore subi son procès. Lorsque l'inspecteur Roberts est revenu afin de poursuivre l'interrogatoire, l'intimé a dit spontanément qu'il avait été accusé de voies de fait et il a aussi déclaré qu'il était allé au Ghana pour visiter sa mère, malgré le fait qu'il avait nié plus tôt s'être rendu dans ce pays.

5 It was at this point that Inspector Roberts decided he had sufficient grounds to detain the respondent as a suspected drug courier, and informed him of his right to counsel. Having first obtained permission from his superior officer, Inspector Roberts then contacted Interdiction and Intelligence, a unit of Canada Customs experienced in dealing with narcotics smuggling. Although customs officers from the Interdiction and Intelligence unit are normally expected to respond to a call for assistance as soon as possible, in this instance the officers did not arrive until approximately two hours later. In the interim, the

C'est à ce moment que l'inspecteur Roberts a décidé qu'il avait des motifs suffisants pour détenir l'intimé parce qu'il le soupçonnait d'être un passeur de drogue, et il l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Après avoir obtenu au préalable l'autorisation de son supérieur, l'inspecteur Roberts a communiqué avec la Division du renseignement et de la répression de la contrebande, service de Douanes Canada spécialisé en matière de contrebande de stupéfiants. Bien que les agents des douanes appartenant à cette division doivent normalement répondre aux demandes d'assistance le plus rapidement possible, dans le présent cas, ils ne

respondent was detained in the secondary customs area.

At 6:24 p.m., Customs Enforcement Officers Martin and Carrillo of Interdiction and Intelligence took custody of the respondent, placed him under detention, and informed him of his right to counsel. Officer Martin testified that he had formed the opinion that the respondent was a "good prospect as a drug swallower", and that he "suspected" that the respondent had swallowed drugs. He based this opinion not only on the same information relied upon by Inspector Roberts, but also on his suspicion that the respondent may have been using two passports, given that the passport he presented at Customs did not contain a stamp from Ghana although the respondent admitted to travelling to Ghana during his time out of the country.

Officers Martin and Carrillo then took the respondent to what is known as the "drug loo facility". The facility, which is used to process suspected drug swallowers, contains an apparatus similar to a toilet which permits customs officers to process faecal matter and isolate any narcotics and associated material which passes through a suspect's digestive system during the period of detention. The respondent was informed of his right under s. 98(2) of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), to be taken before the senior Customs officer for confirmation that reasonable grounds exist to suspect that a traveller has attempted to smuggle prohibited material across the Canadian border. He declined to exercise this right. The respondent was then strip-searched by Customs Enforcement Officer Martin. Nothing was found as a result of this search.

At 6:45 p.m., Officers Martin and Carrillo sought the respondent's consent to a urine test. The respondent declined to provide consent, and at this time the officers informed the respondent that he would remain in detention until either a negative urine test or clear bowel movement satisfied the

sont arrivés sur les lieux que deux heures plus tard environ. Entre-temps, l'intimé a été détenu dans la zone douanière secondaire.

6 À 18 h 24, les agents d'exécution des douanes Martin et Carrillo, membres de la Division du renseignement et de la répression de la contrebande, ont pris l'intimé en charge, l'ont mis en détention et l'ont informé de son droit à l'assistance d'un avocat. L'agent Martin a témoigné qu'il s'était fait l'opinion que l'intimé avait [TRADUCTION] «le type de l'avaleur de drogue», et qu'il [TRADUCTION] «soupçonnait» l'intimé d'avoir avalé des drogues. Cette opinion reposait non seulement sur les renseignements sur lesquels s'était fondé l'inspecteur Roberts, mais aussi sur le fait qu'il soupçonnait l'intimé d'avoir utilisé deux passeports, étant donné que celui que ce dernier avait présenté aux douanes ne contenait aucune estampille du Ghana, même si l'intimé avait admis s'y être rendu pendant son séjour à l'extérieur du Canada.

7 Les agents Martin et Carrillo ont alors conduit l'intimé à ce qu'on appelle la «salle d'évacuation des drogues». Cette salle, qui sert à l'examen des personnes soupçonnées d'être des avaleurs de drogue, contient un appareil semblable à une toilette qui permet aux douaniers de récupérer les matières fécales et d'isoler les stupéfiants et autres substances connexes rejetés par le système digestif du suspect au cours de la période de détention. L'intimé a été informé du droit que lui accorde l'art. 98(2) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), d'être amené devant l'agent principal des douanes pour confirmation de l'existence de motifs raisonnables de soupçonner qu'un voyageur a tenté d'introduire clandestinement des marchandises prohibées à la frontière du Canada. Il a refusé d'exercer ce droit. Il a alors été soumis à une fouille à nu par l'agent d'exécution des douanes Martin. Cette fouille n'a rien permis de découvrir.

8 À 18 h 45, les agents Martin et Carrillo ont demandé à l'intimé s'il consentait à une analyse de son urine. L'intimé ayant refusé de donner son consentement, les agents l'ont alors informé qu'il serait détenu tant qu'une analyse d'urine négative ou que des selles claires ne les auraient pas con-

officers that the respondent had not ingested narcotics. At 8:30 p.m., the respondent requested permission to contact his lawyer. He then had a telephone conversation with his lawyer which lasted from 8:34 p.m. until 8:50 p.m. Following the telephone call, the respondent agreed to provide a urine sample and signed the consent form. The sample was collected at 9:18 p.m., and testing confirmed the presence of heroin. At this point, Officers Martin and Carrillo arrested the respondent, who then confessed to ingesting approximately 84 pellets of heroin. Following a second telephone call to his lawyer at 9:25 p.m., the respondent began to excrete the pellets. By 1:50 a.m., when the respondent had passed 83 of the pellets, he was transferred into the custody of the RCMP. He later passed one further heroin pellet while in their custody.

9 At one point during the respondent's detention, prior to taking the urine test, one of the officers noted that the respondent appeared to be falling asleep. The respondent was asked whether he was feeling all right, as one of the officers became concerned that the respondent's apparent fatigue might have been an indication of heroin intoxication. The respondent responded that he felt fine, and was instructed to tell the officers if he felt any stomach pains so that they could call a doctor. The officers testified that if the respondent had appeared to be in physical distress, or had asked to see a doctor, he would have been taken to a hospital right away, but the respondent did not at any time make such a request.

10 None of the various customs officers who dealt with the respondent following his arrival at Pearson International Airport was aware of the written protocol contained in the Customs Enforcement Manual which provides that because of the dangerous health risk, travellers suspected of ingesting narcotics are to be detained in the presence of qualified medical personnel. Instead, the officers followed the conflicting port policy whereby a detained traveller is not taken to a medical facility unless the traveller makes such a request or appears to be in physical distress. There was also expert testimony to the effect that hospitalization

vaincus qu'il n'avait pas ingéré de stupéfiants. À 20 h 30, l'intimé a demandé la permission de communiquer avec son avocat, avec qui il a parlé au téléphone de 20 h 34 à 20 h 50. À la suite de cet appel téléphonique, l'intimé a accepté de fournir un échantillon d'urine et il a signé la formule de consentement. L'échantillon a été recueilli à 21 h 18 et son analyse a confirmé la présence d'héroïne. C'est à ce moment-là que les agents Martin et Carrillo ont arrêté l'intimé, qui a alors avoué avoir ingéré environ 84 boulettes d'héroïne. À la suite d'un deuxième appel téléphonique à son avocat, à 21 h 25, l'intimé a commencé à excréter les boulettes. À 1 h 50, 83 boulettes ayant jusque là été excrétées, l'intimé a été remis aux agents de la GRC, et il a excrété une autre boulette d'héroïne pendant qu'il était sous leur garde.

Au cours de la période de détention qui a précédé l'analyse d'urine, l'un des agents a remarqué que l'intimé paraissait s'endormir. On lui a demandé s'il se sentait bien, car l'un des agents craignait que sa fatigue apparente soit un indice d'intoxication à l'héroïne. L'intimé a répondu qu'il se sentait bien. On l'a averti de signaler aux agents toute douleur à l'estomac afin qu'ils puissent appeler un médecin. Les agents ont témoigné que si l'intimé avait paru être en proie à des souffrances physiques ou s'il avait demandé à voir un médecin, il aurait été amené sur-le-champ à l'hôpital, mais qu'à aucun moment il n'avait fait une telle demande.

Aucun des divers agents des douanes qui ont été en contact avec l'intimé après son arrivée à l'aéroport international Pearson ne connaissait le protocole écrit qui figure dans le Manuel de l'exécution des douanes et qui précise que, en raison des graves risques pour la santé des intéressés, les voyageurs soupçonnés d'avoir ingéré des stupéfiants doivent être détenus en présence de personnel médical qualifié. Les agents ont plutôt suivi la politique contradictoire appliquée à leur point d'entrée et selon laquelle les voyageurs détenus ne sont emmenés à un établissement médical que s'ils en font la demande ou s'ils paraissent être en proie

would have been the prudent course of action in the circumstances.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Customs Act

98. (1) An officer may search

(*a*) any person who has arrived in Canada, within a reasonable time after his arrival in Canada,

(*b*) any person who is about to leave Canada, at any time prior to his departure, or

(*c*) any person who has had access to an area designated for use by persons about to leave Canada and who leaves the area but does not leave Canada, within a reasonable time after he leaves the area,

if the officer suspects on reasonable grounds that the person has secreted on or about his person anything in respect of which this Act has been or might be contravened, anything that would afford evidence with respect to a contravention of this Act or any goods the importation or exportation of which is prohibited, controlled or regulated under this or any other Act of Parliament.

(2) An officer who is about to search a person under this section shall, on the request of that person, forthwith take him before the senior officer at the place where the search is to take place.

(3) A senior officer before whom a person is taken pursuant to subsection (2) shall, if he sees no reasonable

à des souffrances physiques. En outre, un expert a témoigné qu'il aurait été prudent d'hospitaliser l'intéressé dans les circonstances.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

La Charte canadienne des droits et libertés 11

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

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Loi sur les douanes

98. (1) S'il la soupçonne, pour des motifs raisonnables, de dissimuler sur elle ou près d'elle tout objet d'infraction, effective ou éventuelle, à la présente loi, tout objet permettant d'établir une pareille infraction ou toute marchandise d'importation ou d'exportation prohibée, contrôlée ou réglementée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, l'agent peut fouiller:

a) toute personne arrivée au Canada, dans un délai justifiable suivant son arrivée;

b) toute personne sur le point de sortir du Canada, à tout moment avant son départ;

c) toute personne qui a eu accès à une zone affectée aux personnes sur le point de sortir du Canada et qui quitte cette zone sans sortir du Canada, dans un délai justifiable après son départ de la zone.

(2) Dès que la personne qu'il va fouiller, en application du présent article, lui en fait la demande, l'agent la conduit devant l'agent principal du lieu de la fouille.

(3) L'agent principal, selon qu'il estime qu'il y a ou non des motifs raisonnables pour procéder à la fouille,

grounds for the search, discharge the person or, if he believes otherwise, direct that the person be searched.

III. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)*, [1994] O.J. No. 1429 (QL)

12 In an oral ruling on a *voir dire*, Belleghem J. was satisfied that the criteria for a reasonable search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* and the tests established in *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, and *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, were met. The search was authorized by law pursuant to s. 98 of the *Customs Act*, the law itself was reasonable and the search was carried out in a reasonable manner. Relying on a statement in *obiter* by Lamer J. (as he was then) in *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, to the effect that the standard for justification would be met if a suspected drug swallower was detained for the purposes of allowing nature to take its course on the basis of belief based on reasonable and probable grounds, Belleghem J. also held that the respondent was not subject to arbitrary detention in violation of s. 9 of the *Charter*.

13 Belleghem J. next considered the respondent's submission that his rights under s. 7 were violated because his detention was not conducted under adequate medical supervision. Belleghem J. was satisfied that "throughout the entire period of his detention with the custodial authorities, either customs or police, he was in a serious life threatening situation" (para. 27). He found that the respondent was fully aware of the risk to his own health, however, and noted that medical treatment was available at all times. Belleghem J. accordingly rejected the submission that a self-imposed threat to physical health or safety imposes on custodial authorities a constitutional obligation to provide medical supervision. The customs officers took reasonable steps in monitoring the respondent and informing him that medical attention would be provided if required, or at the respondent's request. Belleghem J. concluded that medical assistance

fait fouiller ou relâcher la personne conduite devant lui en application du paragraphe (2).

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1994] O.J. No. 1429 (QL)

Dans une décision rendue oralement au terme d'un voir-dire, le juge Belleghem a dit être convaincu qu'avaient été respectés et le critère relatif permettant de déterminer si une fouille, une perquisition ou une saisie n'est pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et les tests établis dans les arrêts *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, et *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. La fouille était autorisée par la loi, soit par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*, la loi elle-même n'avait rien d'abusif et la fouille n'avait pas été effectuée de manière abusive. Se fondant sur une remarque incidente faite par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, selon laquelle la norme de justification serait respectée si une personne soupçonnée, pour des motifs raisonnables et probables, d'avoir avalé de la drogue était détenue afin de permettre à la nature de faire son œuvre, le juge Belleghem a également statué que l'intimé n'avait pas été détenu arbitrairement, en violation de l'art. 9 de la *Charte*.

Le juge Belleghem a ensuite examiné l'argument de l'intimé selon lequel on avait porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 parce qu'il n'avait pas été détenu sous surveillance médicale appropriée. Le juge Belleghem était convaincu que [TRADUCTION] «pendant toute la durée de sa détention par les autorités — tant douanières que policières — [l'intimé] se trouvait dans une situation mettant sa vie en danger» (par. 27). Il a toutefois conclu que l'intimé était parfaitement conscient du danger pour sa santé, et il a souligné qu'il aurait à tout moment été possible d'avoir accès à des soins médicaux. Le juge Belleghem a donc rejeté l'argument que le fait qu'un individu mette lui-même sa santé ou sa sécurité en péril avait pour effet d'imposer aux autorités chargées de sa détention l'obligation constitutionnelle de fournir une surveillance médicale. Les agents des douanes ont pris des mesures raisonnables en sur-

must be given if requested, or if such assistance appears to be reasonably necessary, but s. 7 does not otherwise operate to provide the respondent with a charter of medical rights. Accordingly, Belleghem J. held that there was no s. 7 violation. In the alternative, if the respondent's rights under s. 7 had been violated, he held that the evidence should not be excluded under s. 24(2). The heroin pellets constituted real evidence obtained without conscripting the respondent, and the officers were acting in good faith in following the "port policy" at Pearson International Airport, notwithstanding that this policy conflicted with the official Customs Enforcement Manual.

veillant l'état de l'intimé et en l'informant que des soins médicaux lui seraient prodigués s'il en avait besoin ou s'il le demandait. Le juge Belleghem a conclu que des soins médicaux doivent être fournis s'ils sont demandés ou s'ils paraissaient raisonnablement nécessaires, mais que l'art. 7 n'a pas pour effet de créer une charte des droits médicaux en faveur de l'intimé. Par conséquent, le juge Belleghem a statué qu'il n'y avait eu aucune atteinte à l'art. 7. Subsidiairement, il a jugé que, s'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7, la preuve ne devait pas être écartée en vertu du par. 24(2). Les boulettes d'héroïne constituaient des éléments de preuve matérielle qui avaient été obtenus sans mobiliser l'intimé contre lui-même, et les agents des douanes avaient agi de bonne foi en suivant la «politique du point d'entrée» à l'aéroport international Pearson, même si cette politique était contraire à la politique officielle, en l'occurrence le Manuel de l'exécution des douanes.

B. *Ontario Court of Appeal* (1997), 105 O.A.C. 1

(1) Rosenberg J.A. (Morden A.C.J.O. concurring)

The central question as formulated by Rosenberg J.A. was "whether customs officers have the power to detain a person suspected of having swallowed drugs until the suspicions have been confirmed or the traveller has satisfied the officers that he or she is not carrying drugs" (p. 15). Rosenberg J.A. concluded that s. 98 of the *Customs Act* did not authorize the detention and search to which the respondent was subjected by the customs officers. The officers had at most reasonable grounds to suspect that the respondent was attempting to smuggle narcotics into Canada; they did not have reasonable grounds to believe that an offence had been committed. Mere suspicion, no matter how reasonable, is not sufficient to justify for the purposes of s. 8 the detention and search which took place.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1997), 105 O.A.C. 1

(1) Le juge Rosenberg (avec l'appui du juge en chef adjoint Morden)

14 La question centrale formulée par le juge Rosenberg était de savoir [TRADUCTION] «si les agents des douanes ont le pouvoir de détenir un voyageur soupçonné d'avoir avalé de la drogue jusqu'à ce que ces soupçons aient été confirmés ou jusqu'à ce que le voyageur ait convaincu les agents qu'il ne transporte pas de drogues» (p. 15). Le juge Rosenberg a conclu que l'art. 98 de la *Loi sur les douanes* n'autorisait pas la détention et la fouille auxquelles l'intimé avait été soumis par les agents des douanes. Ceux-ci avaient tout au plus des motifs raisonnables de soupçonner que l'intimé tentait d'introduire clandestinement des stupéfiants au Canada; ils n'avaient aucun motif raisonnable de croire qu'une infraction avait été commise. Pour l'application de l'art. 8, de simples soupçons, aussi raisonnables soient-ils, ne sont pas suffisants pour justifier la détention et la fouille qui ont eu lieu.

15 Rosenberg J.A. analysed several issues in arriving at this conclusion. He first determined that there was no legal basis for detaining the respondent from 4:30 p.m. until his arrest at 9:18 p.m. After reviewing the requirements for a warrantless arrest established in *Storrey*, *supra*, and *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, he concluded that Inspector Roberts did not have the necessary reasonable and probable grounds upon which to base the arrest, having formed instead only a reasonable suspicion that the respondent had ingested narcotics. Rosenberg J.A. therefore concluded that the customs officers were not authorized by s. 98 of the *Customs Act* to detain the respondent. Section 98 provides customs officers with the authority to conduct a search alone, with the power to detain a traveller arising only by necessary implication pursuant to s. 31(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. In other words, a customs officer may detain a traveller for the length of time necessary to conduct a search, but the condition precedent of such a detention is that the search itself be a valid exercise of authority under s. 98. The strip search of the respondent, therefore, was not authorized by s. 98, which permits a search only when a customs officer has a reasonable suspicion that a traveller has contraband "on or about his person". Citing decisions of this Court concerning the seriousness of violations of bodily integrity, Rosenberg J.A. concluded that the phrase "on or about his person" was not sufficiently broad in scope so as to include contraband which is ingested and therefore located "within" the person.

Le juge Rosenberg a analysé plusieurs questions pour arriver à cette conclusion. Il a d'abord déterminé qu'il n'y avait aucun fondement juridique justifiant la détention de l'intimé de 16 h 30 jusqu'à 21 h 18, heure de son arrestation. Après examen des exigences relatives à l'arrestation sans mandat établies dans les arrêts *Storrey*, précité, et *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, il a conclu que l'inspecteur Roberts ne disposait pas des motifs raisonnables et probables requis pour justifier l'arrestation, car il n'avait eu que des soupçons raisonnables que l'intimé avait ingéré des stupéfiants. En conséquence, le juge Rosenberg a conclu que l'art. 98 de la *Loi sur les douanes* n'autorisait pas les agents des douanes à détenir l'intimé. L'article 98 leur confère seulement le pouvoir d'effectuer une fouille, celui de détenir un voyageur n'existant que par implication nécessaire en vertu du par. 31(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21. En d'autres termes, un agent des douanes peut détenir un voyageur pendant la période nécessaire pour procéder à la fouille, mais le préalable à une telle détention est l'obligation que la fouille elle-même découle de l'exercice valide des pouvoirs conférés par l'art. 98. La fouille à nu de l'intimé n'était donc pas autorisée par l'art. 98, qui permet la fouille d'un voyageur uniquement dans les cas où l'agent des douanes a des soupçons raisonnables que cette personne a de la contrebande «sur elle ou près d'elle». Citant des arrêts de notre Cour portant sur la gravité des violations de l'intégrité physique, le juge Rosenberg a conclu que l'expression «sur elle ou près d'elle» n'avait pas une portée suffisamment large pour s'appliquer aux marchandises de contrebande qui sont ingérées et de ce fait se trouvent «à l'intérieur» de la personne.

16 Rosenberg J.A. then addressed the respondent's submission that the seizure of the urine sample prior to the respondent's arrest violated his rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*. He found that the respondent did not voluntarily consent to the taking of a urine sample as he was led to believe that his detention would continue until evidence of either his guilt or innocence was established by a urine test or a bowel movement. Relying on Cory J.'s reasoning in *R. v. Stillman*, [1997] 1

Le juge Rosenberg a ensuite examiné l'argument de l'intimé selon lequel la saisie de l'échantillon d'urine avant son arrestation avait porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte*. Il a conclu que l'intimé n'avait pas consenti volontairement à la prise de l'échantillon d'urine, car on l'avait amené à croire que sa détention se poursuivrait tant que sa culpabilité ou son innocence ne serait pas établie au moyen d'une analyse d'urine ou d'une défécation. Se fondant

S.C.R. 607, that a suspect's refusal to consent to the collection of bodily samples while in custody becomes meaningless if, because of his detention, he cannot prevent those samples from being taken, Rosenberg J.A. held that the taking of the urine sample violated the respondent's rights under s. 8 and may also have constituted a violation under s. 7. Since the customs officers would not have possessed reasonable and probable grounds to believe that the respondent had committed an offence except for the results of the unlawful urine test, the arrest of the respondent at 9:18 p.m. was also unlawful.

sur le raisonnement du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, selon lequel le refus d'un suspect de consentir à la prise d'échantillons de substances corporelles pendant qu'il est détenu perd son sens si, en raison de la détention, il ne peut empêcher le prélèvement de ces échantillons, le juge Rosenberg a conclu que le prélèvement d'un échantillon d'urine avait porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 8 et pouvait également avoir entraîné une violation de l'art. 7. Compte tenu du fait que, sans les résultats de l'analyse d'urine illégale, les agents des douanes n'auraient eu aucun motif raisonnable et probable de croire que l'intimé avait commis une infraction, l'arrestation de l'intimé, à 21 h 18, était elle aussi illégale.

Having found the arrest to be unlawful, Rosenberg J.A. next considered whether the subsequent seizure of the heroin violated the respondent's rights under s. 8. The Crown sought to justify the seizure either under the search power incidental to arrest, or under s. 98 of the *Customs Act*. Rosenberg J.A. held that the seizure could not be justified under the common law search power as the arrest itself was not lawful. Furthermore, the seizure was not authorized under s. 98 as it was not conducted "within a reasonable time" after the respondent's arrival in Canada as is required by the provision.

17 Ayant conclu à l'illégalité de l'arrestation, le juge Rosenberg s'est ensuite demandé si la saisie d'héroïne subséquente avait porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 8. Le ministère public a tenté de justifier la saisie soit par le pouvoir de fouille et de perquisition accessoire à l'arrestation, soit par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*. Le juge Rosenberg a conclu que la saisie ne pouvait être justifiée en vertu du pouvoir de fouilles et de perquisition reconnu par la common law étant donné que l'arrestation elle-même était illégale. De plus, la saisie n'était pas autorisée par l'art. 98, car elle n'avait pas été effectuée «dans un délai justifiable» suivant l'arrivée de l'intimé au Canada, comme l'exige cette disposition.

Finally, Rosenberg J.A. considered whether the failure to conduct the detention under medical supervision violated the respondent's rights under s. 7. Rosenberg J.A. expressed some concern as to the correctness of the trial judge's decision on this point, but noted that he did not need to address the potential s. 7 violation. Having already concluded that the evidence had been obtained in violation of the respondent's rights under s. 8, the issue could be included within the necessary s. 24(2) analysis. Rosenberg J.A. noted that the trial judge held that had the respondent's rights been violated under s. 7, he would still have admitted the evidence under s. 24(2). While recognizing that an appellate court should not interfere with a trial decision on

18 Finalement, le juge Rosenberg s'est demandé si l'omission de détenir l'intimé sous surveillance médicale avait porté atteinte aux droits garantis à ce dernier par l'art. 7. Le juge Rosenberg a exprimé certains doutes quant au bien-fondé de la décision du juge du procès sur cette question, mais il a souligné qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la violation potentielle de l'art. 7. Comme il avait déjà conclu que la preuve avait été obtenue en contravention des droits garantis à l'intimé par l'art. 8, il pouvait examiner cette question dans le cadre de l'analyse requise pour l'application du par. 24(2). Le juge Rosenberg a signalé que le juge du procès avait conclu que, s'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7, il aurait

the application of s. 24(2) unless the trial judge makes an unreasonable factual finding or a legal error, Rosenberg J.A. noted that the trial judge erroneously viewed the respondent as having been lawfully detained and searched. Consequently, it was open to the appellate court to review the trial judge's conclusions concerning exclusion of the evidence under s. 24(2).

19 Following the decision of this Court in *Stillman*, Rosenberg J.A. found that the evidence was conscripted in that production of the evidence required the forced participation of the respondent. The admission of the evidence would therefore affect the fairness of the trial and should have been excluded. In the alternative, the pattern of disregard shown by the customs officers towards the rights of the respondent exacerbated the seriousness of the violations, notwithstanding that the officers acted in good faith. In considering the effect that exclusion would have on the administration of justice, however, Rosenberg J.A. noted the seriousness of the charge, the necessity of the heroin as the only evidence against the respondent and the fact that the customs officers did not set out to abuse the criminal justice system. In the final analysis, the factors going to the seriousness of the violation of the respondent's *Charter* rights and the potential effect of exclusion on the administration of justice were evenly balanced. Rosenberg J.A. therefore concluded that if the evidence was non-conscriptive, in which case the fairness of the trial would not be a factor, then the heroin was properly admitted into evidence.

(2) Weiler J.A. (dissenting)

20 Weiler J.A. found that the strip search and the collection of the respondent's bodily waste were authorized by s. 98 of the *Customs Act*, and that

néanmoins admis la preuve en application du par. 24(2). Bien qu'il ait reconnu qu'un tribunal d'appel ne doit pas intervenir à l'égard d'une décision rendue au procès relativement à l'application du par. 24(2) à moins que le juge du procès n'ait tiré une conclusion de faits déraisonnable ou qu'il n'ait commis une erreur de droit, le juge Rosenberg a souligné que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'intimé avait été légalement détenu et fouillé. Par conséquent, il était loisible au tribunal d'appel de contrôler les conclusions du juge du procès relativement à l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2).

Appliquant l'arrêt *Stillman* de notre Cour, le juge Rosenberg a conclu que la preuve avait été obtenue en mobilisant l'intimé contre lui-même puisque son obtention avait nécessité sa participation forcée. Comme l'admission de la preuve avait pour effet de compromettre le caractère équitable du procès, elle aurait dû être écartée. Subsidiairement, le mépris systématique manifesté par les agents des douanes à l'égard des droits de l'intimé a exacerbé les atteintes, en dépit du fait qu'ils avaient agi de bonne foi. Par contre, lorsqu'il a examiné l'effet qu'aurait l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice, le juge Rosenberg a souligné la gravité de l'accusation, ainsi que le fait que l'héroïne était nécessaire, puisqu'il s'agissait du seul élément de preuve contre l'intimé, et le fait que les agents des douanes n'avaient pas cherché à utiliser le système de justice criminelle à mauvais escient. En dernière analyse, les facteurs touchant à la gravité de l'atteinte aux droits garantis à l'intimé par la *Charte* et l'effet potentiel de l'exclusion de la preuve étaient en parfait équilibre. Par conséquent, le juge Rosenberg a conclu que si la preuve n'avait pas été obtenue en mobilisant l'intimé contre lui-même, auquel cas le caractère équitable du procès n'était pas un facteur à prendre en considération, l'héroïne avait à bon droit été admise en preuve.

(2) Le juge Weiler (dissidente)

Le juge Weiler a conclu que la fouille à nu et la récupération des excréments de l'intimé étaient autorisées par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*,

the search and seizure were reasonable within the meaning of s. 8 pursuant to the factors enumerated in *Collins*. According to Weiler J.A., s. 98 authorized the detention of the respondent in order to conduct a search which included seizure of the urine sample. Section 98 permits searches in circumstances where a customs officer suspects on reasonable grounds that a person has secreted contraband "on or about his person", a phrase Weiler J.A. interprets to include material a person has ingested and therefore secreted within his or her person. The search also took place within a reasonable time after the respondent's arrival in Canada, having regard to the length of the period of detention and the type of search required.

de sorte que la fouille, la perquisition et la saisie n'étaient pas abusives au sens de l'art. 8, conformément aux facteurs énumérés dans *Collins*. Selon le juge Weiler, l'art. 98 autorisait la détention de l'intimé dans le but d'effectuer une fouille comportant la saisie de l'échantillon d'urine. L'article 98 autorise la fouille d'une personne dans les cas où l'agent des douanes la soupçonne, pour des motifs raisonnables, de dissimuler de la contrebande «sur elle ou près d'elle», expression que le juge Weiler a considéré comme incluant les effets que la personne a ingérés et donc dissimulés à l'intérieur d'elle. La fouille de l'intimé a aussi été effectuée dans un délai justifiable suivant son arrivée au Canada, eu égard à la durée de la détention et au type de fouille requise.

As to whether the "bedpan vigil" conducted by the customs officers was constitutionally valid pursuant to s. 8, Weiler J.A. referred to the three categories of border searches enumerated by Dickson C.J. in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Detaining a traveller in a "drug loo facility" is a less invasive search technique than those included by Dickson C.J. in the third and most intrusive category of border searches, such as X-rays or the administration of emetics. Accordingly, the search conducted by the customs officers in this case belonged in the second category as being analogous to a strip search. A passive "bedpan vigil" is the least intrusive means of monitoring the alimentary canal in circumstances where there is a real danger of losing evidence and where the protection and safety of the public are of primary concern.

21 Quant à la question de savoir si la «veille au haricot» («*bedpan vigil*») effectuée par les agents des douanes était valide du point de vue constitutionnel au regard de l'art. 8, le juge Weiler s'est référée aux trois catégories de fouilles à la frontière énumérées par le juge en chef Dickson dans *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. La détention d'un voyageur dans une «salle d'évacuation des drogues» («*drug loo facility*») est une méthode de fouille moins envahissante que celles incluses par le juge en chef Dickson dans la troisième catégorie de fouilles à la frontière — les fouilles les plus envahissantes —, par exemple les rayons X ou l'administration d'émétiques. Par conséquent, la fouille effectuée par les agents des douanes en l'espèce appartenait à la deuxième catégorie, étant analogue à une fouille à nu. Une «veille au haricot» passive est le moyen le moins envahissant de surveiller l'activité du canal alimentaire dans les cas où il existe un danger réel de perdre des éléments de preuve et où la protection et la sécurité du public revêtent une importance primordiale.

Finally, Weiler J.A. concluded that the respondent's rights under s. 7 were not violated. It was the respondent's refusal of the offer of medical attention which endangered his safety, and not his detention *per se*. Although the respondent was deprived of his physical liberty, he was not deprived of the liberty to make his own health decisions, regardless of whether these decisions

22 Enfin, le juge Weiler a conclu qu'il n'y avait eu aucune atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7. Ce n'est pas la détention en soi qui a mis en péril la sécurité de l'intimé, mais plutôt son refus des soins médicaux offerts. Bien que l'intimé ait été privé de sa liberté de se déplacer, il n'a pas été privé de la liberté de prendre ses propres décisions à l'égard de sa santé, que ces décisions aient

were in his own best interest. Medical attention was offered, the respondent knew the specifics of his own self-induced situation and he had the advice of counsel.

23 As to the application of s. 24(2), Weiler J.A. held that in the event that the manner of search was unreasonable, the good faith of the customs officers in carrying out the search required the evidence to be admitted.

IV. Issues

24 As noted above, this appeal concerns the question of whether customs officers have the authority to detain a traveller suspected of having swallowed narcotics until the suspicion has either been confirmed or the traveller satisfies the officers that he or she is not carrying narcotics. In the context of this appeal, this question raises the following issues:

a. Were the actions of the customs officers authorized by s. 98 of the *Customs Act*?

b. Does s. 7 of the *Charter* require that the detention of a traveller who is believed to have swallowed narcotics be conducted under medical supervision?

c. If the accused's *Charter* rights were violated, should the evidence of the heroin pellets have been excluded at trial pursuant to s. 24(2?

V. Analysis

A. *Were the actions of the customs officers authorized by s. 98 of the Customs Act*?

1. Does the phrase "secreted on or about his person" in s. 98 of the *Customs Act* authorize

été dans son intérêt ou non. Des soins médicaux lui ont été offerts, l'intimé connaissait les détails de la situation dans laquelle il se trouvait, l'ayant lui-même provoquée, et il avait reçu les conseils d'un avocat.

Pour ce qui est de l'application du par. 24(2), le juge Weiler a statué que, dans l'hypothèse où la méthode de fouille était abusive, le fait que les agents des douanes avaient agi de bonne foi dans l'exécution de la fouille commandait que l'on admette la preuve recueillie.

IV. Les questions en litige

Comme il a été souligné précédemment, le présent pourvoi porte sur la question de savoir si les agents des douanes ont le pouvoir de détenir un voyageur soupçonné d'avoir avalé des stupéfiants jusqu'à ce que leurs soupçons aient été confirmés ou que le voyageur les ait convaincus qu'il ne transporte pas de stupéfiants. Dans le cadre du présent pourvoi, cette question soulève les trois sous-questions suivantes:

a. Les actes des agents des douanes étaient-ils autorisés par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*?

b. L'article 7 de la *Charte* exige-t-il que la détention d'un voyageur soupçonné d'avoir avalé des stupéfiants ait lieu sous surveillance médicale?

c. S'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*, les éléments de preuve que constituent les boulettes d'héroïne auraient-ils dû être écartés au procès en vertu du par. 24(2)?

V. L'analyse

A. *Les actes des agents des douanes étaient-ils autorisés par l'art. 98 de la Loi sur les douanes*?

1. L'expression «dissimuler sur elle ou près d'elle» à l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*

customs officers to search for narcotics which they suspect a traveller has ingested?

In order to assess whether the search conducted by the customs officials on the respondent was authorized by s. 98 of the *Customs Act*, it is necessary first to determine whether the phrase "on or about his person" in s. 98(1) refers not only to contraband which is concealed by a traveller in luggage, under clothes or in some other manner external to the traveller's body, but includes as well contraband which the traveller has ingested. The respondent argues that as a matter of common parlance, standard dictionary definitions of the words "on" and "about" do not support an interpretation of the phrase "on or about his person" which is sufficiently broad to include items which a traveller has ingested and which are subsequently located internally within the traveller's digestive system. Further, s. 98 requires a customs official to conduct the search "within a reasonable time". The respondent argues that the inclusion of a time restriction within s. 98 necessarily leads to the conclusion that the phrase "on or about his person" is not meant to apply to ingested narcotics. A passive "bedpan vigil" such as was necessary to confirm the presence of heroin pellets within the respondent's digestive tract at the time he attempted to cross the Canadian border involves a lengthy detention process and therefore cannot be conducted "within a reasonable time".

Admittedly, statutory interpretation in the context of constitutional review is not an exact science. While reference to common parlance and standard dictionary definitions are often of assistance in interpreting legislative provisions, regard must be had not only to the ordinary and natural meaning of the words, but also to the context in which they are used and the purpose of the provision as a whole: *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921. The most significant element of this analysis is the determination of legislative intent. In light of these guidelines, the respondent's interpretation of the phrase "on or about his person" is, with respect, misguided. As Weiler J.A. noted in her dissenting judgment in the Court of Appeal, when read in

autorise-t-elle les agents des douanes à fouiller un voyageur qu'ils soupçonnent d'avoir ingéré des stupéfiants?

25 Pour décider si la fouille à laquelle les agents des douanes ont soumis l'intimé était autorisée par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*, il faut d'abord déterminer si l'expression «sur elle ou près d'elle» figurant au par. 98(1) vise non seulement la contrebande cachée par un voyageur dans ses bagages, sous ses vêtements ou à tout autre endroit à l'extérieur de son corps, mais aussi la contrebande qu'il a ingérée. L'intimé prétend que, en langage courant, les définitions usuelles des mots «sur» et «près» dans les dictionnaires ne permettent pas de donner à l'expression «sur elle ou près d'elle» une interprétation suffisamment large pour inclure les effets qu'un voyageur a ingérés et qui se retrouvent ensuite logés à l'intérieur de son système digestif. En outre, l'art. 98 oblige l'agent des douanes à effectuer la fouille «dans un délai justifiable». L'intimé prétend que la mention d'un délai à l'art. 98 amène nécessairement à conclure que l'expression «sur ou près d'elle» ne vise pas les stupéfiants ingérés. Une «veille au haricot» passive, comme celle qui a été nécessaire afin de confirmer la présence de boulettes d'héroïne dans le tube digestif de l'intimé lorsqu'il a tenté de franchir la frontière canadienne, suppose un long processus de détention et ne peut donc pas être exécutée «dans un délai justifiable».

26 Il est vrai que l'interprétation des lois, dans le cadre d'un contrôle de conformité avec la Constitution, n'est pas une science exacte. Bien que les références au langage courant et aux définitions usuelles des dictionnaires soient souvent utiles aux fins d'interprétation des lois, il faut tenir compte non seulement du sens ordinaire et naturel des mots, mais également du contexte dans lequel ils sont utilisés et de l'objet de la disposition dans son ensemble: *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921. L'élément le plus important de cette analyse est la détermination de l'intention du législateur. À la lumière de ces lignes directrices, l'interprétation que l'intimé donne de l'expression «sur elle ou près d'elle» est, avec égards, erronée. Comme l'a sou-

context, the words "on or about his person" are contained within the larger phrase "secreted on or about his person". In my view, an examination of this context demonstrates that Parliament intended to confer authority on customs officers, so far as the *Charter* permits, to search for prohibited material not only on or about the surface of the traveller's body, but also secreted or concealed within the traveller's body. Fundamentally, the legislative intent of s. 98 was to grant officers the necessary authority to control the smuggling of contraband into Canada. As this Court reiterated in *Lewis*, a legislative phrase should be given a meaning consonant with the purpose of the statutory provision unless the contrary is indicated, provided, of course, that such an interpretation is consistent with constitutional limitations and conventional rules of interpretation.

ligné le juge Weiler dans son jugement dissident en Cour d'appel, lorsqu'on examine l'expression «sur elle ou près d'elle» dans son contexte, on constate qu'elle fait partie de l'expression plus large «dissimuler sur elle ou près d'elle». À mon avis, l'examen de ce contexte démontre que le législateur avait l'intention de conférer aux agents des douanes le pouvoir d'effectuer, dans la mesure permise par la *Charte*, des fouilles en vue de repérer les marchandises prohibées susceptibles d'avoir été dissimulées ou cachées non seulement à la surface du corps du voyageur ou près de celle-ci, mais aussi à l'intérieur du corps de ce dernier. Fondamentalement, l'intention du législateur à l'art. 98 était de donner aux agents des douanes les pouvoirs nécessaires pour lutter contre l'introduction de contrebande au Canada. Comme l'a réaffirmé notre Cour dans l'arrêt *Lewis*, il faut, en l'absence d'indications contraires, donner à une expression figurant dans une disposition législative un sens qui s'accorde avec l'objet de cette disposition, pourvu, évidemment, que cette interprétation soit compatible avec les limites imposées par la Constitution et les règles d'interprétation usuelles.

27 The respondent's suggested interpretation of s. 98 is unnecessarily restrictive, in terms of both the literal text and Parliamentary intent. The provision does not refer to a traveller who has "placed" items on or about his or her person, in which case a more compelling argument could be made that the legislative intent was to restrict the authority of customs officers to searches of a person's exterior physical body and associated personal effects. Instead, the English version of the provision refers to material which the traveller has "secreted" on or about his or her person. The verb "secrete" refers to the act of placing material into a concealed location: *Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995). The French text confirms this interpretation, as the verb "*dissimuler*" refers to the act of hiding (*cacher*) or concealing (*celer*): *Le Nouveau Petit Robert* (1996). The concept of concealment, rather than the distinction between the interior or exterior of the traveller's physical body, is the fulcrum of the search power in s. 98 of the Act.

L'interprétation de l'art. 98 que propose l'intimé est inutilement restrictive, tant en ce qui concerne le texte lui-même que l'intention du législateur. Cette disposition ne parle pas du voyageur qui a «mis» des effets sur lui ou près de lui, auquel cas il serait possible de soutenir, de façon plus convaincante, que le législateur entendait ne donner aux agents des douanes que le pouvoir de fouiller l'extérieur du corps d'une personne et ses effets personnels. Le texte de la version anglaise de la disposition parle plutôt des effets que le voyageur a «*secreted*» («dissimulé») sur lui ou près de lui. Le verbe «*secrete*» s'entend du fait de mettre un effet (un objet, une personne, voire soi-même) dans un endroit où on ne le voit pas: *Concise Oxford Dictionary* (9e éd. 1995). Le texte français confirme cette interprétation, puisque le verbe «dissimuler» s'entend du fait de cacher ou de celer: *Le Nouveau Petit Robert* (1996). C'est sur le concept de dissimulation plutôt que sur la distinction entre l'intérieur et l'extérieur du corps du voyageur que repose le pouvoir de fouiller prévu à l'art. 98 de la Loi.

Parliament's intent in extending the authority of customs officers to search for any concealed material, whether located internal or external to the traveller's physical body, is further supported by the illogical outcome that would ensue if the Court were to adopt a more restrictive interpretation. A traveller intent on smuggling narcotics across the Canadian border would be able to defeat the purpose of the provision simply by concealing contraband inside his or her mouth rather than under his or her clothing or elsewhere on his or her body. Interpreting s. 98 in light of the provision's purpose, which is to restrict the entry of contraband material into Canada, the phrase "secreted on or about his person" cannot have been intended to permit such an absurd result.

2. Does s. 98 of the *Customs Act* authorize a search in the manner conducted by the customs officers whereby a traveller is detained in a "drug loo facility" until a suspicion of ingesting narcotics is confirmed or dispelled?

The actions of the customs officers in detaining the respondent in a "drug loo facility" and collecting the pellets which passed through his system amounted to a search and seizure for the purposes of s. 8 of the *Charter*. Pursuant to the Court's decision in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, prior authorization is a necessary precondition for a constitutionally valid search and seizure. A warrantless search or seizure is therefore *prima facie* unreasonable under s. 8, and the Crown bears the onus of rebutting the presumption of unreasonableness by demonstrating that its actions were authorized by law, that the law itself was reasonable and that the search was carried out in a reasonable manner: *Collins*, *supra*.

The Crown submits that the actions of the customs officers were reasonable in that they were authorized by s. 98 of the *Customs Act*. Section 98 permits customs officers to search a traveller provided there exists a reasonable suspicion that con-

28 Le fait que le législateur entendait autoriser les agents des douanes à effectuer des fouilles pour trouver tout effet dissimulé à l'intérieur ou à l'extérieur du corps du voyageur ressort également du résultat illogique qui s'ensuivrait si notre Cour devait adopter une interprétation plus restrictive. Un voyageur voulant introduire clandestinement des stupéfiants au Canada pourrait contourner l'objet de la disposition tout simplement en les dissimulant dans sa bouche plutôt que sous ses vêtements ou ailleurs sur son corps. Si on interprète l'art. 98 à la lumière de son objet, qui est d'enrayer l'introduction de marchandises de contrebande au Canada, l'expression «dissimuler sur elle ou près d'elle» ne peut avoir été énoncée en vue de permettre un résultat aussi absurde.

2. L'article 98 de la *Loi sur les douanes* autorise-t-il le genre de fouille que font les agents des douanes lorsqu'ils détiennent un voyageur dans une «salle d'évacuation des drogues» jusqu'à ce que l'ingestion de stupéfiants soupçonnée soit confirmée ou infirmée?

29 Le fait que les agents des douanes aient détenu l'intimé dans une «salle d'évacuation des drogues» et qu'ils aient recueilli les boulettes ayant traversé son système digestif équivalait à une fouille, perquisition et saisie pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Selon l'arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, l'obtention d'une autorisation préalable est un prérequis nécessaire à la validité constitutionnelle d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Les fouilles, perquisitions et saisies effectuées sans mandat sont donc à première vue abusives au sens de l'art. 8, et il incombe au ministère public de réfuter la présomption de caractère abusif en démontrant que ses actes étaient permis par la loi, que la loi elle-même n'avait rien d'abusif et que la fouille ou la perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive: *Collins*, précité.

30 Le ministère public soutient que les actes des agents des douanes n'étaient pas abusifs, car ils étaient autorisés par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*. Cet article permet aux agents des douanes de fouiller un voyageur s'il existe des

traband has been "secreted on or about his person" and that the search occurs "within a reasonable time" of the traveller's arrival in Canada. The constitutionality of s. 98 itself is not in issue in this appeal. The relevant question for determination instead is whether the actions of the customs officers in detaining the respondent in a "drug loo facility" are within the scope of permissible activities authorized by s. 98. The respondent contends that s. 98 is meant to apply only to brief, non-intrusive searches such as a pat-down or at most a strip search, and cannot be read as authorization for the ostensibly lengthy detention and intrusive procedures carried out by the customs officers in this situation.

soupçons raisonnables que cette personne a «dissimul[é] sur elle ou près d'elle» de la contrebande, et que la fouille a lieu «dans un délai justifiable» suivant l'arrivée de ce voyageur au Canada. La constitutionnalité de l'art. 98 lui-même n'est pas en litige dans le présent pourvoi. La question qui doit être tranchée est plutôt celle de savoir si les actes accomplis par les agents des douanes dans le cadre de la détention de l'intimé dans une «salle d'évacuation des drogues» étaient autorisés par l'art. 98. L'intimé prétend que l'art. 98 ne vise que les fouilles brèves et discrètes telles que les fouilles par palpation, ou, au plus, les fouilles à nu, et qu'il n'a pas pour effet d'autoriser la détention manifestement longue et les procédures envahissantes mises en œuvre par les agents des douanes en l'espèce.

31 Section 98 of the *Customs Act* provides customs officers with the necessary authority to search travellers suspected of transporting narcotics across the border, but does not define the manner in which a search may be carried out. Nonetheless, as the following passage from the reasons of Lamer J. (as he was then) in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, indicates, statutory provisions are to be interpreted in a manner which is consistent with the *Charter*:

> Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect.

L'article 98 de la *Loi sur les douanes* confère aux douaniers les pouvoirs nécessaires pour fouiller les voyageurs soupçonnés d'entrer au pays avec des stupéfiants, mais il ne précise pas la façon dont la fouille peut être effectuée. Néanmoins, comme l'indique l'extrait suivant des motifs du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078, l'interprétation donnée aux dispositions des lois doit être compatible avec la *Charte*:

> Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

32 Accordingly, the alternatives available for customs officials in attempting to ascertain whether a traveller has indeed ingested narcotics are subject to constitutional limitations. Section 98 should not be interpreted, so far as is possible, in a manner which would permit customs officers to violate a traveller's rights under s. 8 of the *Charter*. The task of the Court in the present appeal is to determine whether the manner of search carried out against the respondent comes within these limitations.

En conséquence, la Constitution limite le choix des mesures dont disposent les agents des douanes pour déterminer si un voyageur a bel et bien ingéré des stupéfiants. Dans la mesure du possible, l'art. 98 ne doit pas être interprété de façon à permettre aux agents des douanes de porter atteinte aux droits garantis aux voyageurs par l'art. 8 de la *Charte*. Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour doit décider si la façon dont l'intimé a été fouillé respecte ces limites constitutionnelles.

In *Simmons*, *supra*, the Court considered the constitutional requirements of searches conducted at the Canadian border by customs officers. The accused had submitted that her rights under s. 8 of the *Charter* were violated when she was subjected to a strip search based on the customs officer's reasonable suspicion that she was attempting to smuggle narcotics into Canada. The relevant statutory provisions were ss. 143 and 144 of the former *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, which permitted customs officers to conduct personal searches absent prior judicial authorization and to initiate such searches on the basis of a standard falling short of reasonable and probable grounds. At issue in particular was whether these provisions were constitutionally valid given that they did not meet the three criteria of a reasonable search and seizure articulated in *Hunter*, *supra*: (a) where possible, the search must be approved by prior authorization; (b) the person authorizing the search need not be a judge, but must be in a position to act in a judicial manner, i.e. the person must be able to assess in a neutral and impartial fashion whether on the evidence available a search is appropriate; and (c) there must be reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that evidence of the offence is to be found at the location to be searched.

33 Dans *Simmons*, précité, notre Cour a étudié les exigences de la Constitution relativement aux fouilles effectuées à la frontière par les agents des douanes. L'accusée avait soutenu qu'on avait porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte* en la soumettant à une fouille à nu sur la foi de soupçons raisonnables de l'agent des douanes qu'elle tentait d'introduire clandestinement des stupéfiants au Canada. Les dispositions législatives pertinentes étaient les art. 143 et 144 de l'ancienne *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, ch. C-40, qui permettaient aux douaniers d'effectuer des fouilles sur la personne sans autorisation judiciaire préalable en se fondant sur une norme moins exigeante que celle des motifs raisonnables et probables. Il fallait notamment décider si ces dispositions étaient constitutionnelles, compte tenu du fait qu'elles ne respectaient pas les trois critères applicables pour déterminer si une fouille, une perquisition ou une saisie n'est pas abusive qui ont été formulés dans l'arrêt *Hunter*, précité: a) dans la mesure du possible, il doit y avoir autorisation préalable de la fouille ou de la perquisition; b) il n'est pas nécessaire que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit un juge, mais elle doit être en mesure d'agir de façon judiciaire, c.-à-d., être capable d'apprécier, d'une manière neutre et impartiale, si la preuve offerte justifie la fouille ou perquisition; c) il doit exister des motifs raisonnables et probables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve de cette infraction se trouvent à l'endroit de la perquisition.

The Court concluded in *Simmons* that, although the constitutional safeguards articulated by the *Hunter* standard should not be rejected lightly, the framework established in *Hunter* for analysing the reasonableness of a search for the purposes of s. 8 was inapplicable to border searches. Dickson C.J. accepted the proposition established in United States jurisprudence that border searches should be distinguished from searches occurring in other circumstances in which the security of Canada's interior is not engaged. He expressed his agreement with this distinction as follows, at pp. 527-28:

34 Dans *Simmons*, notre Cour a conclu que, même si les garanties constitutionnelles exprimées par la norme énoncée dans *Hunter* ne devaient pas être écartées à la légère, le cadre établi dans cet arrêt relativement à l'analyse du caractère raisonnable de la fouille pour l'application de l'art. 8 ne s'appliquait pas aux fouilles effectuées à la frontière. Le juge en chef Dickson a accepté la proposition énoncée dans la jurisprudence américaine, selon laquelle les fouilles à la frontière devaient être différenciées des fouilles effectuées dans des circonstances où la sécurité intérieure du pays n'est pas menacée. Voici en quels termes, il a exprimé son accord avec cette distinction, aux pp. 527 et 528:

The dominant theme uniting these cases is that border searches lacking prior authorization and based on a standard lower than probable cause are justified by the national interests of sovereign states in preventing the entry of undesirable persons and prohibited goods, and in protecting tariff revenue. These important state interests, combined with the individual's lowered expectation of privacy at an international border render border searches reasonable under the Fourth Amendment. In my view, the state interests enunciated throughout the American jurisprudence that are deemed to make border searches reasonable, are no different in principle from the state interests which are at stake in a Canadian customs search for illegal narcotics. National self-protection becomes a compelling component in the calculus.

Le thème dominant que l'on retrouve dans ces arrêts est que les fouilles effectuées à la frontière sans autorisation préalable et fondées sur un critère moins strict que celui des motifs probables sont justifiées par l'intérêt qu'ont les États souverains à empêcher l'entrée dans leur territoire de personnes indésirables et de marchandises prohibées, et à protéger leurs revenus tarifaires. Ces intérêts nationaux importants, alliés au fait qu'aux frontières internationales les gens ont des attentes moindres en matière de vie privée, confèrent aux fouilles effectuées à la frontière un caractère raisonnable au sens du Quatrième amendement. À mon avis, les intérêts des États, énoncés dans la jurisprudence américaine, qui sont censés conférer aux fouilles effectuées à la frontière un caractère raisonnable, ne diffèrent pas en principe des intérêts nationaux qui sont en jeu dans le cadre des fouilles effectuées aux douanes canadiennes pour trouver des stupéfiants illégaux. La nécessité d'assurer sa propre protection devient un élément déterminant du calcul effectué.

35 Dickson C.J. also referred to the caveat expressed in the reasons in *Hunter* that the reasonableness of a search must be assessed in context. The relevant qualification of the reasonableness standard as stated in *Hunter* is that the standard of reasonableness is subject to change "[w]here the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply [an] expectation of privacy as, for instance, when the search threatens . . . bodily integrity" (p. 168). Adopting a contextual approach to the assessment of reasonableness for the purposes of s. 8, the Court concluded in *Simmons* that the degree of personal privacy reasonably expected at border crossings is lower than would otherwise be available in a wholly domestic setting.

Le juge en chef Dickson a également fait état de la mise en garde faite dans l'arrêt *Hunter*, selon laquelle le caractère raisonnable d'une fouille doit être évalué dans son contexte. La réserve pertinente énoncée dans *Hunter* à l'égard de la norme du caractère raisonnable est que cette norme pourrait être différente «[s]i le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi, comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée, comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique» (à la p. 168). Adoptant une méthode contextuelle d'appréciation du caractère raisonnable pour l'application de l'art. 8, notre Cour a conclu, dans *Simmons*, que les attentes en matière de respect de la vie privée auxquelles une personne peut raisonnablement s'attendre lorsqu'elle s'apprête à traverser la frontière sont généralement moindres que celles qui s'appliqueraient dans un contexte entièrement national.

36 In *Simmons*, Dickson C.J. summarized the balance between a state's interest in preventing the flow of contraband across its borders and the individual's privacy interests as protected by s. 8 of the *Charter* as follows, at p. 528:

Dans *Simmons*, le juge en chef Dickson a décrit ainsi, à la p. 528, l'équilibre entre le droit de l'État d'empêcher la contrebande de traverser ses frontières et le droit d'une personne au respect de sa vie privée garanti par l'art. 8 de la *Charte*:

I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. Without the ability to establish that all persons who seek to cross its borders and their goods are legally entitled to enter the country, the state would be precluded from performing this crucially important function. Consequently, travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process. This process will typically require the production of proper identification and travel documentation and involve a search process beginning with completion of a declaration of all goods being brought into the country. Physical searches of luggage and of the person are accepted aspects of the search process where there are grounds for suspecting that a person has made a false declaration and is transporting prohibited goods.

J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s'il était incapable d'établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que leurs effets peuvent légalement pénétrer dans son territoire, l'État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante. Conséquemment, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen. Ce processus se caractérise par la production des pièces d'identité et des documents de voyage requis, et il implique une fouille qui commence par la déclaration de tous les effets apportés dans le pays concerné. L'examen des bagages et des personnes est un aspect accepté du processus de fouille lorsqu'il existe des motifs de soupçonner qu'une personne a fait une fausse déclaration et transporte avec elle des effets prohibés.

In my opinion, the decision of the Court in *Simmons* governs the issue raised in the present appeal. Whereas s. 143 of the previous Act referred to whether a customs officer has "reasonable cause to suppose" that a traveller has prohibited material "secreted about his person", and s. 98 of the current Act refers instead to whether a customs officer "suspects on reasonable grounds" that the person has prohibited material "secreted on or about his person", these provisions are sufficiently similar to apply the analytical framework from *Simmons* to determine the outcome of this appeal. I say this notwithstanding the assertion made by Dickson C.J. in *Simmons* that s. 98 of the current Act changed the standard from one of suspicion in the former to reasonable grounds in the present Act, an assertion with which I do not agree.

37 Je suis d'avis que l'arrêt *Simmons* de notre Cour régit la question soulevée dans le présent pourvoi. Même si l'art. 143 de la loi antérieure posait la question de savoir si l'agent des douanes avait «raisonnablement lieu de supposer» qu'un voyageur avait des articles prohibés «cachés sur [lui]» et que l'art. 98 de la loi actuelle demande plutôt si l'agent «soupçonne, pour des motifs raisonnables,» cette personne de «dissimuler sur elle ou près d'elle» des marchandises prohibées, ces dispositions se ressemblent suffisamment pour justifier l'application du cadre analytique établi dans l'arrêt *Simmons* pour décider de l'issue du présent pourvoi. Je dis cela malgré le fait que le juge en chef Dickson ait affirmé, dans *Simmons*, que l'art. 98 de la loi actuelle avait modifié la norme applicable — d'une norme fondée sur l'existence de soupçons, dans l'ancienne loi, à une norme fondée sur l'existence de motifs raisonnables, dans la loi actuelle —, affirmation avec laquelle je suis en désaccord.

In assessing the constitutionality of a strip search conducted on a person travelling through Canada Customs, Dickson C.J. in *Simmons* corre-

38 En évaluant la constitutionnalité d'une fouille à nu effectuée sur une personne passant aux douanes canadiennes, le juge en chef Dickson a, dans

lated three categories of border searches, based on the degree of intrusion into personal privacy and bodily integrity, with an increasing threshold of constitutional justification. In other words, the more intrusive the search, the greater the degree of constitutional protection required in terms of the standard of suspicion or belief which must be met prior to subjecting a traveller to a search by customs officers. Dickson C.J. articulated the necessary correlation as follows, at pp. 516-17:

It is, I think, of importance that the cases and the literature seem to recognize three distinct types of border search. First is the routine of questioning which every traveller undergoes at a port of entry, accompanied in some cases by a search of baggage and perhaps a pat or frisk of outer clothing. No stigma is attached to being one of the thousands of travellers who are daily routinely checked in that manner upon entry to Canada and no constitutional issues are raised. It would be absurd to suggest that a person in such circumstances is detained in a constitutional sense and therefore entitled to be advised of his or her right to counsel. The second type of border search is the strip or skin search of the nature of that to which the present appellant was subjected, conducted in a private room, after a secondary examination and with the permission of a customs officer in authority. The third and most highly intrusive type of search is that sometimes referred to as the body cavity search, in which customs officers have recourse to medical doctors, to X-rays, to emetics, and to other highly invasive means.

I wish to make it clear that each of the different types of search raises different issues. We are here concerned with searches of the second type and what I have to say relates only to that type of search. Searches of the third or bodily cavity type may raise entirely different constitutional issues for it is obvious that the greater the intrusion, the greater must be the justification and the greater the degree of constitutional protection. I turn now to a consideration of the appellant's specific *Charter* claims.

Simmons, mis en corrélation trois types de fouilles à la frontière, en les distinguant selon leur degré d'empiétement sur la vie privée et l'intégrité physique, les exigences de justification constitutionnelle croissant avec l'empiétement. En d'autres termes, plus envahissante est la fouille, plus élevé est le degré de protection constitutionnelle requis pour ce qui est de la norme relative aux soupçons ou à la conviction qui doit être respectée avant qu'un voyageur puisse être fouillé par les agents des douanes. Le juge en chef Dickson a formulé ainsi la corrélation nécessaire, aux pp. 516 et 517:

Il est, à mon avis, significatif que la jurisprudence et la doctrine semblent distinguer trois types de fouilles à la frontière. Premièrement, il y a l'interrogatoire de routine auquel est soumis chaque voyageur à un port d'entrée, lequel est suivi dans certains cas d'une fouille des bagages et peut-être même d'une fouille par palpation des vêtements extérieurs. Il n'y a rien d'infamant à être l'un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l'objet de ce type de contrôle de routine à leur entrée au Canada et aucune question constitutionnelle n'est soulevée à cet égard. Il serait absurde de laisser entendre qu'une personne qui se trouve dans une telle situation est détenue au sens constitutionnel du terme et a le droit, en conséquence, d'être informée de son droit à l'assistance d'un avocat. Le second type de fouille effectuée à la frontière est la fouille à nu comme celle à laquelle a été soumise l'appelante en l'espèce. Cette fouille est effectuée dans une pièce fermée, après un examen secondaire et avec la permission d'un agent des douanes occupant un poste d'autorité. Le troisième type de fouille, celui qui comporte l'empiétement le plus poussé, est parfois appelé examen des cavités corporelles; pour ce genre de fouille, les agents des douanes ont recours à des médecins, à des rayons X, à des émétiques, ainsi qu'à d'autres moyens comportant un empiétement des plus poussés.

Je tiens à établir clairement que chacun de ces différents types de fouille soulève des questions distinctes. Nous avons ici affaire aux fouilles du second type et mon propos ne concerne que les fouilles de cette catégorie. Les fouilles de la troisième catégorie ou examen des cavités corporelles peuvent soulever des questions constitutionnelles entièrement différentes puisqu'il est évident que plus l'empiétement sur la vie privée est important, plus sa justification et le degré de protection constitutionnelle accordée doivent être importants. J'aborde maintenant les demandes fondées sur la *Charte* que l'appelante a présentées en l'espèce.

Dickson C.J. concluded that the standard of "reasonable cause to suppose" in s. 143 of the prior Act authorized border searches in both the first and second categories. No determination was made as to the degree of constitutional scrutiny required for the third category of intrusive border searches, nor is it necessary at this time to decide whether s. 98 of the current Act authorizes customs officers to adopt invasive techniques such as X-rays, emetics or the intervention of medical doctors. I conclude that the actions of the customs officers in detaining the respondent in a "drug loo facility" and conducting what could be characterized as a "bedpan vigil" amounted to a search within the second category.

Le juge en chef Dickson a conclu que la norme fondée sur l'expression «a raisonnablement lieu de supposer» figurant à l'art. 143 de la loi antérieure autorisait les fouilles à la frontière relevant des deux premières catégories. Aucune décision n'a été rendue quant à l'étendue de la protection constitutionnelle exigée à l'égard de la troisième catégorie de fouilles envahissantes effectuées à la frontière, et il n'est pas nécessaire, à ce moment-ci, de décider si l'art. 98 de la loi actuelle autorise les agents des douanes à recourir à des méthodes envahissantes telles que les rayons X, les émétiques ou l'intervention de médecins. Je conclus que le fait que les agents des douanes aient détenu l'intimé dans une «salle d'évacuation des drogues» et effectué ce que l'on pourrait appeler une «veille au haricot» équivalait à une fouille relevant de la deuxième catégorie. 39

The respondent has urged the Court to find that compelling a traveller who is suspected of swallowing narcotics to provide a urine sample or a bowel movement under supervision is not simply a passive vigil but constitutes state interference with a person's bodily integrity by seizing or otherwise making use of bodily samples. The respondent relied for support on the decision of the Court in *Stillman*, *supra*, in which Cory J. held for the majority that both probable cause and a warrant are the minimum constitutional standards for the seizure of bodily samples or the use of the body under s. 8 of the *Charter*. As s. 98 of the *Customs Act* does not require either probable cause or a warrant prior to conducting a border search, the respondent therefore contends that this provision cannot be used to authorize the seizure of body samples which occurred in the circumstances of this appeal. The respondent submits that the collection of bodily waste is sufficient to place a "bedpan vigil" within the category of "most highly intrusive" border searches on the basis that the search interferes with the right to bodily integrity.

L'intimé a exhorté à notre Cour à conclure que le fait de forcer un voyageur soupçonné d'avoir avalé des stupéfiants à fournir un échantillon d'urine ou à déféquer sous surveillance n'est pas simplement une veille passive, mais constitue plutôt une atteinte de l'État à l'intégrité physique d'une personne par la saisie ou l'utilisation d'une quelconque façon d'échantillons de substances corporelles. L'intimé a invoqué l'arrêt de notre Cour *Stillman*, précité, dans lequel le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, a statué que l'existence d'un motif probable et d'un mandat constituaient les normes constitutionnelles minimales à respecter pour justifier, au regard de l'art. 8 de la *Charte*, la saisie d'échantillons de substances corporelles et l'utilisation du corps d'une personne. Étant donné que l'art. 98 de la *Loi sur les douanes* n'exige ni l'existence d'un motif probable ni celle d'un mandat préalablement à une fouille à la frontière, l'intimé avance qu'on ne peut se fonder sur cette disposition pour justifier la saisie d'échantillons de substances corporelles qui est survenue en l'espèce. L'intimé soutient que la récupération des excréments suffit pour justifier l'inclusion des «veilles au haricot» dans la catégorie des fouilles à la frontière comportant «l'empiétement le plus poussé», parce qu'une telle fouille porte atteinte au droit à l'intégrité physique. 40

41 The respondent's reliance on the Court's decision in *Stillman*, however, is misplaced. Detaining the respondent at the border in order to monitor his bowel movements and ascertain the presence of concealed narcotics is not analogous to the factual circumstances in *Stillman*, wherein the respondent was arrested for murder and refused consent to provide bodily samples for the purposes of DNA testing. The police, upon threat of force, nonetheless obtained bodily samples from the respondent while he was in custody, including strands of hair, dental imprints, saliva samples and buccal swabs. At one point, the police also retrieved a tissue that the respondent had used to blow his nose and had discarded in a wastebasket. At issue was whether the taking of the samples by the police was authorized by the common law search power incidental to an arrest. Cory J. concluded that the taking of bodily samples is a highly intrusive action which goes far beyond the typical frisk search that usually accompanies an arrest. Accordingly, he held that the respondent's rights under s. 8 had been violated.

42 The most significant distinction between the circumstances of this appeal and the situation of the respondent in *Stillman* is that border crossings represent a unique factual circumstance for the purposes of a s. 8 analysis. The particularity of this context was recently affirmed by this Court in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, wherein Gonthier J. stated for the majority as follows at para. 18:

> The unique context that border crossings present was recognized by this Court in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Dickson C.J., writing for the majority, said (at p. 528):
>
> > National self-protection becomes a compelling component in the calculus.
> >
> > I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross interna-

L'intimé a toutefois tort d'invoquer l'arrêt *Stillman* de notre Cour. La détention de l'intimé à la frontière afin de vérifier ses selles pour y déceler la présence de stupéfiants de contrebande n'est pas une situation factuelle analogue à celle qui existait dans *Stillman*, où l'intimé avait été arrêté pour meurtre et avait refusé de consentir à fournir des échantillons de substances corporelles aux fins d'analyse génétique. Sous la menace de recours à la force, les policiers avaient néanmoins obtenu des échantillons de substances corporelles de l'intimé pendant qu'il était sous garde, notamment des cheveux, des empreintes dentaires, des échantillons de salive et des prélèvements buccaux. À un certain moment, les policiers ont aussi récupéré un papier-mouchoir que l'intimé avait utilisé pour se moucher et qu'il avait jeté dans une corbeille. La question en litige était celle de savoir si la prise de ces échantillons de substances corporelles par la police était autorisée par le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law. Le juge Cory a conclu que la prise d'échantillons de substances corporelles constitue un acte très envahissant, qui va beaucoup plus loin que la fouille par palpation qui accompagne habituellement une arrestation. Par conséquent, il a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 8.

La distinction la plus importante entre les faits du présent pourvoi et la situation de l'intimé dans l'arrêt *Stillman* est que les passages frontaliers constituent une situation factuelle unique en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'art. 8. Le caractère particulier de ce contexte a récemment été confirmé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, où le juge Gonthier, au nom de la majorité, s'est exprimé ainsi, au par. 18:

> Dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, notre Cour a reconnu le contexte particulier des passages frontaliers. Le juge en chef Dickson y affirme, au nom de la majorité, à la p. 528:
>
> > La nécessité d'assurer sa propre protection devient un élément déterminant du calcul effectué.
> >
> > J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à

tional borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries.

traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire.

Accordingly, decisions of this Court relating to the reasonableness of a search for the purposes of s. 8 in general are not necessarily relevant in assessing the constitutionality of a search conducted by customs officers at Canada's border.

43 Par conséquent, les arrêts de notre Cour portant sur le caractère raisonnable d'une fouille ou d'une perquisition pour l'application de l'art. 8 en général ne sont pas nécessairement pertinents pour l'appréciation de la constitutionnalité d'une fouille effectuée par des agents des douanes aux frontières canadiennes.

A second important distinction between the circumstances of this appeal and those present in *Stillman* is that the customs officers, in detaining the respondent in this case and subjecting him to a passive "bedpan vigil", were not attempting to collect bodily samples containing personal information relating to the respondent. Cory J. in *Stillman* expressed particular concern that the actions of the police in gathering DNA evidence violated the respondent's expectations of privacy in using his body to obtain personal information. He relied in part on La Forest J.'s observation in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32, that "the use of a person's body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity". Thus the right of privacy protected by s. 8 of the *Charter* ensures that individuals are able to maintain bodily integrity and autonomy in the face of potential state interference. Cory J. summarized the connection between privacy and bodily integrity as follows, at para. 87:

44 Une deuxième distinction importante entre les faits du présent pourvoi et ceux de l'arrêt *Stillman* est que, lorsque les agents des douanes ont détenu l'intimé en l'espèce et l'ont passivement soumis à une «veille au haricot», ils ne tentaient pas de recueillir des échantillons de substances corporelles contenant des renseignements personnels concernant l'intimé. Dans *Stillman*, le juge Cory s'est dit particulièrement préoccupé par le fait que les actes accomplis par les policiers pour recueillir la preuve génétique avait porté atteinte aux attentes raisonnables de l'intimé en matière de respect de sa vie privée, car le corps de ce dernier avait été utilisé pour obtenir des renseignements personnels à son sujet. Il s'est appuyé en partie sur l'observation faite par le juge La Forest, dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 431 et 432, que «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine». Le droit à la vie privée garanti par l'art. 8 de la *Charte* permet donc aux individus de protéger leur intégrité physique et leur autonomie contre de possibles atteintes par l'État. Le juge Cory a résumé ainsi le lien entre la vie privée et l'intégrité physique, au par. 87:

Canadians think of their bodies as the outward manifestation of themselves. It is considered to be uniquely important and uniquely theirs. Any invasion of the body is an invasion of the particular person. Indeed, it is the ultimate invasion of personal dignity and privacy.

Les Canadiens considèrent leur corps comme étant la manifestation extérieure de leur être. Ils considèrent qu'il a une importance exceptionnelle et qu'il leur appartient exclusivement. Toute atteinte au corps d'un individu est une atteinte à sa personne. En fait, il s'agit de l'atteinte la plus grave à la dignité personnelle et à la vie privée.

45 Heroin pellets contained in expelled faecal matter cannot be considered as an "outward manifestation" of the respondent's identity. An individual's privacy interest in the protection of bodily fluids does not extend to contraband which is intermingled with bodily waste and which is expelled from the body in the process of allowing nature to take its course. It is not necessary for determination of the issue in this appeal to address the question of whether, if the customs officers had adopted a more invasive form of collection, such as surgery or inducing a bowel movement, the result would necessarily be the same.

46 As to my determination that the passive "bedpan vigil" conducted by the customs officers is properly classified as a search within the second category, a review of the representative border searches provided by Dickson C.J. in his analytical framework reveals that the principal distinction between searches in the second and third categories is that all of the examples listed in the third category involve, to a greater or lesser degree, the intentional application of force. Search techniques such as the insertion of a probe into a body cavity or the administration of an emetic could all be characterized in the absence of lawful authority as an assault. Consequently, the potential degree of state interference with an individual's bodily integrity for searches in the third category requires a high threshold of constitutional justification. In *Stillman*, Cory J. affirmed the highly invasive nature of searches in the third category when he stated as follows, at para. 42:

> It has often been clearly and forcefully expressed that state interference with a person's bodily integrity is a breach of a person's privacy and an affront to human dignity. The invasive nature of body searches demands higher standards of justification. In *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949, Lamer J., as he then was, noted that, "a violation of the sanctity of a person's body is much more serious than that of his office or even of his home". In addition, La Forest J. observed in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32, "the use of a person's body without his consent to obtain

Les boulettes d'héroïne qui se trouvaient dans les matières fécales excrétées par l'intimé ne peuvent être considérées comme une «manifestation extérieure» de son identité. Le droit d'une personne au respect de sa vie privée relativement à la protection des liquides organiques ne s'étend pas aux marchandises de contrebande mélangées aux excréments et qui sont expulsées du corps lorsqu'on laisse la nature faire son œuvre. Il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de décider si le résultat aurait nécessairement été le même si les agents des douanes avaient choisi une méthode plus envahissante pour recueillir la preuve, comme la chirurgie ou la provocation d'une défécation.

Relativement à ma conclusion que la «veille au haricot» passive effectuée par les agents des douanes relève à juste titre de la deuxième catégorie de fouilles, il ressort de l'examen des fouilles typiques à la frontière qui ont été énumérées par le juge en chef Dickson dans son cadre analytique que la principale distinction entre les fouilles de la deuxième catégorie et celles de la troisième est que tous les exemples donnés dans la troisième catégorie comportent, à des degrés divers, l'application intentionnelle de la force. Les méthodes de fouille comme l'insertion d'une sonde dans les orifices corporels ou l'administration d'un émétique pourraient, en l'absence d'un fondement dans la loi, être qualifiées de voies de fait. Par conséquent, le risque d'atteinte par l'État à l'intégrité physique d'une personne à l'occasion de fouilles relevant de la troisième catégorie commande le respect de normes de justification constitutionnelle strictes. Dans *Stillman*, le juge Cory a confirmé le caractère très envahissant des fouilles de la troisième catégorie, lorsqu'il a affirmé ce qui suit, au par. 42:

> On a souvent dit clairement et avec vigueur qu'une atteinte de l'État à l'intégrité physique d'une personne est une violation de la vie privée de cette personne et une atteinte à la dignité humaine. La nature envahissante des fouilles corporelles requiert des normes de justification plus strictes. Dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, à la p. 949, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, souligne que «la violation de l'intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile». De plus, le juge La Forest fait obser-

information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity". Finally, in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 517, Dickson C.J. stated:

> The third and most highly intrusive type of search is that sometimes referred to as the body cavity search, in which customs officers have recourse to medical doctors, to X-rays, to emetics, and to other highly invasive means.

Thus the determination of this appeal revolves around the central question of whether a "bedpan vigil" can properly be characterized as an "invasive" procedure on a par with body searches involving the intentional application of force. In my opinion, it cannot. There is no doubt that Canadians expect treatment that recognizes a strong sense of modesty concerning bodily functions. A traveller who is detained in a "drug loo facility" and compelled to produce either urine or a bowel movement under supervision is subject to an embarrassing process. In my view, however, a passive "bedpan vigil" is not as invasive as a body cavity search or medical procedures such as the administration of emetics. In this sense, the right to bodily integrity is not to be confused with feelings of modesty, notwithstanding their legitimacy. Accordingly, a passive "bedpan vigil" is more appropriately analogous to a category two strip search on the basis that a suspect is detained and placed in an embarrassing situation, but is not subjected to an intentional application of force against his or her will.

While I conclude that the compelled production of a urine sample or a bowel movement is an embarrassing process, it does not interfere with a person's bodily integrity, either in terms of an interference with the "outward manifestation" of an individual's identity, as was the central concern

ver, dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 431 et 432, que «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine». Finalement, dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 517, le juge en chef Dickson affirme:

> Le troisième type de fouille, celui qui comporte l'empiétement le plus poussé, est parfois appelé examen des cavités corporelles; pour ce genre de fouille, les agents des douanes ont recours à des médecins, à des rayons X, à des émétiques, ainsi qu'à d'autres moyens comportant un empiétement des plus poussés.

47 L'issue du présent pourvoi dépend donc de la réponse à la question centrale de savoir si les «veilles au haricot» peuvent à juste titre être qualifiées de procédure aussi «envahissante» que les fouilles corporelles comportant l'application intentionnelle de la force. À mon avis, elles ne peuvent être qualifiées de la sorte. Il ne fait aucun doute que les Canadiens attendent qu'on les traite d'une manière qui tienne compte de leur grand sentiment de pudeur en ce qui concerne les fonctions corporelles. Le voyageur qui est détenu dans une «salle d'évacuation des drogues» et qui est contraint d'uriner ou de déféquer sous surveillance est soumis à une procédure embarrassante. Toutefois, j'estime qu'une «veille au haricot» passive n'a pas un caractère aussi envahissant que la fouille des orifices corporels ou que des actes médicaux telle l'administration d'émétiques. Dans ce sens, il ne faut pas confondre droit à l'intégrité physique et sentiments de pudeur, malgré la légitimité de ces sentiments. En conséquence, une «veille au haricot» passive présente une plus grande analogie avec la deuxième catégorie de fouilles — la fouille à nu — puisque le suspect est détenu et mis dans une situation embarrassante, mais n'est pas soumis contre son gré à l'application intentionnelle de la force.

48 Bien que je conclue que le fait de contraindre un individu à produire un échantillon d'urine ou à déféquer constitue une procédure embarrassante, une telle mesure ne porte pas atteinte à l'intégrité physique de cet individu, soit comme atteinte à la «manifestation extérieure» de son identité — ce

in *Stillman*, or in relation to the intentional application of force, as was relevant in *Simmons*. As is the case with other investigation techniques in the second category such as a strip search, subjecting travellers crossing the Canadian border to potential embarrassment is the price to be paid in order to achieve the necessary balance between an individual's privacy interest and the compelling countervailing state interest in protecting the integrity of Canada's borders from the flow of dangerous contraband materials. Accordingly, I find that the border search conducted by the customs officers in the circumstances of this appeal was reasonable for the purposes of s. 8 of the *Charter*.

3. Did the customs officers have a reasonable suspicion that the respondent had narcotics secreted on or about his person?

49 The reasons of the majority in the Court of Appeal overturned the trial judge's ruling on the *voir dire* that Inspector Roberts had reasonable grounds to believe that the respondent had ingested narcotics prior to his arrival at Pearson International Airport, and was attempting to smuggle these narcotics across the Canadian border. The majority held instead that Inspector Roberts had only a reasonable suspicion. Having determined, however, that the search conducted by the customs officers was constitutionally permissible pursuant to s. 98 of the *Customs Act* on the basis of reasonable grounds to suspect, which can be viewed as a lesser but included standard in the threshold of reasonable and probable grounds to believe, I see no reason to interfere with the implicit factual finding at trial, confirmed on appeal, that Inspector Roberts had at the very least reasonable grounds to suspect that the respondent had ingested narcotics.

50 It is important to note that Inspector Roberts based his conclusion on the cumulative effect of several factors, and that no one factor can be

qui était la préoccupation centrale dans *Stillman* —, soit comme application intentionnelle de la force, facteur pertinent dans *Simmons*. Tout comme d'autres méthodes d'enquête relevant de la deuxième catégorie, par exemple la fouille à nu, le fait que des voyageurs traversant la frontière canadienne soient soumis à des situations potentiellement embarrassantes est le prix à payer pour établir l'équilibre nécessaire entre le droit d'une personne au respect de sa vie privée et le droit opposé et impérieux qu'a l'État de protéger l'intégrité des frontières canadiennes contre l'introduction de marchandises de contrebande dangereuses. En conséquence, je conclus que, en l'espèce, la fouille effectuée à la frontière par les agents des douanes n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

3. Les agents des douanes avaient-ils des soupçons raisonnables que l'intimé avait dissimulé des stupéfiants sur lui ou près de lui?

Dans leurs motifs, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la décision rendue par le juge du procès à l'occasion du voir-dire et selon laquelle l'inspecteur Roberts avait des motifs raisonnables de croire que l'intimé avait ingéré des stupéfiants avant son arrivée à l'aéroport international Pearson et qu'il tentait de leur faire franchir clandestinement la frontière canadienne. Les juges majoritaires ont plutôt conclu que l'inspecteur n'avait que des soupçons raisonnables. Toutefois, comme j'ai statué que la fouille effectuée par les agents des douanes était constitutionnellement valide et autorisée par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes* en raison de l'existence de motifs raisonnables de soupçonner, norme qui peut être considérée comme une norme moins exigeante que celle fondée sur l'existence de motifs raisonnables et probables de croire mais incluse dans celle-ci, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de fait tirée implicitement au procès, puis confirmée en appel, que l'inspecteur Roberts avait à tout le moins des motifs raisonnables de soupçonner que l'intimé avait ingéré des stupéfiants.

Il est important de souligner que l'inspecteur Roberts a fondé sa conclusion sur l'effet cumulatif de plusieurs facteurs et qu'aucun facteur ne peut

assessed in isolation. Recall that Inspector Roberts first noted that the respondent's airline ticket to Switzerland had cost $688.00 and was paid for by cheque on the date of departure. Inspector Roberts interpreted this to indicate that the respondent had left Canada in haste, since in his experience most people arrange their travel plans and purchase their tickets well in advance of the date of departure. It had also been his experience that the average traveller is unlikely to fly to Switzerland on short notice to visit a cousin, particularly in circumstances such as the respondent's where financial resources would most likely be limited. These factors increased in significance given Inspector Roberts' opinion that Switzerland was a "transit routing" country for narcotics smuggling. Inspector Roberts also noted that the respondent's passport listed his place of birth as Ghana, which Inspector Roberts viewed as a corresponding "source" country. The respondent, however, denied in response to Inspector Roberts' questioning that he had travelled to Ghana while out of the country.

être évalué isolément. Il faut se rappeler que l'inspecteur Roberts a d'abord remarqué que le billet d'avion pour la Suisse acheté par l'intimé avait coûté 688 $ et qu'il avait été payé par chèque le jour du départ. L'inspecteur Roberts y a vu une indication que l'intimé avait quitté le Canada à la hâte, puisque, suivant son expérience, la plupart des gens font leurs préparatifs de voyage et achètent leur billet bien avant la date du départ. Son expérience lui disait aussi qu'il est peu plausible que le voyageur moyen prenne subitement l'avion pour la Suisse afin de visiter un cousin, particulièrement les voyageurs qui, comme l'intimé, disposent très vraisemblablement de ressources financières limitées. Ces facteurs prenaient encore plus de poids vu l'opinion de l'inspecteur Roberts que la Suisse était un pays «de transit» pour la contrebande des stupéfiants. L'inspecteur Roberts a aussi observé que le passeport de l'intimé donnait le Ghana comme lieu de naissance, pays qu'il estimait être un pays «source». En réponse aux questions de l'inspecteur Roberts, l'intimé avait toutefois nié s'être rendu au Ghana pendant son séjour à l'extérieur du Canada.

Inspector Roberts next asked the respondent whether he had a criminal record, which the respondent also denied. Inspector Roberts then performed a computer check which disclosed that the respondent had been charged with incest but had not yet been tried. When Inspector Roberts returned from completing the computer check to question the respondent further, the respondent volunteered the information that was perhaps the most damaging to his credibility. Although the respondent initially denied having travelled to Ghana, he subsequently admitted to Inspector Roberts that he had indeed visited Ghana to visit his mother. It was at this point that Inspector Roberts indicated in his evidence: "I had actually got grounds". In my opinion, a traveller's inability to maintain consistency when responding to questions regarding his or her travel itinerary, particularly in circumstances where the itinerary is relatively uncomplicated, leads to an entirely reasonable inference that the traveller is attempting at the very least to mislead the customs officer.

51 L'inspecteur Roberts a ensuite demandé à l'intimé s'il avait des antécédents judiciaires, question à laquelle l'intimé a également répondu non. L'inspecteur Roberts a alors effectué une vérification informatique qui a révélé que l'intimé avait été accusé d'inceste mais n'avait pas encore subi son procès. Lorsque, après avoir effectué cette vérification, l'inspecteur Roberts est revenu poursuivre l'interrogatoire, l'intimé a spontanément révélé l'information qui a peut-être le plus entaché sa crédibilité. Bien que celui-ci ait d'abord nié être allé au Ghana, il a ensuite avoué à l'inspecteur Roberts s'y être rendu pour visiter sa mère. C'est en se référant à ce moment-là que l'inspecteur Roberts a indiqué, dans son témoignage: [TRADUCTION] «J'avais vraiment des motifs». Selon moi, l'incapacité d'un voyageur de maintenir la cohérence de sa version lorsqu'il répond à des questions sur son itinéraire, surtout lorsque cet itinéraire est relativement simple, mène à l'inférence parfaitement raisonnable que, à tout le moins, ce voyageur tente de tromper l'agent des douanes.

52 When the respondent's admission to having visited Ghana is considered in light of the cumulative effect of the factors considered by Inspector Roberts, particularly in light of Inspector Roberts' view that the respondent had visited both a "transit routing" and "source" country for narcotics, Inspector Roberts' assessment that he had reasonable grounds to suspect that the respondent was attempting to smuggle ingested narcotics into Canada is unassailable.

Lorsque l'admission de l'intimé qu'il s'était rendu au Ghana est considérée à la lumière de l'effet cumulatif des divers facteurs pris en compte par l'inspecteur Roberts, en particulier à la lumière de l'opinion de ce dernier que l'intimé s'était rendu et dans un pays «source» de stupéfiants et dans un pays «de transit», la décision de l'inspecteur qu'il avait des motifs raisonnables de soupçonner que l'intimé tentait d'introduire clandestinement au Canada des stupéfiants qu'il avait ingérés est inattaquable.

4. Did the customs officers conduct the search of the respondent "within a reasonable time after his arrival in Canada" as required by s. 98(1) of the *Customs Act*?

4. Les agents des douanes ont-ils fouillé l'intimé «dans un délai justifiable suivant son arrivée [au Canada]» comme l'exige le par. 98(1) de la *Loi sur les Douanes*?

53 On the question of whether the customs officers conducted the search within a reasonable time after the respondent's arrival in Canada, I agree with Weiler J.A.'s conclusion that the assessment of "reasonableness" must take into account not only any delay in the search process, but also the inherent time requirements of the particular search technique. Based on the evidence at trial, a delay of 30 minutes from the time a person is detained until the search begins is reasonable. In this case, however, the customs enforcement officers did not arrive until nearly two hours after the respondent was detained. As Weiler J.A. noted, however, while a delay at any point in the search process is an important consideration, it cannot be examined in isolation. Given the fact that a passive "bedpan vigil" is an inherently time-consuming process, I am of the opinion that the delayed response by the customs enforcement officers of one-and-a-half hours is not sufficient to establish that the search of the respondent was not conducted "within a reasonable time after his arrival in Canada" as required by s. 98(1) of the *Customs Act*.

Relativement à la question de savoir si les agents des douanes ont fouillé l'intimé dans un délai justifiable après son arrivée au Canada, je souscris à la conclusion du juge Weiler de la Cour d'appel que, dans l'appréciation du «caractère justifiable», il faut tenir compte non seulement du temps mis avant de procéder à la fouille, mais également des délais inhérents à la méthode de fouille utilisée. Suivant la preuve présentée au procès, un délai de 30 minutes entre le moment où la personne est mise en détention et le début de la fouille est raisonnable. Toutefois, en l'espèce, les agents d'exécution des douanes ne sont arrivés sur les lieux que près de deux heures après la mise en détention de l'intimé. Cependant, comme l'a souligné le juge Weiler, bien que le fait qu'il survienne une période d'attente à un moment ou l'autre au cours de la fouille soit un facteur important, cette attente ne peut être examinée isolément. Compte tenu du fait qu'une «veille au haricot» passive est une méthode qui, intrinsèquement, demande du temps, je suis d'avis que le retard d'une heure trente des agents d'exécution des douanes ne suffit pas à établir que l'intimé n'a pas été fouillé «dans un délai justifiable suivant son arrivée [au Canada]» comme l'exige le par. 98(1) de la *Loi sur les douanes*.

B. *Does s. 7 of the Charter require that the detention of a traveller who is believed to have swallowed narcotics be conducted under medical supervision?*

It is not disputed that those who ingest large amounts of heroin in the form of pellets will be placed in physical danger should one of the pellets burst or otherwise begin leaking while still inside the person's digestive system. The risk increases with time and to the extent that the natural passage of the material in the form of a bowel movement is resisted. There is no doubt that the respondent's safety was at risk for this reason and that the customs officers were aware of this fact once the positive urine test confirmed the presence of heroin in the respondent's system. Although the official customs policy in such cases is to conduct the detention in a hospital or otherwise under qualified medical supervision, the customs officers were unaware of this official policy and instead followed the standard port policy, which was to monitor the suspect closely and to provide prompt medical attention if requested by the suspect, or should the need arise.

The respondent contends that the actions of the customs officers placed his life at risk in a manner contrary to his guaranteed constitutional rights under s. 7 of the *Charter* by failing to ensure that his detention was conducted at all times under medical supervision. The Court held in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, that state action which has the likely effect of impairing a person's health engages the fundamental right under s. 7 to security of the person. What the respondent is seeking in this appeal, however, is to extend this constitutional guarantee to include an obligation by the state to provide medical supervision in response to the risk to the respondent's health which in these circumstances was self-induced, notwithstanding that the respondent himself refused the offer of medical attention.

As Weiler J.A. noted, although the respondent was deprived of his physical liberty during his

B. *L'article 7 de la Charte exige-t-il que la détention d'un voyageur soupçonné d'avoir avalé des stupéfiants ait lieu sous surveillance médicale?*

Il n'est pas contesté que ceux qui ingèrent de grandes quantités d'héroïne sous forme de boulettes seraient physiquement en danger si l'une de ces boulettes éclatait ou commençait à couler de quelque façon pendant qu'elle se trouve toujours dans leur système digestif. Le risque augmente avec le temps et dans la mesure où on empêche l'évacuation naturelle de la substance en retenant la défécation. Il ne fait aucun doute que la sécurité de l'intimé était menacée pour cette raison, et que les agents des douanes connaissaient ce fait dès que le résultat positif de l'analyse d'urine a confirmé la présence d'héroïne dans le système de l'intimé. Bien que la politique officielle des douanes dans de tels cas consiste à détenir la personne dans un hôpital ou sous la surveillance de personnel médical qualifié, les agents des douanes ignoraient cette politique et ont plutôt suivi la politique usuelle à ce point d'entrée, qui était de surveiller étroitement le suspect et de lui fournir promptement des soins médicaux s'il le demandait ou si le besoin se faisait sentir. 54

L'intimé prétend que, en négligeant de faire en sorte qu'il soit détenu sous surveillance médicale constante, les agents des douanes ont mis sa vie en danger dans des conditions incompatibles avec les droits constitutionnels que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, notre Cour a statué que les actes de l'État qui auront probablement pour effet de détériorer la santé d'une personne entraînent l'application du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Toutefois, dans le présent pourvoi, l'intimé prétend que cette garantie constitutionnelle comportait l'obligation pour l'État de le mettre sous surveillance médicale en raison des risques qu'il avait lui-même créés pour sa santé, et ce malgré le fait qu'il avait lui-même refusé les soins médicaux qu'on lui offrait. 55

Comme l'a souligné le juge Weiler, bien que l'intimé ait été privé de sa liberté durant la période 56

period of detention, he was not deprived of the liberty to make his own decisions concerning his health, regardless of whether he made a decision which was contrary to his own best interests. The customs officers specifically inquired as to the respondent's well-being and made it clear to the respondent that unconditional medical assistance was available at any time. While it might have been preferable for the customs officers to have followed the official customs policy, as indicated in the testimony of the expert, they took reasonable steps to ensure the respondent's physical safety by monitoring his condition and specifically offering him access to medical care. Constitutional protection of life and security of the person pursuant to s. 7 of the *Charter* does not extend to providing access to medical supervision during a passive "bedpan vigil" over and above the rejection of medical attention by the suspect being detained.

C. *If the accused's Charter rights were violated, should the evidence of the heroin pellets have been excluded at trial pursuant to s. 24(2)?*

57 Having determined that the customs officers' detention of the respondent in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics did not violate the respondent's rights under s. 7 or s. 8 of the *Charter*, I do not find it necessary to address the exclusion of evidence under s. 24(2).

VI. Conclusion and Disposition

58 I conclude that the actions of the customs officers were authorized by s. 98 of the *Customs Act* on the basis that: (a) s. 98 of the Act permits customs officers who have a reasonable suspicion that a traveller has ingested narcotics to detain the traveller for such a period of time as is necessary either to confirm or discredit this suspicion by means of a passive "bedpan vigil"; and (b) the customs officers in the circumstances of this appeal did have reasonable grounds to suspect that the respondent had indeed ingested narcotics. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the

de détention, il n'a pas été privé de la liberté de prendre ses propres décisions à l'égard de sa santé, que ces décisions aient été dans son intérêt ou non. Les agents des douanes lui ont expressément demandé s'il se sentait bien et lui ont indiqué clairement qu'il pouvait obtenir de l'aide médicale en tout temps et sans conditions. Bien qu'il eût été préférable que les agents des douanes suivent la politique officielle des douanes, comme l'a indiqué l'expert dans son témoignage, ils ont pris des mesures raisonnables pour veiller à la sécurité de l'intimé en surveillant son état et en lui offrant expressément l'accès à des soins médicaux. La protection constitutionnelle du droit à la vie et à la sécurité de la personne prévu par l'art. 7 de la *Charte* n'oblige pas à assurer la surveillance médicale d'un suspect en détention durant une «veille au haricot» passive, lorsque ce dernier refuse l'aide médicale qui lui est offerte.

C. *S'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'accusé par la Charte, les éléments de preuve que constituent les boulettes d'héroïne auraient-ils dû être écartés au procès en vertu du par. 24(2)?*

Ayant jugé que la détention de l'intimé par les agents des douanes afin de confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants n'avait pas porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte*, je n'estime pas nécessaire d'aborder la question de l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2).

VI. La conclusion et le dispositif

Je conclus que les actes des agents des douanes étaient autorisés par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes* pour les raisons suivantes: a) les agents des douanes qui ont des soupçons raisonnables qu'un voyageur a ingéré des stupéfiants sont autorisés par l'art. 98 de la Loi à détenir ce voyageur pendant la période nécessaire pour confirmer ou infirmer ces soupçons au moyen d'une «veille au haricot» passive; b) dans les circonstances du présent pourvoi, les agents des douanes avaient effectivement des motifs raisonnables de soupçonner que l'intimé avait bel et bien ingéré des stupé-

judgment of the Ontario Court of Appeal, and restore the conviction entered at trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the respondent: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

fiants. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

Jamie Tanis Gladue *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Alberta and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* GLADUE

File No.: 26300.

1998: December 10; 1999: April 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Accused sentenced to three years' imprisonment after pleading guilty to manslaughter — No special consideration given by sentencing judge to accused's aboriginal background — Principles governing application of s. 718.2(e) of Criminal Code — Class of aboriginal people coming within scope of provision — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(e).

The accused, an aboriginal woman, pled guilty to manslaughter for the killing of her common law husband and was sentenced to three years' imprisonment. On the night of the incident, the accused was celebrating her 19th birthday and drank beer with some friends and family members, including the victim. She suspected the victim was having an affair with her older sister and, when her sister left the party, followed by the victim, the accused told her friend, "He's going to get it. He's really going to get it this time". She later found the victim and her sister coming down the stairs together in her sister's home. She believed that they had been engaged in sexual activity. When the accused and the victim returned to their townhouse, they started to quarrel. During the argument, the accused confronted the victim with his infidelity and he told her that she was fat and ugly and not as good as the others. A few minutes later, the victim fled their home. The accused ran toward him with a

Jamie Tanis Gladue *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Alberta et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* GLADUE

N° du greffe: 26300.

1998: 10 décembre; 1999: 23 avril.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Accusée condamnée à trois ans d'emprisonnement après avoir plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable — Aucune attention particulière accordée aux origines autochtones de l'accusée par le juge de la peine — Principes régissant l'application de l'al. 718.2e) du Code criminel — Catégorie d'autochtones visés par la disposition — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2e).

L'accusée, une autochtone, a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable de son conjoint de fait et a été condamnée à trois ans d'emprisonnement. La nuit de l'incident, l'accusée célébrait son 19e anniversaire de naissance et avait bu de la bière avec des amis et des membres de la famille, dont la victime. Elle soupçonnait ce dernier d'avoir une liaison avec sa sœur aînée, et lorsque celle-ci a quitté la soirée, suivie de la victime, l'accusée a dit à son amie: «Il va l'avoir. Il va vraiment l'avoir cette fois». Elle a vu plus tard la victime et sa sœur descendre l'escalier ensemble dans l'appartement de sa sœur. Elle les a soupçonnés d'avoir eu des relations sexuelles. À leur retour à la maison, l'accusée et la victime ont commencé à se quereller. Au cours de l'échange, l'accusée a reproché à la victime son infidélité; il lui a répondu qu'elle était grosse et laide et qu'elle n'était pas aussi bonne que les autres. Quelques minutes plus tard, la victime s'est enfuie de la maison.

large knife and stabbed him in the chest. When returning to her home, she was heard saying "I got you, you fucking bastard". There was also evidence indicating that she had stabbed the victim on the arm before he left the townhouse. At the time of the stabbing, the accused had a blood-alcohol content of between 155 and 165 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

At the sentencing hearing, the judge took into account several mitigating factors. The accused was a young mother and, apart from an impaired driving conviction, she had no criminal record. Her family was supportive and, while on bail, she had attended alcohol abuse counselling and upgraded her education. The accused was provoked by the victim's insulting behaviour and remarks. At the time of the offence, the accused had a hyperthyroid condition which caused her to overreact to emotional situations. She showed some signs of remorse and entered a plea of guilty. The sentencing judge also identified several aggravating circumstances. The accused stabbed the deceased twice, the second time after he had fled in an attempt to escape. From the remarks she made before and after the stabbing it was clear that the accused intended to harm the victim. Further, she was not afraid of the victim; she was the aggressor. The judge considered that the principles of denunciation and general deterrence must play a role in the present circumstances even though specific deterrence was not required. He also indicated that the sentence should take into account the need to rehabilitate the accused. The judge decided that a suspended sentence or a conditional sentence of imprisonment was not appropriate in this case. He noted that there were no special circumstances arising from the aboriginal status of the accused and the victim that he should take into consideration. Both were living in an urban area off-reserve and not "within the aboriginal community as such". The sentencing judge concluded that the offence was a very serious one, for which the appropriate sentence was three years' imprisonment. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal of her sentence.

Held: The appeal should be dismissed.

The considerations which should be taken into account by a judge sentencing an aboriginal offender have been summarized at para. 93 of the reasons for judgment. The following is a reflection of that summary.

L'accusée a couru vers lui, un grand couteau à la main, et l'a poignardé à la poitrine. Comme elle revenait vers son appartement, on l'a entendu dire: «Je t'ai eu, je t'ai eu, maudit chien». La preuve indiquait aussi qu'elle avait poignardé la victime au bras avant que celui-ci se soit enfui de l'appartement. Au moment où elle a donné le coup de couteau, l'accusée avait dans le sang entre 155 et 165 mg d'alcool par 100 ml de sang.

À l'audience de détermination de la peine, le juge a pris en compte plusieurs facteurs atténuants. L'accusée était une jeune mère et, hormis une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies, elle n'avait pas de casier judiciaire. Elle avait le soutien de sa famille et, pendant qu'elle était en liberté sous caution, elle suivait une thérapie pour son alcoolisme et poursuivait ses études. L'accusée avait été provoquée par la conduite et les remarques insultantes de la victime. À l'époque de l'infraction, l'accusée souffrait d'hyperthyroïdie, ce qui la conduisait à réagir excessivement à des situations émotionnelles. Elle a montré des signes de remords et a plaidé coupable. Le juge de la peine a aussi relevé plusieurs circonstances aggravantes. L'accusée a poignardé la victime deux fois, la deuxième après sa tentative de fuite. D'après les remarques qu'elle a faites avant et après les coups de couteau, il était clair qu'elle avait l'intention de causer du mal à la victime. De plus, elle n'avait pas peur de la victime; en fait, elle était l'agresseur. Le juge a estimé que les principes de la dénonciation et de l'effet dissuasif général devaient jouer un rôle dans les circonstances de l'espèce même s'il n'y avait pas lieu de rechercher un effet dissuasif particulier. Il a aussi indiqué que la peine devait tenir compte de la nécessité de favoriser la réinsertion sociale de l'accusée. Le juge a conclu qu'une condamnation avec sursis ou un sursis de sentence n'étaient pas indiqués en l'espèce. Il a estimé que du statut d'autochtone de l'accusée et de la victime ne découlait aucune circonstance particulière qu'il devait prendre en considération. Les deux vivaient en milieu urbain, à l'extérieur de la réserve, et non «dans la communauté autochtone en tant que telle». Le juge de la peine a conclu qu'il s'agissait d'une infraction très grave, pour laquelle il convenait d'infliger une peine de trois ans d'emprisonnement. La Cour d'appel a rejeté à la majorité l'appel de sa sentence interjeté par l'accusée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les considérations dont le juge de la peine doit tenir compte lorsqu'il s'agit d'un délinquant autochtone sont résumées au par. 93 des motifs de la décision. Les paragraphes qui suivent reflètent ce résumé.

Part XXIII of the *Criminal Code* codifies the fundamental purpose and principles of sentencing and the factors that should be considered by a judge in striving to determine a sentence that is fit for the offender and the offence. In that Part, s. 718.2(*e*) mandatorily requires sentencing judges to consider all available sanctions other than imprisonment and to pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. The provision is not simply a codification of existing jurisprudence. It is remedial in nature and is designed to ameliorate the serious problem of overrepresentation of aboriginal people in prisons, and to encourage sentencing judges to have recourse to a restorative approach to sentencing. There is a judicial duty to give the provision's remedial purpose real force. Section 718.2(*e*) must be read in the context of the rest of the factors referred to in that section and in light of all of Part XXIII. In determining a fit sentence, all principles and factors set out in that Part must be taken into consideration. Attention should be paid to the fact that Part XXIII, through certain provisions, has placed a new emphasis upon decreasing the use of incarceration.

Sentencing is an individual process and in each case the consideration must continue to be what is a fit sentence for this accused for this offence in this community. The effect of s. 718.2(*e*), however, is to alter the method of analysis which sentencing judges must use in determining a fit sentence for aboriginal offenders. Section 718.2(*e*) directs judges to undertake the sentencing of such offenders individually, but also differently, because the circumstances of aboriginal people are unique. In sentencing an aboriginal offender, the judge must consider: (a) the unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and (b) the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection. In order to undertake these considerations the sentencing judge will require information pertaining to the accused. Judges may take judicial notice of the broad systemic and background factors affecting aboriginal people, and of the priority given in aboriginal cultures to a restorative approach to sentencing. In the usual course of events, additional case-specific information will come from counsel and from a pre-sentence report which takes into account the systemic or background factors and the appropriate sentencing procedures and sanctions, which in turn may come from representations of the relevant aboriginal community. The

La partie XXIII du *Code criminel* codifie l'objet et les principes essentiels de détermination de la peine ainsi que les facteurs dont le juge doit tenir compte pour fixer une peine appropriée eu égard au délinquant et à l'infraction. Dans cette partie, l'al. 718.2*e*) impose au juge de la détermination de la peine d'examiner toutes les sanctions substitutives applicables et de porter attention aux circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. Cette disposition n'est pas une simple codification de la jurisprudence existante. Elle a un caractère réparateur et elle a pour objet de remédier au grave problème de la surreprésentation des autochtones dans les prisons et d'encourager le juge à aborder la détermination de la peine selon une approche corrective. Le juge est tenu de donner une force réelle à l'objet réparateur de la disposition. L'alinéa 718.2*e*) doit être interprété dans le contexte des autres facteurs mentionnés dans cette disposition et à la lumière de l'ensemble de la partie XXIII. Tous les principes et facteurs énoncés dans cette partie doivent être pris en considération dans la détermination de la peine. Il faut porter attention au fait que la partie XXIII, par certaines dispositions, a réaffirmé l'importance de la réduction du recours à l'incarcération.

La détermination de la peine est un processus individualisé, et, dans chaque cas, il faut continuer de se demander quelle est la peine appropriée pour tel accusé, telle infraction dans telle communauté. L'alinéa 718.2*e*) a toutefois l'effet de modifier la méthode d'analyse que les juges doivent suivre lorsqu'ils déterminent la peine appropriée pour des délinquants autochtones. L'alinéa 718.2*e*) impose aux juges d'aborder la détermination de la peine à infliger à de tels délinquants d'une façon individualisée, mais différente parce que la situation des autochtones est particulière. En déterminant la peine à infliger à un délinquant autochtone, le juge doit examiner: a) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux; b) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones. Aux fins de l'examen de ces considérations, le juge de la peine aura besoin de renseignements concernant l'accusé. Les juges peuvent prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques généraux touchant les autochtones, et de la priorité donnée dans les cultures autochtones à une approche corrective de la détermination de la peine. Normalement, des renseignements spécifiques à l'affaire proviendront des avocats et d'un rapport présentenciel qui tiendra compte des facteurs systémiques ou histo-

offender may waive the gathering of that information. The absence of alternative sentencing programs specific to an aboriginal community does not eliminate the ability of a sentencing judge to impose a sanction that takes into account principles of restorative justice and the needs of the parties involved.

If there is no alternative to incarceration the length of the term must be carefully considered. The jail term for an aboriginal offender may in some circumstances be less than the term imposed on a non-aboriginal offender for the same offence. However, s. 718.2(*e*) is not to be taken as a means of automatically reducing the prison sentence of aboriginal offenders; nor should it be assumed that an offender is receiving a more lenient sentence simply because incarceration is not imposed. It is also unreasonable to assume that aboriginal peoples do not believe in the importance of traditional sentencing goals such as deterrence, denunciation, and separation, where warranted. In this context, generally, the more serious and violent the crime, the more likely it will be as a practical matter that the terms of imprisonment will be the same for similar offences and offenders, whether the offender is aboriginal or non-aboriginal.

Section 718.2(*e*) applies to all aboriginal persons wherever they reside, whether on- or off-reserve, in a large city or a rural area. In defining the relevant aboriginal community for the purpose of achieving an effective sentence, the term "community" must be defined broadly so as to include any network of support and interaction that might be available, including one in an urban centre. At the same time, the residence of the aboriginal offender in an urban centre that lacks any network of support does not relieve the sentencing judge of the obligation to try to find an alternative to imprisonment.

In this case, the sentencing judge may have erred in limiting the application of s. 718.2(*e*) to the circumstances of aboriginal offenders living in rural areas or on-reserve. Moreover, he does not appear to have considered the systemic or background factors which may have influenced the accused to engage in criminal conduct, or the possibly distinct conception of sentencing held by the accused, by the victim's family, and by their

riques et des procédures de détermination de la peine et des sanctions appropriées, pouvant aussi provenir d'observations présentées par la communauté autochtone intéressée. Le délinquant peut renoncer à réunir ces renseignements. L'absence de programme de peines substitutives spécifique à une communauté autochtone n'élimine pas la possibilité pour le juge d'imposer une peine qui tienne compte des principes de la justice corrective et des besoins des parties en cause.

En l'absence de solution de rechange à l'incarcération, la durée de la peine devra être soigneusement examinée. La période d'emprisonnement imposée à un délinquant autochtone pourra dans certaines circonstances être moins longue que celle imposée à un délinquant non-autochtone pour la même infraction. Toutefois, l'al. 718.2*e*) ne doit pas être considéré comme un moyen de réduire automatiquement la peine d'emprisonnement des délinquants autochtones. Il ne faut pas présumer non plus que le délinquant reçoit une peine plus légère pour la simple raison que l'incarcération n'est pas imposée. Il n'est pas raisonnable de présumer que les peuples autochtones ne croient pas en l'importance des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, tels la dissuasion, la dénonciation et l'isolement, quand ils sont justifiés. Dans ce contexte, en règle générale, plus grave et violent sera le crime, plus grande sera la probabilité d'un point de vue pratique que la période d'emprisonnement soit la même pour des infractions et des délinquants semblables, que le délinquant soit autochtone ou non-autochtone.

L'alinéa 718.2*e*) s'applique à tous les délinquants autochtones où qu'ils résident, à l'intérieur comme à l'extérieur d'une réserve, dans une grande ville ou dans une zone rurale. Aux fins de déterminer la collectivité autochtone pertinente en vue de fixer une peine efficace, le terme «collectivité» devrait recevoir une définition assez large pour inclure tout réseau de soutien et d'interaction qui pourrait exister, y compris en milieu urbain. En même temps, le fait que le délinquant autochtone habite dans un milieu urbain qui ne possède aucun réseau de soutien ne relève pas le juge qui inflige la peine de son obligation d'essayer de trouver une solution de rechange à l'emprisonnement.

En l'espèce, le juge qui a prononcé la peine s'est trompé s'il a limité l'application de l'al. 718.2*e*) aux délinquants autochtones vivant en milieu rural ou dans une réserve. De plus, il paraît ne pas avoir examiné les facteurs systémiques ou historiques qui ont pu influer sur la conduite criminelle de l'accusée, ou la conception distincte de la sanction pénale que pouvaient avoir l'accusée, la famille de la victime et leur communauté. En

community. The majority of the Court of Appeal, in dismissing the accused's appeal, also does not appear to have considered many of the relevant factors. Although in most cases such errors would be sufficient to justify sending the matter back for a new sentencing hearing, in these circumstances it would not be in the interests of justice to order a new hearing in order to canvass the accused's circumstances as an aboriginal offender. Both the sentencing judge and all members of the Court of Appeal acknowledged that the offence was a particularly serious one. For that offence by this offender a sentence of three years' imprisonment was not unreasonable. More importantly, the accused was granted, subject to certain conditions, day parole after she had served six months in a correctional centre and, about a year ago, was granted full parole with the same conditions. The results of the sentence with incarceration for six months and the subsequent controlled release were in the interests of both the accused and society.

Cases Cited

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418; *R. v. J. (C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 444; *R. v. Wells* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129; *R. v. Hunter* (1998), 125 C.C.C. (3d) 121; *R. v. Young* (1998), 131 Man. R. (2d) 61; *R. v. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 25.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], ss. 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 742.1 [am. 1997, c. 18, s. 107].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, February 1987.
Canada. *Debates of the Senate*, vol. 135, No. 99, 1st Sess., 35th Parl., June 21, 1995, p. 1871.
Canada. Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice. *Corrections Population*

rejetant l'appel de l'accusée, les juges majoritaires de la Cour d'appel paraissent eux aussi ne pas avoir examiné plusieurs des facteurs pertinents. Même si, dans la plupart des cas, de telles erreurs suffiraient à justifier le renvoi de l'affaire pour une nouvelle audience de détermination de la peine, dans les circonstances, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'ordonner une nouvelle audience pour examiner les circonstances dans lesquelles se trouve l'accusée en tant que délinquante autochtone. Le juge de la peine et tous les juges de la Cour d'appel ont reconnu que l'infraction en cause était particulièrement grave. Pour cette infraction commise par cette délinquante, une peine de trois ans d'emprisonnement n'était pas déraisonnable. De façon plus importante, l'accusée, sous réserve de certaines conditions, a obtenu une libération conditionnelle de jour après avoir purgé une peine de six mois à un centre correctionnel et, il y a environ un an, elle a obtenu une libération conditionnelle totale aux mêmes conditions. Les résultats de la peine imposée, avec une incarcération de six mois suivie d'une libération contrôlée, étaient dans l'intérêt de l'accusée et dans celui de la société.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418; *R. c. J. (C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 444; *R. c. Wells* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129; *R. c. Hunter* (1998), 125 C.C.C. (3d) 121; *R. c. Young* (1998), 131 Man. R. (2d) 61; *R. c. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 25.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie XXIII [rempl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 742.1 [mod. 1997, ch. 18, art. 107].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule nº 62, 17 novembre 1994, p. 62:15.
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. Rapport du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur la

Growth: First Report on Progress. Fredericton: Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice, February 1997.

Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, pp. 5871, 5873.

Canada. *House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 35th Parl., September 22, 1994, p. 6028.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 62, November 17, 1994, p. 62:15.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General. Report of the Standing Committee on Justice and Solicitor General on its Review of Sentencing, Conditional Release and Related Aspects of Corrections. *Taking Responsibility*, August 1988.

Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 11. *Imprisonment and Release*. Ottawa: The Commission, 1975.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities*. Ottawa: The Commission, 1996.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.

Canada. Solicitor General. Consolidated Report. *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act — Five Years Later*. Ottawa: Solicitor General, 1998.

Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Adult Correctional Services in Canada, 1995-96*. Ottawa: The Centre, March 1997.

Canada. Statistics Canada. *Infomat: A Weekly Review*, February 27, 1998. "Prison population and costs", p. 5.

Canadian Corrections Association. *Indians and the Law*. Ottawa: Queen's Printer, 1967.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Jackson, Michael. "In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities", [1992] *U.B.C. L. Rev. (Special Edition)* 147.

Jackson, Michael. "Locking Up Natives in Canada" (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.

Kwochka, Daniel. "Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm" (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153.

détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel. *Des responsabilités à assumer*, août 1988.

Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: La Commission, février 1987.

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 11. *Emprisonnement — Libération*. Ottawa: La Commission, 1975.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles: Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa: La Commission, 1996.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités*. Ottawa: La Commission, 1996.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1re sess., 35e lég., 20 septembre 1994, pp. 5871, 5873.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1re sess., 35e lég., 22 septembre 1994, p. 6028.

Canada. *Débats du Sénat*, vol. 135, nº 99, 1re sess., 35e lég., 21 juin 1995, p. 1871.

Canada. Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires. *Croissance de la population carcérale: Premier rapport d'étape*. Fredericton: Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires, février 1997.

Canada. Solliciteur général. Rapport global. *Pour une société juste, paisible et sûre: La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Cinq ans plus tard*. Ottawa: Solliciteur général, 1998.

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Services correctionnels pour adultes au Canada, 1995-1996*. Ottawa: Le Centre, mars 1997.

Canada. Statistique Canada. *Infomat: Revue hebdomadaire*, 27 février 1998. «Population carcérale et coûts connexes», p. 6.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

États-Unis. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Bulletin. *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998*, by Darrell K. Gilliard, March 1999.

États-Unis. The Sentencing Project. *Americans Behind Bars: U.S. and International Use of Incarceration, 1995*, by Marc Mauer. Washington: The Sentencing Project, June 1997.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.

Quigley, Tim. "Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders". In *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*. Compiled by Richard Gosse, James Youngblood Henderson and Roger Carter. Saskatoon: Purich Publishing, 1994.

Schmeiser, Douglas A. *The Native Offender and the Law*, prepared for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: The Commission, 1974.

United States. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Bulletin. *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998*, by Darrell K. Gilliard, March 1999.

United States. The Sentencing Project. *Americans Behind Bars: U.S. and International Use of Incarceration, 1995*, by Marc Mauer. Washington: The Sentencing Project, June 1997.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 98 B.C.A.C. 120, 161 W.A.C. 120, 119 C.C.C. (3d) 481, 11 C.R. (5th) 108, [1997] B.C.J. No. 2333 (QL), affirming a judgment of Hutchinson J. sentencing the accused to three years' imprisonment. Appeal dismissed.

Gil D. McKinnon, *Q.C.*, and *Michael D. Smith*, for the appellant.

Wendy L. Rubin, for the respondent.

Kimberly Prost and *Nancy L. Irving*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Goran Tomljanovic, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Kent Roach and *Kimberly R. Murray*, for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Jackson, Michael. «In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities», [1992] *U.B.C. L. Rev. (Special Edition)* 147.

Jackson, Michael. «Locking Up Natives in Canada» (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215.

Kwochka, Daniel. «Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm» (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153.

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.

Quigley, Tim. «Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders». In *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*. Compiled by Richard Gosse, James Youngblood Henderson and Roger Carter. Saskatoon: Purich Publishing, 1994.

Schmeiser, Douglas A. *La délinquance chez les autochtones et la loi*, préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa: La Commission, 1974.

Société canadienne de criminologie. *Les Indiens et la loi*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1967.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 98 B.C.A.C. 120, 161 W.A.C. 120, 119 C.C.C. (3d) 481, 11 C.R. (5th) 108, [1997] B.C.J. No. 2333 (QL), qui a confirmé le jugement du juge Hutchinson infligeant à l'accusée une peine d'emprisonnement de trois ans. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, *c.r.*, et *Michael D. Smith*, pour l'appelante.

Wendy L. Rubin, pour l'intimée.

Kimberly Prost et *Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Goran Tomljanovic, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Kent Roach et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. — On September 3, 1996, the new Part XXIII of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, pertaining to sentencing came into force. These provisions codify for the first time the fundamental purpose and principles of sentencing. This appeal is particularly concerned with the new s. 718.2(*e*). It provides that all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. This appeal must consider how this provision should be interpreted and applied.

I. Factual Background

The appellant, one of nine children, was born in McLennan, Alberta in 1976. Her mother, Marie Gladue, who was a Cree, left the family home in 1987 and died in a car accident in 1990. After 1987, the appellant and her siblings were raised by their father, Lloyd Chalifoux, a Metis. The appellant and the victim Reuben Beaver started to live together in 1993, when the appellant was 17 years old. Thereafter they had a daughter, Tanita. In August 1995, they moved to Nanaimo. Together with the appellant's father and two of her siblings, Tara and Bianca Chalifoux, they lived in a townhouse complex. By September 1995, the appellant and Beaver were engaged to be married, and the appellant was five months pregnant with their second child, a boy, whom the appellant subsequently named Reuben Ambrose Beaver in honour of his father.

In the early evening of September 16, 1995, the appellant was celebrating her 19th birthday. She and Reuben Beaver, who was then 20, were drinking beer with some friends and family members in the townhouse complex. The appellant suspected that Beaver was having an affair with her older sister, Tara. During the course of the evening she voiced those suspicions to her friends. The appellant was obviously angry with Beaver. She said, "the next time he fools around on me, I'll kill him". The appellant told one of her friends that she

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Le 3 septembre 1996, la nouvelle partie XXIII du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relative à la détermination de la peine est entrée en vigueur. Ces dispositions codifient pour la première fois l'objectif et les principes fondamentaux de la détermination de la peine. Le présent pourvoi s'intéresse en particulier au nouvel al. 718.2*e*), qui prévoit l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. Il nous faut examiner comment interpréter et appliquer cette disposition. 1

I. Les faits

L'appelante, issue d'une famille de neuf enfants, est née à McLennan, en Alberta, en 1976. Sa mère, Marie Gladue, une Crie, a quitté le foyer familial en 1987 et est morte dans un accident de voiture en 1990. Après 1987, l'appelante et ses frères et sœurs ont été élevés par leur père, Lloyd Chalifoux, un Métis. L'appelante et la victime Reuben Beaver ont commencé à vivre ensemble en 1993, alors que l'appelante avait 17 ans. Ils ont eu une fille, Tanita. En août 1995, ils ont déménagé à Nanaimo. Avec le père de l'appelante et deux de ses sœurs, Tara et Bianca Chalifoux, ils habitaient dans un complexe résidentiel. En septembre 1995, l'appelante et Beaver se sont fiancés. L'appelante était alors enceinte de cinq mois de leur deuxième enfant, un garçon, qu'elle a par la suite appelé Reuben Ambrose Beaver en l'honneur de son père. 2

Le 16 septembre 1995, au début de la soirée, l'appelante célébrait son 19e anniversaire de naissance. Elle et Reuben Beaver, alors âgé de 20 ans, buvaient de la bière avec des amis et des membres de leur famille dans le complexe résidentiel. L'appelante soupçonnait Beaver d'avoir une liaison avec sa sœur aînée, Tara. Au cours de la soirée, elle a fait part de ces soupçons à ses amis. Elle était visiblement en colère contre Beaver. [TRADUCTION] «La prochaine fois qu'il me trompe, a-t-elle dit, je vais le tuer». L'appelante a dit à l'une de ses 3

wanted to test Beaver, and asked her friend to "hit on Reuben to see if he would go with her", but the friend refused.

4 The appellant's sister Tara left the party, followed by Beaver. After he had left, the appellant told her friend, "He's going to get it. He's really going to get it this time." The appellant, on several occasions, tried to find Beaver and her sister. She eventually located them coming down the stairs together in her sister's suite. The appellant suspected that they had been engaged in sexual activity and confronted her sister, saying, "You're going to get it. How could you do this to me?"

5 The appellant and Beaver returned separately to their townhouse and they started to quarrel. During the argument, the appellant confronted him with his infidelity and he told her that she was fat and ugly and not as good as the others. A neighbour, Mr. Gretchin, who lived next door was awakened by some banging and shouting and a female voice saying "I'm sick and tired of you fooling around with other women." The disturbance was becoming very loud and he decided to ask his neighbours to calm down. He heard the front door of the appellant's residence slam. As he opened his own front door, he saw the appellant come running out of her suite. He also saw Reuben Beaver banging with both hands at Tara Chalifoux's door down the hall saying, "Let me in. Let me in."

6 Mr. Gretchin saw the appellant run toward Beaver with a large knife in her hand and, as she approached him, she told him that he had better run. Mr. Gretchin heard Beaver shriek in pain and saw him collapse in a pool of blood. The appellant had stabbed Beaver once in the left chest, and the knife had penetrated his heart. As the appellant went by on her return to her apartment, Mr. Gretchin heard her say, "I got you, you fucking bastard." The appellant was described as jumping up and down as if she had tagged someone. Mr. Gretchin said she did not appear to realize

amies qu'elle voulait mettre Beaver à l'épreuve, et lui a demandé de [TRADUCTION] «faire des avances à Reuben pour voir s'il irait avec elle». Son amie a refusé.

Tara, la sœur de l'appelante, a quitté la soirée, suivie de Beaver. Après son départ, l'appelante a dit à son amie: [TRADUCTION] «Il va l'avoir. Il va vraiment l'avoir cette fois.» À plusieurs reprises, l'appelante a essayé de trouver Beaver et sa sœur. Elle les a finalement vus, descendant l'escalier ensemble dans l'appartement de sa sœur. Les soupçonnant d'avoir eu des relations sexuelles, l'appelante a apostrophé sa sœur, lui disant: [TRADUCTION] «Tu vas l'avoir. Comment as-tu pu me faire ça?»

L'appelante et Beaver sont revenus séparément à la maison et ils ont commencé à se quereller. Au cours de l'échange, l'appelante lui a reproché son infidélité; il lui a répondu qu'elle était grosse et laide et qu'elle n'était pas aussi bonne que les autres. Un voisin, M. Gretchin, qui habitait à côté, a été réveillé par des coups et des cris, et il a entendu une voix de femme qui disait: [TRADUCTION] «J'en ai marre que tu me trompes avec d'autres femmes.» Comme il y avait de plus en plus de bruit, il a décidé d'aller demander à ses voisins de se calmer. Il a entendu claquer la porte de la résidence de l'appelante. Comme il ouvrait sa propre porte d'entrée, il a vu l'appelante sortir en courant de son appartement. Il a également vu Reuben Beaver frapper à deux mains à la porte de Tara Chalifoux plus loin dans le corridor en disant: [TRADUCTION] «Laisse-moi entrer. Laisse-moi entrer.»

Monsieur Gretchin a vu l'appelante courir vers Beaver, un grand couteau à la main, s'approcher de lui et lui dire qu'il ferait mieux de courir. Monsieur Gretchin a entendu Beaver crier de douleur et s'effondrer dans une mare de sang. L'appelante avait poignardé Beaver une fois à la poitrine, du côté gauche, et le couteau avait atteint le cœur. Comme l'appelante revenait vers son appartement, M. Gretchin l'a entendu dire: [TRADUCTION] «Je t'ai eu, je t'ai eu, maudit chien.» Selon sa description, l'appelante sautillait comme si elle avait attrapé quelqu'un. Monsieur Gretchin a dit qu'elle

what she had done. At the time of the stabbing, the appellant had a blood-alcohol content of between 155 and 165 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

On June 3, 1996, the appellant was charged with second degree murder. On February 11, 1997, following a preliminary hearing and after a jury had been selected, the appellant entered a plea of guilty to manslaughter.

There was evidence which indicated that the appellant had stabbed Beaver before he fled from the apartment. A paring knife found on the living room floor of their apartment had a small amount of Beaver's blood on it, and a small stab wound was located on Beaver's right upper arm.

There was also evidence that Beaver had subjected the appellant to some physical abuse in June 1994, while the appellant was pregnant with their daughter Tanita. Beaver was convicted of assault, and was given a 15-day intermittent sentence with one year's probation. The neighbour, Mr. Gretchin, told police that the noises emanating from the appellant's and Beaver's apartment suggested a fight, stating: "It sounded like someone got hit and furniture was sliding, like someone pushed around" and "The fight lasted five to ten minutes, it was like a wrestling match." Bruises later observed on the appellant's arm and in the collarbone area were consistent with her having been in a physical altercation on the night of the stabbing. However, the trial judge found that the facts as presented before him did not warrant a finding that the appellant was a "battered or fearful wife".

The appellant's sentencing took place 17 months after the stabbing. Pending her trial, she was released on bail and lived with her father. She took counselling for alcohol and drug abuse at Tillicum Haus Native Friendship Centre in Nanaimo, and completed Grade 10 and was about to start Grade 11. After the stabbing, the appellant was diagnosed as suffering from a hyperthyroid condition, which

ne paraissait pas réaliser ce qu'elle avait fait. Au moment où elle a donné le coup de couteau, l'appelante avait dans le sang entre 155 et 165 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

Le 3 juin 1996, l'appelante a été accusée de meurtre au second degré. Le 11 février 1997, après une enquête préliminaire et la sélection du jury, l'appelante a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable. 7

Des éléments de preuve indiquaient que l'appelante avait poignardé Beaver avant qu'il se soit enfui de l'appartement. Il y avait une petite quantité du sang de Beaver sur un couteau à légumes trouvé sur le plancher du salon de l'appartement, et son bras droit portait une petite marque de blessure par couteau. 8

D'autres éléments de preuve indiquaient que Beaver avait commis des actes de violence physique à l'endroit de l'appelante en juin 1994, alors qu'elle était enceinte de leur fille Tanita. Beaver avait déclaré coupable de voies de fait, et il s'était vu infliger une peine discontinue de 15 jours suivie d'un an de probation. Le voisin, M. Gretchin, a dit à la police que les bruits provenant de l'appartement de l'appelante et de Beaver laissaient croire à une bagarre. Selon lui, [TRADUCTION] «Il semblait qu'on frappait quelqu'un, que des meubles étaient déplacés, comme quelqu'un qui était poussé», puis «La bagarre a duré de cinq à dix minutes, c'était comme une partie de lutte.» Les meurtrissures observées plus tard sur le bras de l'appelante et dans la région de la clavicule tendaient à confirmer qu'elle avait eu une altercation la nuit où la victime a été poignardée. Le juge du procès a toutefois estimé que les faits qui lui étaient soumis ne permettaient pas de conclure que l'appelante était une [TRADUCTION] «femme battue ou effrayée». 9

Le prononcé de la peine de l'appelante a eu lieu 17 mois après le crime. En attendant son procès, elle avait été mise en liberté sous caution et vivait chez son père. Elle a suivi une thérapie pour alcoolisme et toxicomanie au Tillicum Haus Native Friendship Centre à Nanaimo, a terminé sa dixième année et s'apprêtait à commencer sa onzième année. Après le crime, on a diagnostiqué 10

was said to produce an exaggerated reaction to any emotional situation. The appellant underwent radiation therapy to destroy some of her thyroid glands, and at the time of sentencing she was taking thyroid supplements which regulated her condition. During the time she was on bail, the appellant pled guilty to having breached her bail on one occasion by consuming alcohol.

11 At the sentencing hearing, when asked if she had anything to say, the appellant stated that she was sorry about what happened, that she did not intend to do it, and that she was sorry to Beaver's family.

12 In his submissions on sentence at trial, the appellant's counsel did not raise the fact that the appellant was an aboriginal offender but, when asked by the trial judge whether in fact the appellant was an aboriginal person, replied that she was Cree. When asked by the trial judge whether the town of McLennan, Alberta, where the appellant grew up, was an aboriginal community, defence counsel responded: "it's just a regular community". No other submissions were made at the sentencing hearing on the issue of the appellant's aboriginal heritage. Defence counsel requested a suspended sentence or a conditional sentence of imprisonment. Crown counsel argued in favour of a sentence of between three and five years' imprisonment.

13 The appellant was sentenced to three years' imprisonment and to a ten-year weapons prohibition. Her appeal of the sentence to the British Columbia Court of Appeal was dismissed.

II. Relevant Statutory Provisions

14 It may be helpful at this stage to set out ss. 718, 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code* as well as s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.

chez elle une hyperthyroïdie, maladie qui provoquerait des réactions exagérées à toute situation émotionnelle. L'appelante a subi une radiothérapie pour détruire une partie de sa glande thyroïde, et au moment du prononcé de la peine, elle prenait des suppléments pour régulariser son état. Pendant qu'elle était en liberté sous caution, l'appelante a plaidé coupable à l'accusation d'avoir violé une fois les conditions de sa libération en consommant de l'alcool.

À l'audience de détermination de la peine, lorsqu'on lui a demandé si elle avait quelque chose à dire, l'appelante a dit qu'elle regrettait ce qui était arrivé, qu'elle n'avait pas eu l'intention d'agir ainsi et qu'elle était peinée pour la famille de Beaver.

Dans ses observations relatives à la peine, au procès, l'avocat de l'appelante n'a pas soulevé le fait que l'appelante était une délinquante autochtone, mais lorsque le juge lui a demandé si elle était effectivement autochtone, il a répondu qu'elle était Crie. Quand le juge lui a demandé si la ville de McLennan, en Alberta, où l'appelante a grandi était une communauté autochtone, l'avocat de la défense a répondu que c'était [TRADUCTION] «une communauté ordinaire». Aucune autre observation n'a été présentée à l'audience de détermination de la peine sur la question de l'origine autochtone de l'appelante. L'avocat de la défense a demandé une condamnation avec sursis ou un sursis de sentence. Le procureur du ministère public a plaidé en faveur d'une peine de trois à cinq ans d'emprisonnement.

L'appelante a été condamnée à une peine d'emprisonnement de trois ans et à dix ans d'interdiction de port d'arme. L'appel de sa sentence à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté.

II. Dispositions législatives pertinentes

Il peut être utile à ce stade de citer les art. 718, 718.1 et 718.2 du *Code criminel* ainsi que l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

Criminal Code

Purpose and Principles of Sentencing

718. [Purpose] The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

(*a*) to denounce unlawful conduct;

(*b*) to deter the offender and other persons from committing offences;

(*c*) to separate offenders from society, where necessary;

(*d*) to assist in rehabilitating offenders;

(*e*) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(*f*) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 [Fundamental principle] A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 [Other sentencing principles] A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(*a*) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

(i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation or any other similar factor,

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

Code criminel

Objectif et principes

718. [Objectif] Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

a) dénoncer le comportement illégal;

b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;

c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;

d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 [Principe fondamental] La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 [Principes de détermination de la peine] Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

(i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants,

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard,

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

(*b*) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(*c*) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(*d*) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(*e*) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

Interpretation Act

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*

15 In his reasons, the trial judge took into account several mitigating factors. The appellant was only 20 years old at the time of sentence, and apart from an impaired driving conviction, she had no criminal record. She had two children and was expecting a third although he considered her pregnancy a neutral factor. Her family was supportive and she was attending alcohol abuse counselling and upgrading her education. The appellant was provoked by the deceased's insulting behaviour and remarks. At the time of the offence, the appellant had a hyperthyroid condition which caused her to overreact to emotional situations. The appellant showed some signs of remorse and entered a plea of guilty.

16 On the other hand, the trial judge identified several aggravating circumstances. The appellant stabbed the deceased twice, the second time after he had fled in an attempt to escape. Also, the offence was of particular gravity. From the remarks she made before and after the stabbing it

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

Loi d'interprétation

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Dans ses motifs, le juge du procès a pris en compte plusieurs facteurs atténuants. L'appelante n'avait que 20 ans au moment du prononcé de la peine, et hormis une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies, elle n'avait pas de casier judiciaire. Elle avait deux enfants et en attendait un troisième, bien que le juge ait considéré sa grossesse comme un facteur neutre. Elle avait le soutien de sa famille, suivait une thérapie pour son alcoolisme et poursuivait ses études. C'est la victime qui, par sa conduite et ses remarques insultantes, a provoqué l'appelante. Au moment de la perpétration de l'infraction, l'appelante souffrait d'hyperthyroïdie, ce qui la conduisait à réagir excessivement à des situations émotionnelles. Elle a montré des signes de remords et a plaidé coupable.

En revanche, le juge du procès a relevé plusieurs circonstances aggravantes. L'appelante a poignardé la victime deux fois, la deuxième après sa tentative de fuite. L'infraction était aussi particulièrement grave. D'après les remarques qu'elle a faites avant et après les coups de couteau, il était

was very clear that the appellant intended to harm the deceased. Further, the appellant was not afraid of the deceased; indeed, she was the aggressor.

The trial judge considered that specific deterrence was not required in the circumstances of this case. However, in his opinion the principles of denunciation and general deterrence must play a role. He was of the view that the sentence should also take into account the need to rehabilitate the appellant and give her some insight both into her conduct and the effect of her propensity to drink. The trial judge decided that in this case it was not appropriate to suspend the passing of sentence or to impose a conditional sentence.

The trial judge noted that both the appellant and the deceased were aboriginal, but stated that they were living in an urban area off-reserve and not "within the aboriginal community as such". He found that there were not any special circumstances arising from their aboriginal status that he should take into consideration. He stated that the offence was a very serious one, for which the appropriate sentence was three years' imprisonment with a ten-year weapons prohibition.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1997), 98 B.C.A.C. 120

The appellant appealed her sentence of three years' imprisonment, but not the ten-year weapons prohibition. She appealed on four grounds, only one of which is directly relevant, namely whether the trial judge failed to give appropriate consideration to the appellant's circumstances as an aboriginal offender. The appellant also sought to adduce fresh evidence at her appeal regarding her efforts since the killing to maintain links with her aboriginal heritage. The fresh evidence showed that the appellant had applied to become a full status Cree, and that she had obtained that status for her daughter Tanita. She had also maintained contact with Beaver's mother, who is a status Cree, and who

clair que l'appelante avait l'intention de causer du mal à la victime. De plus, elle n'avait pas peur de la victime; en fait, elle était l'agresseur.

17 Le juge du procès a estimé qu'il n'y avait pas lieu de rechercher un effet dissuasif particulier dans les circonstances de l'espèce. À son avis, toutefois, le principe de la dénonciation et celui de l'effet dissuasif général devaient jouer un rôle. Il a estimé que la peine devait également tenir compte de la nécessité de favoriser la réinsertion sociale de l'appelante et de lui permettre de réfléchir soigneusement à sa conduite et à son penchant pour l'alcool. Il a décidé qu'il ne convenait pas en l'espèce de surseoir au prononcé de la peine ou d'imposer une condamnation avec sursis.

18 Le juge du procès a fait remarquer que l'appelante et la victime étaient tous deux autochtones, mais a souligné qu'ils vivaient en milieu urbain, à l'extérieur de la réserve, et non [TRADUCTION] «dans la communauté autochtone en tant que telle». Il a estimé que de leur statut d'autochtone ne découlait aucune circonstance particulière qu'il devait prendre en considération. Il a dit qu'il s'agissait d'une infraction très grave, pour laquelle il convenait d'infliger une peine de trois ans d'emprisonnement avec interdiction de posséder une arme pendant dix ans.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 98 B.C.A.C. 120

19 L'appelante a interjeté appel de la peine de trois ans d'emprisonnement, mais non de l'interdiction de port d'armes pendant dix ans. Elle a fait valoir quatre moyens d'appel, dont un seul est directement pertinent, savoir si le juge du procès avait omis de prendre dûment en considération les circonstances dans lesquelles elle se trouvait en tant que délinquante autochtone. Elle a également cherché à présenter de nouveaux éléments de preuve concernant ses efforts, depuis la perpétration de l'infraction, pour conserver ses liens avec la culture autochtone. Ces nouveaux éléments établissaient que l'appelante avait demandé le plein statut de Crie, statut qu'elle avait obtenue pour sa

was in turn assisting the appellant with the status applications.

20 The Court of Appeal unanimously concluded that the trial judge had erred in concluding that s. 718.2(*e*) did not apply because the appellant was not living on a reserve. However, Esson J.A. (Prowse J.A. concurring) found no error in the trial judge's conclusion that, in this case, there was no basis for giving special consideration to the appellant's aboriginal background. Esson J.A. noted that the appellant's actions involved deliberation, motivation, and "an element of viciousness and persistence in the attack", and that the killing constituted a "near murder" (p. 138). He found that, on the facts presented in this case, it could not be said that the sentence, if a fit one for a non-aboriginal person, would not also be fit for an aboriginal person. Esson J.A. concluded therefore that the trial judge did not err in not giving effect to the principle set out in s. 718.2(*e*) of the *Criminal Code* and dismissed the appeal. Although it is not entirely clear from the reasons of Esson J.A., he appears also to have dismissed the appellant's application to adduce fresh evidence regarding her efforts to maintain links with her aboriginal heritage.

21 Rowles J.A. (dissenting) reviewed many reports and parliamentary debates and determined that the mischief that s. 718.2(*e*) was designed to remedy was the excessive use of incarceration generally, and the disproportionately high number of aboriginal people who are imprisoned, in particular. She stated that s. 718.2(*e*) invites recognition and amelioration of the impact which systemic discrimination in the criminal justice system has upon aboriginal people. She referred to the importance of acknowledging and implementing the different conceptions of criminal justice and of appropriate criminal sanctions held by many aboriginal peoples, including, in particular, the conception of criminal justice as involving a strong restorative element.

fille Tanita. Elle a également maintenu des liens avec la mère de Beaver, une Crie inscrite, qui l'a aidée dans ses démarches pour obtenir le statut.

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'al. 718.2*e*) ne s'appliquait pas parce que l'appelante n'habitait pas dans une réserve. Toutefois, le juge Esson (avec l'appui du juge Prowse) a estimé que le juge du procès ne s'était pas trompé en concluant qu'il n'y avait aucune raison, dans cette affaire, d'accorder une attention particulière aux origines autochtones de l'appelante. Le juge Esson a fait remarquer qu'il y avait dans les actes de l'appelante des éléments de délibération et de motivation, ainsi [TRADUCTION] «qu'un élément de brutalité et de persistance dans l'attaque», et qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] «quasi-meurtre» (p. 138). Il a estimé que, compte tenu des faits présentés en l'espèce, il était impossible de dire que la peine, si elle était indiquée pour un non-autochtone, ne l'était pas également pour un autochtone. Il a donc conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en ne donnant pas effet au principe énoncé à l'al. 718.2*e*) du *Code criminel*, et il a rejeté l'appel. Bien que cela ne ressorte pas très clairement de ses motifs, le juge Esson paraît avoir également rejeté la demande de l'appelante de présenter de nouveaux éléments de preuve concernant ses efforts pour conserver ses liens avec sa culture autochtone.

Le juge Rowles (dissident) a décidé, après avoir examiné de nombreux rapports et débats parlementaires, que la situation que l'al. 718.2*e*) visait à réformer était celle du recours excessif à l'incarcération de façon générale, et du nombre disproportionné d'autochtones emprisonnés, en particulier. À son avis, l'al. 718.2*e*) appelle à la reconnaissance et à l'amélioration de la situation de discrimination systémique que vivent les autochtones au sein du système de justice pénale. Elle a souligné l'importance de reconnaître et d'implanter les conceptions différentes de la justice et des sanctions pénales qui sont celles de nombreux peuples autochtones, y compris, en particulier, la conception d'une justice pénale comportant un fort élément correctif.

In this case, Rowles J.A. agreed that the crime committed by the appellant was serious. The circumstances surrounding the offence were tragic for everyone, including the appellant's children. Yet, the circumstances of the offence included provocation, superimposed on an undiagnosed medical problem affecting the appellant's emotional stability. The offender was young and emotionally immature. She had an alcohol problem but no history of other criminal conduct or acts of violence. The success the appellant enjoyed while on bail awaiting trial showed that she was likely to be a good candidate for further rehabilitation. Rowles J.A. also referred favourably to the fresh evidence which showed that the appellant was taking steps to maintain links with her aboriginal heritage.

Rowles J.A. concluded that a sentence of three years' imprisonment was excessive. The principles of general deterrence and denunciation had to be reflected in the sentence, but the sentence could have been designed to advance the appellant's rehabilitation through a period of supervised probation. Rowles J.A. would have allowed the appeal and reduced the sentence to two years less a day to be followed by a three-year period of probation.

IV. Issue

The issue in this appeal is the proper interpretation and application to be given to s. 718.2(*e*) of the *Criminal Code*. The provision reads as follows:

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

. . .

(*e*) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

The question to be resolved is whether the majority of the British Columbia Court of Appeal erred in finding that, in the circumstances of this case, the trial judge correctly applied s. 718.2(*e*) in impos-

En l'espèce, le juge Rowles a reconnu la gravité du crime commis par l'appelante. Les circonstances entourant la perpétration de l'infraction ont été tragiques pour tout le monde, y compris les enfants de l'appelante. Toutefois ces circonstances incluaient la provocation, combinée à un problème médical non diagnostiqué affectant la stabilité émotive de l'appelante. La délinquante était jeune et immature sur le plan émotif. Elle avait un problème d'alcool mais pas d'antécédents de conduite criminelle ou d'actes de violence. Les progrès accomplis par l'appelante quand elle était en liberté sous caution en attendant son procès démontraient qu'elle serait vraisemblablement une bonne candidate pour la réinsertion sociale. Le juge Rowles a également parlé en termes favorables des nouveaux éléments de preuve indiquant que l'appelante prenait des mesures pour conserver des liens avec la culture autochtone. 22

Le juge Rowles a conclu qu'une peine de trois ans d'emprisonnement était excessive. Les principes de la dissuasion générale et de la dénonciation devaient se refléter dans la peine imposée, mais celle-ci aurait pu être conçue de manière à favoriser la réinsertion sociale de l'appelante dans le cadre d'une période de probation sous surveillance. Le juge Rowles était d'avis d'accueillir l'appel et de réduire la peine à deux ans moins un jour, suivie d'une période de probation de trois ans. 23

IV. Question en litige

La question à trancher dans le présent pourvoi est la façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer l'al. 718.2*e*) du *Code criminel*: 24

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

. . .

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

La question qu'il nous faut résoudre est de savoir si les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en concluant que, vu les circonstances de l'espèce, le

ing a sentence of three years' imprisonment. To answer this question, it will be necessary to determine the legislative purpose of s. 718.2(*e*), and, in particular, the words "with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders". The appeal requires this Court to begin the process of articulating the rules and principles that should govern the practical application of s. 718.2(*e*) of the *Criminal Code* by a trial judge.

V. Analysis

A. *Introduction*

25 As this Court has frequently stated, the proper construction of a statutory provision flows from reading the words of the provision in their grammatical and ordinary sense and in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute as a whole, the purpose of the statute, and the intention of Parliament. The purpose of the statute and the intention of Parliament, in particular, are to be determined on the basis of intrinsic and admissible extrinsic sources regarding the Act's legislative history and the context of its enactment: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 20-23; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at p. 875; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 131.

26 Also of importance in interpreting federal legislation is s. 12 of the federal *Interpretation Act*, which provides:

> **12.** Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

27 Section 718.2(*e*) has already received judicial consideration in several provincial appellate court decisions: see, e.g., *R. v. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (Sask. C.A.); *R. v. J. (C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 444 (Nfld. C.A.); *R. v. Wells* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129 (Alta. C.A.); *R. v. Hunter* (1998), 125 C.C.C. (3d) 121 (Alta. C.A.); *R. v. Young* (1998), 131 Man. R. (2d) 61 (C.A.).

juge du procès a correctement appliqué l'al. 718.2*e*) en infligeant une peine de trois ans d'emprisonnement. Pour ce faire, nous devons définir l'objet de l'al. 718.2*e*), et en particulier, des mots «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». Le pourvoi oblige ainsi notre Cour à commencer le processus d'élaboration des règles et des principes qui régiront l'application concrète de l'al. 718.2*e*) du *Code criminel* par le juge du procès.

V. Analyse

A. *Introduction*

Comme notre Cour l'a dit maintes fois, il faut, pour interpréter correctement une disposition de loi, lire les termes de la disposition en suivant leur sens grammatical et ordinaire et dans leur contexte global, en harmonie avec l'économie générale de la loi, son objet ainsi que l'intention du législateur. L'objet de la loi et l'intention du législateur, en particulier, doivent être définis sur le fondement de sources intrinsèques et de sources extrinsèques admissibles touchant l'historique législatif de la loi et le contexte de son adoption: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 20 à 23; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, à la p. 875; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), à la p. 87; *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 131.

En ce qui concerne l'interprétation de la législation fédérale, l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, loi fédérale, est également important:

> **12.** Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

L'alinéa 718.2*e*) a déjà été examiné dans plusieurs décisions de cours d'appel provinciales, notamment, *R. c. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (C.A. Sask.); *R. c. J. (C.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 444 (C.A.T.-N.); *R. c. Wells* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129 (C.A. Alb.); *R. c. Hunter* (1998), 125 C.C.C. (3d) 121 (C.A. Alb.); *R. c. Young* (1998), 131 Man. R. (2d) 61 (C.A.). C'est

This is the first occasion on which this Court has had the opportunity to construe and apply the provision.

With this introduction, we now wish to discuss the wording of s. 718.2(*e*) and the scheme of Part XXIII of the *Criminal Code*, as well as the legislative history and the context behind s. 718.2(*e*), with the aim of determining and describing the circumstances of aboriginal offenders. This discussion is followed by a framework for the sentencing judge to use in sentencing an aboriginal offender. The reasons then deal with the specific facts and sentence in this case.

B. *The Wording of Section 718.2(e) and the Scheme of Part XXIII*

The interpretation of s. 718.2(*e*) must begin by considering its words in context. Although this appeal is ultimately concerned only with the meaning of the phrase "with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders", that phrase takes on meaning from the other words of s. 718.2(*e*), from the purpose and principles of sentencing set out in ss. 718-718.2, and from the overall scheme of Part XXIII.

The respondent observed that some caution is in order in construing s. 718.2(*e*), insofar as it would be inappropriate to prejudge the many other important issues which may be raised by the reforms but which are not specifically at issue here. However, it would be equally inappropriate to construe s. 718.2(*e*) in a vacuum, without considering the surrounding text which gives the provision its depth of meaning. To the extent that the broader scheme of Part XXIII informs the proper construction to be given to s. 718.2(*e*), it will be necessary to draw at least some general conclusions about the new sentencing regime.

A core issue in this appeal is whether s. 718.2(*e*) should be understood as being remedial in nature, or whether s. 718.2(*e*), along with the other provisions of ss. 718 through 718.2, are simply a codification of existing sentencing principles. The

cependant la première fois que notre Cour a l'occasion d'interpréter et d'appliquer cette disposition.

Cette introduction étant faite, nous nous proposons maintenant d'examiner le texte de l'al. 718.2*e*) et l'économie de la partie XXIII du *Code criminel*, ainsi que l'historique législatif et le contexte qui ont donné naissance à l'al. 718.2*e*), en vue de définir et de circonscrire la situation des délinquants autochtones. Cet examen sera suivi d'un cadre d'analyse dont le juge qui détermine la peine pourra se servir dans le cas des délinquants autochtones. Nous examinerons ensuite les faits de la présente espèce et la peine infligée. 28

B. *Le texte de l'al. 718.2e) et l'économie de la partie XXIII*

Pour interpréter l'al. 718.2*e*), il faut commencer par en examiner les termes en contexte. Bien que le présent pourvoi ne porte ultimement que sur le sens du passage «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones», ce passage tire son sens du reste de l'al. 718.2*e*), de l'objectif et des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2, ainsi que de l'économie générale de la partie XXIII. 29

L'intimée a fait observer qu'il faut interpréter avec prudence l'al. 718.2*e*), en ce sens qu'il serait inopportun de préjuger des nombreuses autres questions importantes que les réformes apportées sont susceptibles de poser mais qui ne sont pas précisément en litige dans la présente affaire. Toutefois, il serait tout aussi inopportun d'interpréter l'al. 718.2*e*) dans l'abstrait, sans examiner son contexte textuel qui lui confère sa signification profonde. Dans la mesure où l'économie générale de la partie XXIII éclaire l'interprétation à donner à l'al. 718.2*e*), il sera nécessaire à tout le moins de tirer certaines conclusions générales au sujet du nouveau régime de détermination de la peine. 30

Une question est centrale dans le présent pourvoi: l'al. 718.2*e*) doit-il être interprété comme une disposition essentiellement réparatrice, ou n'est-il, avec les autres dispositions des art. 718 à 718.2, qu'une simple codification des principes de déter- 31

respondent, although acknowledging that s. 718.2(*e*) was likely designed to encourage sentencing judges to experiment to some degree with alternatives to incarceration and to be sensitive to principles of restorative justice, at the same time favours the view that ss. 718-718.2 are largely a restatement of existing law. Alternatively, the appellant argues strongly that s. 718.2(*e*)'s specific reference to aboriginal offenders can have no purpose unless it effects a change in the law. The appellant advances the view that s. 718.2(*e*) is in fact an "affirmative action" provision justified under s. 15(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

32 Section 12 of the *Interpretation Act* deems the purpose of the enactment of the new Part XXIII of the *Criminal Code* to be remedial in nature, and requires that all of the provisions of Part XXIII, including s. 718.2(*e*), be given a fair, large and liberal construction and interpretation in order to attain that remedial objective. However, the existence of s. 12 does not answer the essential question of what the remedial purpose of s. 718.2(*e*) is. One view is that the remedial purpose of ss. 718, 718.1 and 718.2 taken together was precisely to codify the purpose and existing principles of sentencing to provide more systematic guidance to sentencing judges in individual cases. Codification, under this view, is remedial in and of itself because it simplifies and adds structure to trial level sentencing decisions: see, e.g., *McDonald*, *supra*, at pp. 460-64, *per* Sherstobitoff J.A.

33 In our view, s. 718.2(*e*) is more than simply a re-affirmation of existing sentencing principles. The remedial component of the provision consists not only in the fact that it codifies a principle of sentencing, but, far more importantly, in its direction to sentencing judges to undertake the process of sentencing aboriginal offenders differently, in order to endeavour to achieve a truly fit and proper sentence in the particular case. It should be said that the words of s. 718.2(*e*) do not alter the fundamental duty of the sentencing judge to impose a sentence that is fit for the offence and the offender.

mination de la peine existants? Tout en reconnaissant que l'al. 718.2*e*) a vraisemblablement été conçu pour inciter les juges à expérimenter jusqu'à un certain point les solutions de rechange à l'incarcération et à être sensibles aux principes de justice corrective, l'intimée privilégie l'opinion que les art. 718 à 718.2 sont avant tout une reformulation du droit existant. En revanche, l'appelante soutient fermement que la mention expresse des délinquants autochtones à l'al. 718.2*e*) ne peut avoir d'autre objet qu'une modification du droit. Elle fait valoir que l'al. 718.2*e*) est en fait une disposition de «promotion sociale» justifiée en vertu du par. 15(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Suivant l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, la nouvelle partie XXIII du *Code criminel* est censée apporter une solution de droit, et toutes ses dispositions, dont l'al. 718.2*e*), doivent s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de cet objectif de réparation. Toutefois, l'existence de l'art. 12 ne permet pas de répondre à la question essentielle de savoir quel est l'objet réparateur de l'al. 718.2*e*). On peut soutenir que les art. 718, 718.1 et 718.2 combinés avaient précisément pour objet réparateur de codifier l'objectif et les principes de détermination de la peine existants afin de fournir aux juges un guide plus systématique dans les cas individuels. Suivant cette conception, la codification est réparatrice en soi parce qu'elle simplifie et structure le prononcé des peines en première instance: voir, par ex., *McDonald*, précité, aux pp. 460 à 464, le juge Sherstobitoff.

À notre avis, l'al. 718.2*e*) est plus qu'une simple réaffirmation de principes de détermination de la peine existants. La composante réparatrice de la disposition réside non seulement dans le fait qu'elle codifie un principe de détermination de la peine, mais de façon beaucoup plus importante, dans sa directive aux juges d'aborder différemment le processus de détermination de la peine à l'égard des délinquants autochtones, pour en arriver à une peine véritablement adaptée et appropriée dans un cas donné. Il importe de dire que le libellé de l'al. 718.2*e*) ne change rien au devoir fondamental du

For example, as we will discuss below, it will generally be the case as a practical matter that particularly violent and serious offences will result in imprisonment for aboriginal offenders as often as for non-aboriginal offenders. What s. 718.2(*e*) does alter is the method of analysis which each sentencing judge must use in determining the nature of a fit sentence for an aboriginal offender. In our view, the scheme of Part XXIII of the *Criminal Code*, the context underlying the enactment of s. 718.2(*e*), and the legislative history of the provision all support an interpretation of s. 718.2(*e*) as having this important remedial purpose.

juge d'infliger une peine adaptée à l'infraction et au délinquant. Par exemple, comme nous l'indiquons ci-après, il s'avérera généralement qu'en pratique les infractions particulièrement violentes ou graves entraîneront l'emprisonnement pour les délinquants autochtones aussi souvent que pour les délinquants non-autochtones. Là où l'al. 718.2*e*) apporte un changement, c'est dans la méthode d'analyse que doit utiliser chaque juge pour déterminer la nature de la peine indiquée pour un délinquant autochtone. À notre avis, tant l'économie de la partie XXIII du *Code criminel* que le contexte de l'adoption et l'historique législatif de l'al. 718.2*e*) concourent à en faire une disposition ayant cet important objet réparateur.

In his submissions before this Court, counsel for the appellant expressed the fear that s. 718.2(*e*) might come to be interpreted and applied in a manner which would have no real effect upon the day-to-day practice of sentencing aboriginal offenders in Canada. In light of the tragic history of the treatment of aboriginal peoples within the Canadian criminal justice system, we do not consider this fear to be unreasonable. In our view, s. 718.2(*e*) creates a judicial duty to give its remedial purpose real force.

34 Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l'avocat de l'appelante a exprimé la crainte que l'al. 718.2*e*) n'en vienne à être interprété et appliqué de telle manière qu'il n'aurait aucun effet réel sur la façon dont se pratique quotidiennement la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones au Canada. Étant donné l'histoire tragique du traitement des autochtones au sein du système canadien de justice pénale, cette crainte ne nous paraît pas déraisonnable. À notre avis, l'al. 718.2*e*) impose aux tribunaux l'obligation de donner à son objet réparateur une force réelle.

Let us consider now the wording of s. 718.2(*e*) and its place within the overall scheme of Part XXIII of the *Criminal Code*.

35 Examinons maintenant le texte de l'al. 718.2*e*) et la place qu'il occupe dans l'économie générale de la partie XXIII du *Code criminel*.

Section 718.2(*e*) directs a court, in imposing a sentence, to consider all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances for all offenders, "with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders". The broad role of the provision is clear. As a general principle, s. 718.2(*e*) applies to all offenders, and states that imprisonment should be the penal sanction of last resort. Prison is to be used only where no other sanction or combination of sanctions is appropriate to the offence and the offender.

36 L'alinéa 718.2*e*) oblige un tribunal qui inflige une peine à examiner toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». Il est clair que la disposition a une large portée. À titre de principe général, l'al. 718.2*e*) s'applique à tous les délinquants, et il porte que l'emprisonnement devrait être la sanction pénale de dernier recours. On ne devrait imposer l'emprisonnement que lorsque aucune autre sanction ou combinaison de sanctions n'est appropriée pour l'infraction et le délinquant.

The next question is the meaning to be attributed to the words "with particular attention to the

37 La question suivante est le sens à attribuer aux mots «plus particulièrement en ce qui concerne les

circumstances of aboriginal offenders". The phrase cannot be an instruction for judges to pay "more" attention when sentencing aboriginal offenders. It would be unreasonable to assume that Parliament intended sentencing judges to prefer certain categories of offenders over others. Neither can the phrase be merely an instruction to a sentencing judge to consider the circumstances of aboriginal offenders just as she or he would consider the circumstances of any other offender. There would be no point in adding a special reference to aboriginal offenders if this was the case. Rather, the logical meaning to be derived from the special reference to the circumstances of aboriginal offenders, juxtaposed as it is against a general direction to consider "the circumstances" for all offenders, is that sentencing judges should pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders because those circumstances are unique, and different from those of non-aboriginal offenders. The fact that the reference to aboriginal offenders is contained in s. 718.2(*e*), in particular, dealing with restraint in the use of imprisonment, suggests that there is something different about aboriginal offenders which may specifically make imprisonment a less appropriate or less useful sanction.

délinquants autochtones». Il ne peut s'agir d'une directive donnée aux juges de porter «plus» d'attention à la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones. Il serait déraisonnable de présumer que le Parlement a voulu que les juges privilégient certaines catégories de délinquants par rapport à d'autres. Il ne peut s'agir non plus d'une simple directive donnée au juge de la peine de prendre en compte la situation des délinquants autochtones de la même façon que la situation de tout autre délinquant. La mention spéciale des délinquants autochtones n'aurait alors aucune utilité. Logiquement, la mention spéciale de la situation des délinquants autochtones, juxtaposée à la directive générale de tenir compte des «circonstances» dans le cas de tous les délinquants, signifie que les juges devraient porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones parce que ces circonstances sont particulières, et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-autochtones. Le fait notamment que la mention des délinquants autochtones soit contenue à l'al. 718.2*e*), disposition incitant à la retenue dans le recours à l'emprisonnement, donne à penser qu'il y a, dans le cas des autochtones, quelque chose de différent qui pourrait précisément faire de l'emprisonnement une sanction moins appropriée ou moins utile.

38 The wording of s. 718.2(*e*) on its face, then, requires both consideration of alternatives to the use of imprisonment as a penal sanction generally, which amounts to a restraint in the resort to imprisonment as a sentence, and recognition by the sentencing judge of the unique circumstances of aboriginal offenders. The respondent argued before this Court that this statutory wording does not truly effect a change in the law, as some courts have in the past taken the unique circumstances of an aboriginal offender into account in determining sentence. The respondent cited some of the recent jurisprudence dealing with sentencing circles, as well as the decision of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82, in support of the view that s. 718.2(*e*) should be seen simply as a codification of the state of the case law regarding the sentencing of aboriginal

Ainsi, d'après son libellé, l'al. 718.2*e*) exige à la fois, de façon générale, l'examen des sanctions substitutives à l'emprisonnement comme sanction pénale, ce qui équivaut à une restriction du recours à la peine d'emprisonnement, et la reconnaissance par le juge prononçant la peine de la situation particulière des délinquants autochtones. L'intimée a soutenu devant notre Cour que la formulation de la loi ne modifie pas vraiment le droit puisque, dans le passé, certains tribunaux ont tenu compte de la situation particulière d'un délinquant autochtone dans la détermination de la peine. L'intimée a cité des décisions récentes touchant les conseils de détermination de la peine, ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Fireman* (1971), 4 C.C.C. (2d) 82, à l'appui du point de vue que l'al. 718.2*e*) devrait être considéré comme une simple codification de l'état de la jurisprudence touchant

offenders before Part XXIII came into force in 1996. In a similar vein, it was observed by Sherstobitoff J.A. in *McDonald*, *supra*, at pp. 463-64, that it has always been a principle of sentencing that courts should consider all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances. Thus the general principle of restraint expressed in s. 718.2(*e*) with respect to all offenders might equally be seen as a codification of existing law.

la détermination de la peine dans le cas des délinquants autochtones avant l'entrée en vigueur de la partie XXIII en 1996. Dans la même veine, le juge Sherstobitoff a fait observer, dans l'arrêt *McDonald*, précité, aux pp. 463 et 464, que le principe a toujours été, en matière de détermination de la peine, que les tribunaux doivent examiner toutes les sanctions applicables autres que l'emprisonnement qui sont justifiées dans les circonstances. Ainsi, le principe général de retenue énoncé à l'al. 718.2*e*) en ce qui concerne tous les délinquants pourrait également être considéré comme une codification du droit existant.

With respect for the contrary view, we do not interpret s. 718.2(*e*) as expressing only a restatement of existing law, either with respect to the general principle of restraint in the use of prison or with respect to the specific direction regarding aboriginal offenders. One cannot interpret the words of s. 718.2(*e*) simply by looking to past cases to see if they contain similar statements of principle. The enactment of the new Part XXIII was a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law. Each of the provisions of Part XXIII, including s. 718.2(*e*), must be interpreted in its total context, taking into account its surrounding provisions.

39 En toute déférence pour l'opinion contraire, l'al. 718.2*e*) ne nous apparaît pas uniquement comme une reformulation du droit existant, ni à l'égard du principe général de retenue dans le recours à l'emprisonnement ni à l'égard de la directive spécifique visant les délinquants autochtones. On ne peut interpréter les termes de l'al. 718.2*e*) en consultant simplement les décisions antérieures pour voir si l'on y retrouve des énoncés de principe similaires. L'adoption de la nouvelle partie XXIII a marqué une étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l'histoire du droit criminel canadien. Chacune des dispositions de la partie XXIII, y compris l'al. 718.2*e*), doit être interprétée dans son contexte global, compte tenu des dispositions qui l'entourent.

It is true that there is ample jurisprudence supporting the principle that prison should be used as a sanction of last resort. It is equally true, though, that the sentencing amendments which came into force in 1996 as the new Part XXIII have changed the range of available penal sanctions in a significant way. The availability of the conditional sentence of imprisonment, in particular, alters the sentencing landscape in a manner which gives an entirely new meaning to the principle that imprisonment should be resorted to only where no other sentencing option is reasonable in the circumstances. The creation of the conditional sentence suggests, on its face, a desire to lessen the use of incarceration. The general principle expressed in

40 Il est vrai que la jurisprudence supporte amplement le principe de l'emprisonnement comme sanction de dernier recours. Il est également vrai, toutefois, que les modifications entrées en vigueur en 1996 avec la nouvelle partie XXIII ont changé de façon importante la gamme des sanctions pénales applicables. La possibilité de prononcer une condamnation avec sursis, en particulier, modifie le paysage de telle manière qu'elle donne un sens entièrement nouveau au principe du recours à l'emprisonnement dans le seul cas où aucune autre option n'est justifiée dans les circonstances. La création de la condamnation avec sursis, comme telle, traduit le désir de diminuer le recours à l'incarcération. C'est dans cet esprit qu'il faut

s. 718.2(*e*) must be construed and applied in this light.

41 Further support for the view that s. 718.2(*e*)'s expression of the principle of restraint in sentencing is remedial, rather than simply a codification, is provided by the articulation of the purpose of sentencing in s. 718.

42 Traditionally, Canadian sentencing jurisprudence has focussed primarily upon achieving the aims of separation, specific and general deterrence, denunciation, and rehabilitation. Sentencing, like the criminal trial process itself, has often been understood as a conflict between the interests of the state (as expressed through the aims of separation, deterrence, and denunciation) and the interests of the individual offender (as expressed through the aim of rehabilitation). Indeed, rehabilitation itself is a relative late-comer to the sentencing analysis, which formerly favoured the interests of the state almost entirely.

43 Section 718 now sets out the purpose of sentencing in the following terms:

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

(*a*) to denounce unlawful conduct;

(*b*) to deter the offender and other persons from committing offences;

(*c*) to separate offenders from society, where necessary;

(*d*) to assist in rehabilitating offenders;

(*e*) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(*f*) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community. [Emphasis added.]

interpréter et appliquer le principe général énoncé à l'al. 718.2*e*).

La manière dont est formulé l'objectif du prononcé de la peine à l'art. 718 vient elle aussi étayer l'opinion que le principe de retenue énoncé à l'al. 718.2*e*) participe de la réparation, plutôt que de la simple codification.

Traditionnellement, la jurisprudence canadienne en matière de détermination de la peine a mis principalement l'accent sur l'atteinte de certains buts, savoir l'isolement du délinquant, l'effet dissuasif particulier et général, la dénonciation et la réinsertion sociale. Le processus de détermination de la peine, tout comme le procès criminel lui-même, était souvent perçu comme un conflit entre les intérêts de l'État (qu'incarnaient les buts d'isolement, de dissuasion et de dénonciation) et les intérêts du délinquant individuel (qu'incarnait le but de réinsertion sociale). La réinsertion sociale est d'ailleurs une notion relativement nouvelle dans l'analyse de la peine à infliger, analyse qui auparavant privilégiait presque exclusivement les intérêts de l'État.

L'article 718 énonce en ces termes l'objectif du prononcé de la peine:

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

a) dénoncer le comportement illégal;

b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;

c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;

d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité. [Nous soulignons.]

Clearly, s. 718 is, in part, a restatement of the basic sentencing aims, which are listed in paras. (*a*) through (*d*). What are new, though, are paras. (*e*) and (*f*), which along with para. (*d*) focus upon the restorative goals of repairing the harms suffered by individual victims and by the community as a whole, promoting a sense of responsibility and an acknowledgment of the harm caused on the part of the offender, and attempting to rehabilitate or heal the offender. The concept of restorative justice which underpins paras. (*d*), (*e*), and (*f*) is briefly discussed below, but as a general matter restorative justice involves some form of restitution and reintegration into the community. The need for offenders to take responsibility for their actions is central to the sentencing process: D. Kwochka, "Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm" (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153, at p. 165. Restorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction. In our view, Parliament's choice to include (*e*) and (*f*) alongside the traditional sentencing goals must be understood as evidencing an intention to expand the parameters of the sentencing analysis for all offenders. The principle of restraint expressed in s. 718.2(*e*) will necessarily be informed by this reorientation.

Manifestement, l'art. 718 est, en partie, une reformulation des objectifs de base du prononcé de la peine, qui sont énumérés aux al. *a*) à *d*). Ce qui est nouveau, toutefois, se trouve aux al. *e*) et *f*) qui, avec l'al. *d*), mettent l'accent sur les objectifs correctifs que sont la réparation des torts subis par les victimes individuelles et l'ensemble de la collectivité, l'éveil de la conscience des responsabilités, la reconnaissance du tort causé et les efforts de réinsertion sociale ou de guérison du délinquant. Le concept de justice corrective qui sous-tend les al. *d*), *e*) et *f*) fait l'objet d'un bref examen plus loin, mais de façon générale, la justice corrective comporte une forme de restitution et de réinsertion dans la collectivité. La nécessité pour les délinquants d'assumer la responsabilité de leurs actes est un élément central au processus de détermination de la peine: D. Kwochka, "Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm" (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153, à la p. 165. Les objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l'emprisonnement. À notre avis, la décision du Parlement d'ajouter les al. *e*) et *f*) aux objectifs traditionnels de la détermination de la peine témoigne d'une intention d'élargir les paramètres de l'analyse de la peine pour tous les délinquants. Le principe de retenue énoncé à l'al. 718.2*e*) sera nécessairement coloré par cette réorientation.

Just as the context of Part XXIII supports the view that s. 718.2(*e*) has a remedial purpose for all offenders, the scheme of Part XXIII also supports the view that s. 718.2(*e*) has a particular remedial role for aboriginal peoples. The respondent is correct to point out that there is jurisprudence which pre-dates the enactment of s. 718.2(*e*) in which aboriginal offenders have been sentenced differently in light of their unique circumstances. However, the existence of such jurisprudence is not, on its own, especially probative of the issue of whether s. 718.2(*e*) has a remedial role. There is also sentencing jurisprudence which holds, for example, that a court must consider the unique circumstances of offenders who are battered spouses, or who are mentally disabled. Although the validity of the principles expressed in this latter jurisprudence is unchallenged by the 1996 sentencing

44

Tout comme le contexte de la partie XXIII étaye l'opinion selon laquelle l'al. 718.2*e*) a un objet réparateur pour tous les délinquants, l'économie de cette partie appuie également l'opinion que l'al. 718.2*e*) joue un rôle réparateur particulier pour les autochtones. L'intimée souligne à bon droit que, suivant une jurisprudence antérieure à l'adoption de l'al. 718.2*e*), des délinquants autochtones se sont vu infliger des peines différentes en raison de leur situation particulière. L'existence de ce courant, toutefois, n'est pas en soi particulièrement probante quant à la question du rôle réparateur de l'al. 718.2*e*). Il y a aussi une jurisprudence qui porte, par exemple, que le tribunal doit tenir compte de la situation particulière des délinquants qui sont des conjoints battus, ou qui souffrent d'une déficience mentale. Bien que la validité des principes véhiculés par ce dernier courant ne soit

reforms, one does not find reference to these principles in Part XXIII. If Part XXIII were indeed a codification of principles regarding the appropriate method of sentencing different categories of offenders, one would expect to find such references. The wording of s. 718.2(*e*), viewed in light of the absence of similar stipulations in the remainder of Part XXIII, reveals that Parliament has chosen to single out aboriginal offenders for particular attention.

pas mise en cause par les réformes de 1996, la partie XXIII n'en fait aucune mention. Or si la partie XXIII était effectivement une codification des principes régissant la méthode à appliquer pour déterminer la peine selon les diverses catégories de délinquants, on pourrait s'attendre à ce qu'elle en fasse mention. Étant donné l'absence de dispositions similaires dans le reste de la partie XXIII, le libellé de l'al. 718.2*e*) indique que le Parlement a choisi d'accorder une attention particulière aux délinquants autochtones.

C. *Legislative History*

C. *Historique législatif*

45 Support for the foregoing understanding of s. 718.2(*e*) as having the remedial purpose of restricting the use of prison for all offenders, and as having a particular remedial role with respect to aboriginal peoples, is provided by statements made by the Minister of Justice and others at the time that what was then Bill C-41 was before Parliament. Although these statements are clearly not decisive as to the meaning and purpose of s. 718.2(*e*), they are nonetheless helpful, particularly insofar as they corroborate and do not contradict the meaning and purpose to be derived upon a reading of the words of the provision in the context of Part XXIII as a whole: *Rizzo & Rizzo Shoes*, *supra*, at paras. 31 and 35.

L'analyse consistant à voir l'al. 718.2*e*) comme une disposition réparatrice visant à restreindre le recours à l'emprisonnement pour tous les délinquants, et jouant un rôle réparateur particulier à l'égard des autochtones, trouve appui dans les déclarations faites par le ministre de la Justice et d'autres personnes à l'époque où ce qui était alors le projet de loi C-41 était devant le Parlement. Même s'il est clair que ces déclarations ne sont pas concluantes quant au sens et à l'objet de l'al. 718.2*e*), elles sont néanmoins utiles, particulièrement dans la mesure où elles corroborent et ne contredisent pas le sens et l'objet qu'on peut inférer du libellé de la disposition dans le contexte de l'ensemble de la partie XXIII: *Rizzo & Rizzo Shoes*, précité, aux par. 31 et 35.

46 For instance, in introducing second reading of Bill C-41 on September 20, 1994 (*House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., at pp. 5871 and 5873), Minister of Justice Allan Rock made the following statements regarding the remedial purpose of the bill:

Ainsi, en présentant le projet de loi C-41 en deuxième lecture, le 20 septembre 1994 (*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1re sess., 35e lég., aux pp. 5871 et 5873), le ministre de la Justice Allan Rock a fait les déclarations suivantes concernant l'objectif réparateur du projet:

Through this bill, Parliament provides the courts with clear guidelines . . . .

. . .

The bill also defines various sentencing principles, for instance that the sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the offender's degree of

Le Parlement donne aux tribunaux une ligne de conduite précise grâce à ce projet de loi . . .

. . .

Le projet de loi définit également divers principes de détermination de la peine, par exemple: la peine infligée doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du contrevenant. Lorsqu'il est approprié de le faire, le recours aux solutions de

responsibility. When appropriate, alternatives must be contemplated, especially in the case of Native offenders.

. . .

A general principle that runs throughout Bill C-41 is that jails should be reserved for those who should be there. Alternatives should be put in place for those who commit offences but who do not need or merit incarceration.

. . .

Jails and prisons will be there for those who need them, for those who should be punished in that way or separated from society. . . . [T]his bill creates an environment which encourages community sanctions and the rehabilitation of offenders together with reparation to victims and promoting in criminals a sense of accountability for what they have done.

It is not simply by being more harsh that we will achieve more effective criminal justice. We must use our scarce resources wisely. [Emphasis added.]

The Minister's statements were echoed by other Members of Parliament and by Senators during the debate over the bill: see, e.g., *House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 35th Parl., September 22, 1994, at p. 6028 (Mr. Morris Bodnar); *Debates of the Senate*, vol. 135, No. 99, 1st Sess., 35th Parl., June 21, 1995, at p. 1871 (Hon. Duncan J. Jessiman).

In his subsequent testimony before the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs (*Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 62, November 17, 1994, at p. 62:15), the Minister of Justice addressed the specific role the government hoped would be played by s. 718.2(*e*):

[T]he reason we referred specifically there to aboriginal persons is that they are sadly overrepresented in the prison populations of Canada. I think it was the Manitoba justice inquiry that found that although aboriginal persons make up only 12% of the population of Manitoba, they comprise over 50% of the prison inmates. Nationally aboriginal persons represent about 2% of

rechange doit être envisagé, surtout lorsqu'il s'agit de contrevenants autochtones.

. . .

On retrouve, tout au long du projet de loi C-41, un principe général voulant que l'on n'emprisonne que les personnes qui méritent d'être emprisonnées. Il faudrait prévoir d'autres solutions pour les personnes qui commettent des infractions ne nécessitant pas une incarcération.

. . .

Les prisons seront là pour ceux qui en ont besoin, ceux qui devraient être punis de cette façon ou exclus de la société . . . [L]e projet de loi crée un climat qui encourage les sanctions communautaires et la réinsertion sociale des délinquants parallèlement à la réparation accordée aux victimes, en plus d'amener les criminels à mieux assumer la responsabilité de leurs actes.

Ce n'est pas simplement en étant plus stricts que nous nous doterons d'un système de justice pénale plus efficace. Nous devons utiliser nos ressources limitées de façon judicieuse. [Nous soulignons.]

Les déclarations du Ministre ont été reprises par des députés et des sénateurs au cours du débat sur le projet de loi: voir, par. ex., *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1re sess., 35e lég., 22 septembre 1994, à la p. 6028 (M. Morris Bodnar); *Débats du Sénat*, vol. 135, nº 99, 1re sess., 35e lég., 21 juin 1995, à la p. 1871 (Hon. Duncan J. Jessiman).

Dans son témoignage subséquent devant le Comité permanent de la Justice et des questions juridiques (*Procès-verbaux et témoignages*, fascicule nº 62, 17 novembre 1994, à la p. 62:15), le ministre de la Justice a parlé du rôle précis que le gouvernement espérait voir jouer à l'al. 718.2*e*): 47

[S]i l'on mentionne expressément les délinquants autochtones, c'est parce qu'ils sont malheureusement surreprésentés dans la population carcérale du Canada. Si je me rappelle bien, l'enquête sur le système judiciaire au Manitoba a révélé que si les autochtones ne représentent que 12 p. 100 de la population du Manitoba, ils représentent plus de 50 p. 100 de la population carcérale dans cette province. À l'échelle nationale, les autochtones constituent environ 2 p. 100 de la population canadienne, mais 10,6 p. 100 de la population car-

Canada's population, but they represent 10.6% of persons in prison. Obviously there's a problem here.

What we're trying to do, particularly having regard to the initiatives in the aboriginal communities to achieve community justice, is to encourage courts to look at alternatives where it's consistent with the protection of the public — alternatives to jail — and not simply resort to that easy answer in every case. [Emphasis added.]

48 It can be seen, therefore, that the government position when Bill C-41 was under consideration was that the new Part XXIII was to be remedial in nature. The proposed enactment was directed, in particular, at reducing the use of prison as a sanction, at expanding the use of restorative justice principles in sentencing, and at engaging in both of these objectives with a sensitivity to aboriginal community justice initiatives when sentencing aboriginal offenders.

D. *The Context of the Enactment of Section 718.2(e)*

49 Further guidance as to the scope and content of Parliament's remedial purpose in enacting s. 718.2(*e*) may be derived from the social context surrounding the enactment of the provision. On this point, it is worth noting that, although there is quite a wide divergence between the positions of the appellant and the respondent as to how s. 718.2(*e*) should be applied in practice, there is general agreement between them, and indeed between the parties and all interveners, regarding the mischief in response to which s. 718.2(*e*) was enacted.

50 The parties and interveners agree that the purpose of s. 718.2(*e*) is to respond to the problem of overincarceration in Canada, and to respond, in particular, to the more acute problem of the disproportionate incarceration of aboriginal peoples. They also agree that one of the roles of s. 718.2(*e*), and of various other provisions in Part XXIII, is to encourage sentencing judges to apply principles of restorative justice alongside or in the place of

cérale du Canada. De toute évidence, il y a un problème ici.

Ce que nous voulons faire, particulièrement dans le contexte des initiatives permettant aux communautés autochtones de se doter d'une justice communautaire, c'est encourager les tribunaux à recourir à des mesures de rechange dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec la protection du public — je parle des mesures de rechange préférables à l'emprisonnement — et non pas à recourir simplement à ce moyen facile dans tous les cas. [Nous soulignons.]

On voit donc qu'à l'époque de l'étude du projet de loi C-41, le gouvernement estimait que la nouvelle partie XXIII avait un caractère essentiellement réparateur. Les modifications proposées visaient tout particulièrement à réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction, à élargir l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine, et à poursuivre ces deux objectifs en étant sensibles, dans le cas des délinquants autochtones, aux initiatives autochtones en matière de justice communautaire.

D. *Le contexte de l'adoption de l'al. 718.2e)*

La portée et la nature de l'objectif réparateur que visait le Parlement en édictant l'al. 718.2*e*) se dégagent également du contexte social entourant l'adoption de la disposition. Sur ce point, il convient de souligner que, malgré la divergence substantielle entre les positions de l'appelante et de l'intimée sur la façon d'appliquer l'al. 718.2*e*) en pratique, celles-ci s'entendent généralement, de même que tous les intervenants, en ce qui concerne la situation que l'al. 718.2*e*) visait à corriger.

Les parties et les intervenants conviennent en effet que l'al. 718.2*e*) vise à régler le problème de l'incarcération excessive au Canada, et plus particulièrement celui, plus aigu, de l'incarcération disproportionnée des autochtones. Ils conviennent également que l'un des rôles de l'al. 718.2*e*), et de diverses autres dispositions de la partie XXIII, est d'inciter les juges chargés d'infliger les peines à appliquer les principes de la justice corrective

other, more traditional sentencing principles when making sentencing determinations. As the respondent states in its factum before this Court, s. 718.2(*e*) "provides the necessary flexibility and authority for sentencing judges to resort to the restorative model of justice in sentencing aboriginal offenders and to reduce the imposition of jail sentences where to do so would not sacrifice the traditional goals of sentencing".

The fact that the parties and interveners are in general agreement among themselves regarding the purpose of s. 718.2(*e*) is not determinative of the issue as a matter of statutory construction. However, as we have suggested, on the above points of agreement the parties and interveners are correct. A review of the problem of overincarceration in Canada, and of its peculiarly devastating impact upon Canada's aboriginal peoples, provides additional insight into the purpose and proper application of this new provision.

(1) The Problem of Overincarceration in Canada

Canada is a world leader in many fields, particularly in the areas of progressive social policy and human rights. Unfortunately, our country is also distinguished as being a world leader in putting people in prison. Although the United States has by far the highest rate of incarceration among industrialized democracies, at over 600 inmates per 100,000 population, Canada's rate of approximately 130 inmates per 100,000 population places it second or third highest: see Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice, *Corrections Population Growth: First Report on Progress* (1997), Annex B, at p. 1; Bulletin of U.S. Bureau of Justice Statistics, *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998* (March 1999); The Sentencing Project, *Americans Behind Bars: U.S. and International Use of Incarceration, 1995* (June 1997), at p. 1. Moreover, the rate at which Canadian courts have been imprisoning offenders has risen sharply in recent years, although there has been a slight decline of late: see Statistics Canada, "Prison population and costs" in *Infomat:*

parallèlement aux principes plus traditionnels en la matière ou à leur place. Comme l'intimée le dit dans son mémoire à notre Cour, l'al. 718.2*e*) [TRADUCTION] «donne aux juges appelés à prononcer une peine la latitude et l'autorité nécessaires pour recourir au modèle de la justice corrective dans le cas des délinquants autochtones et pour réduire l'infliction de peines d'emprisonnement dans les cas où il est possible de le faire sans compromettre les buts traditionnels de détermination de la peine».

Certes, le fait que les parties et les intervenants ont la même conception générale de l'objet de l'al. 718.2*e*) n'est pas concluant du point de vue de l'interprétation des lois. Toutefois, ainsi que nous l'avons dit, les parties et les intervenants ont raison quant aux points d'accords susmentionnés. Un examen du problème de l'incarcération excessive au Canada, et de son impact particulièrement dévastateur sur les autochtones, fournit un autre éclairage sur l'objet et sur l'application correcte de cette nouvelle disposition. 51

(1) Le problème du recours excessif à l'incarcération au Canada

Le Canada fait figure de chef de file mondial dans de nombreux domaines, et particulièrement en matière de politiques sociales progressistes et de droits de la personne. Malheureusement, notre pays se distingue aussi, à l'échelle mondiale, par le nombre de personnes qu'il met en prison. Bien que les États-Unis, avec plus de 600 détenus pour 100 000 habitants, aient de loin le plus haut taux d'incarcération parmi les démocraties industrialisées, le taux au Canada est d'environ 130 détenus pour 100 000 habitants, ce qui le place au deuxième ou au troisième rang: voir Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires, *Croissance de la population carcérale: Premier rapport d'étape* (1997), annexe B, à la p. 1; Bulletin of U.S. Bureau of Justice Statistics, *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998* (mars 1999); The Sentencing Project, *Americans Behind Bars: U.S and International Use of Incarceration, 1995* (juin 1997), à la p. 1. Qui plus est, le taux d'incarcération par les tribunaux canadiens s'est accru consi- 52

A Weekly Review (February 27, 1998), at p. 5. This record of incarceration rates obviously cannot instil a sense of pride.

53 The systematic use of the sanction of imprisonment in Canada may be dated to the building of the Kingston Penitentiary in 1835. The penitentiary sentence was itself originally conceived as an alternative to the harsher penalties of death, flogging, or imprisonment in a local jail. Sentencing reformers advocated the use of penitentiary imprisonment as having effects which were not only deterrent, denunciatory, and preventive, but also rehabilitative, with long hours spent in contemplation and hard work contributing to the betterment of the offender: see Law Reform Commission of Canada, Working Paper 11, *Imprisonment and Release* (1975), at p. 5.

54 Notwithstanding its idealistic origins, imprisonment quickly came to be condemned as harsh and ineffective, not only in relation to its purported rehabilitative goals, but also in relation to its broader public goals. The history of Canadian commentary regarding the use and effectiveness of imprisonment as a sanction was recently well summarized by Vancise J.A., dissenting in the Saskatchewan Court of Appeal in *McDonald*, *supra*, at pp. 429-30:

> A number of inquiries and commissions have been held in this country to examine, among other things, the effectiveness of the use of incarceration in sentencing. There has been at least one commission or inquiry into the use of imprisonment in each decade of this century since 1914. . . .
>
> . . . An examination of the recommendations of these reports reveals one constant theme: imprisonment should be avoided if possible and should be reserved for the most serious offences, particularly those involving violence. They all recommend restraint in the use of incarceration and recognize that incarceration has failed to reduce the crime rate and should be used with caution and moderation. Imprisonment has failed to satisfy a

dérablement au cours des dernières années, avec cependant une légère baisse récemment: voir Statistique Canada, «Population carcérale et coûts connexes» dans *Infomat: Revue hebdomadaire* (27 février 1998), à la p. 6. Ces statistiques relatives aux taux d'incarcération n'inspirent aucune fierté.

Le recours systématique à la peine d'emprisonnement au Canada remonte à la construction du pénitencier de Kingston en 1835. À l'origine, l'emprisonnement avait lui-même été conçu comme une solution de rechange aux peines plus sévères qu'étaient la mort, le fouet ou l'emprisonnement dans une prison locale. Les réformateurs faisaient valoir que l'emprisonnement en pénitencier avait non seulement un effet de dissuasion, de dénonciation ou de prévention, mais qu'il contribuait aussi à la réinsertion sociale des délinquants, les longues heures consacrées à la réflexion et aux durs travaux contribuant à leur rééducation: voir Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 11, *Emprisonnement — Libération* (1975), à la p. 5.

Malgré ses origines empreintes d'idéalisme, l'emprisonnement a vite été condamné pour sa dureté et son inefficacité, non seulement eu égard à ses objectifs proclamés de réinsertion sociale, mais aussi relativement à ses objectifs publics plus généraux. Le juge Vancise, dissident en Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *McDonald*, précité, a bien résumé les commentaires qu'a suscités au fil des ans au Canada l'efficacité du recours à l'emprisonnement, aux pp. 429 et 430:

> [TRADUCTION] Nombre d'enquêtes et de commissions ont été tenues dans ce pays pour examiner, entre autres choses, l'efficacité du recours à la peine d'incarcération. Depuis 1914, chaque décennie a vu au moins une commission ou une enquête sur le recours à l'emprisonnement . . .
>
> . . . Une constante se dégage de l'examen des recommandations de ces rapports: il faut éviter l'emprisonnement autant que possible et réserver cette sanction pour les infractions les plus graves, particulièrement les infractions avec violence. Tous recommandent que l'incarcération soit utilisée avec retenue, reconnaissant que la prison n'a pas permis de réduire le taux de criminalité et qu'on ne devrait y recourir qu'avec prudence et

basic function of the Canadian judicial system which was described in the Report of the Canadian Committee on Corrections entitled: "Toward Unity: Criminal Justice and Corrections" (1969) as "to protect society from crime in a manner commanding public support while avoiding needless injury to the offender". [Emphasis added; footnote omitted.]

In a similar vein, in 1987, the Canadian Sentencing Commission wrote in its report entitled *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, at pp. xxiii-xxiv:

Canada does not imprison as high a portion of its population as does the United States. However, we do imprison more people than most other western democracies. The *Criminal Code* displays an apparent bias toward the use of incarceration since for most offences the penalty indicated is expressed in terms of a maximum term of imprisonment. A number of difficulties arise if imprisonment is perceived to be the preferred sanction for most offences. Perhaps most significant is that although we regularly impose this most onerous and expensive sanction, it accomplishes very little apart from separating offenders from society for a period of time. In the past few decades many groups and federally appointed committees and commissions given the responsibility of studying various aspects of the criminal justice system have argued that imprisonment should be used only as a last resort and/or that it should be reserved for those convicted of only the most serious offences. However, although much has been said, little has been done to move us in this direction. [Emphasis added.]

With equal force, in *Taking Responsibility* (1988), at p. 75, the Standing Committee on Justice and Solicitor General stated:

It is now generally recognized that imprisonment has not been effective in rehabilitating or reforming offenders, has not been shown to be a strong deterrent, and has achieved only temporary public protection and uneven retribution, as the lengths of prison sentences handed down vary for the same type of crime.

Since imprisonment generally offers the public protection from criminal behaviour for only a limited time,

modération. L'emprisonnement n'a pas rempli la fonction de base du système judiciaire canadien que le Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, intitulé «Justice pénale et correction: un lien à forger» (1969), avait ainsi défini: «protéger la société du crime d'une manière qui commande le respect du public tout en évitant de porter inutilement préjudice au contrevenant». [Nous soulignons; note omise.]

Dans la même veine, en 1987, la Commission canadienne sur la détermination de la peine écrivait ceci dans son rapport *Réformer la sentence: une approche canadienne*, à la p. xxiv: 55

Le pourcentage de la population canadienne qui est incarcérée n'est pas aussi élevé que celui de la population américaine, mais il dépasse celui de la plupart des autres démocraties occidentales. Le *Code criminel* témoigne d'une certaine partialité en faveur de l'incarcération, puisque la peine indiquée pour la plupart des infractions l'est sous forme d'une peine d'incarcération maximale. Le fait que l'emprisonnement soit perçu comme la sanction préférée pour la plupart des infractions pose cependant un certain nombre de difficultés. La plus importante est sans doute qu'en dépit du fait que nous infligeons régulièrement cette sanction particulièrement lourde et coûteuse, elle n'a produit que très peu d'effet, si ce n'est de mettre des contrevenants à l'écart de la société pendant un certain temps. Depuis plusieurs décennies, bon nombre de groupements et de comités et commissions chargés par le gouvernement fédéral d'étudier les divers aspects du système pénal ont affirmé que l'incarcération ne devrait être qu'une solution de dernier recours ou qu'elle devrait être réservée aux auteurs des infractions les plus graves. Cependant, malgré la fréquence avec laquelle cette recommandation a été formulée, peu de pas ont été faits dans cette direction. [Nous soulignons.]

Avec une égale force, le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général disait ceci dans *Des responsabilités à assumer* (1988), à la p. 81: 56

En règle générale, on admet aujourd'hui que l'emprisonnement n'a pas eu pour effet de réadapter ou de réformer les délinquants, ne s'est pas révélé très dissuasif, n'a permis que temporairement de protéger la société et n'a pas contribué à l'uniformité du châtiment, la durée des peines de prison prononcées variant pour le même genre d'infraction.

Puisque l'emprisonnement ne permet généralement de protéger la société contre le comportement criminel

rehabilitation of the offender is of great importance. However, prisons have not generally been effective in reforming their inmates, as the high incidence of recidivism among prison populations shows.

The use of imprisonment as a main response to a wide variety of offences against the law is not a tenable approach in practical terms. Most offenders are neither violent nor dangerous. Their behaviour is not likely to be improved by the prison experience. In addition, their growing numbers in jails and penitentiaries entail serious problems of expense and administration, and possibly increased future risks to society. Moreover, modern technology may now permit the monitoring in the community of some offenders who previously might have been incarcerated for incapacitation or denunciation purposes. Alternatives to imprisonment and intermediate sanctions, therefore, are increasingly viewed as necessary developments. [Emphasis added; footnotes omitted.]

The Committee proposed that alternative forms of sentencing should be considered for those offenders who did not endanger the safety of others. It was put in this way, at pp. 50 and 54:

[O]ne of the primary foci of such alternatives must be on techniques which contribute to offenders accepting responsibility for their criminal conduct and, through their subsequent behaviour, demonstrating efforts to restore the victim to the position he or she was in prior to the offence and/or providing a meaningful apology.

. . .

[E]xcept where to do so would place the community at undue risk, the "correction" of the offender should take place in the community and imprisonment should be used with restraint.

57 Thus, it may be seen that although imprisonment is intended to serve the traditional sentencing goals of separation, deterrence, denunciation, and rehabilitation, there is widespread consensus that imprisonment has not been successful in achieving some of these goals. Overincarceration is a long-standing problem that has been many times publicly acknowledged but never addressed in a systematic manner by Parliament. In recent years, compared to other countries, sentences of imprisonment in Canada have increased at an alarming

que pour un temps limité, la réadaptation du délinquant est très importante. Les prisons n'ont pas vraiment réussi à réformer les détenus, comme en témoigne le taux élevé de récidive.

Concrètement, le recours à l'emprisonnement comme principale punition pour toutes sortes d'infractions à la loi n'est pas une approche défendable. La plupart des délinquants ne sont ni violents ni dangereux. Il est peu probable que leur comportement s'améliore par suite d'un séjour en prison. De plus, leur nombre croissant dans les prisons et les pénitenciers pose de graves problèmes de coût et d'administration et augmente peut-être les risques qu'ils pourraient faire courir plus tard à la société. En outre, la technologie moderne peut permettre aujourd'hui de surveiller dans la collectivité des délinquants que l'on aurait pu autrefois incarcérer à des fins de neutralisation ou de dénonciation. Par conséquent, les solutions de rechange à l'incarcération et les sanctions intermédiaires sont de plus en plus considérées comme des mesures nécessaires. [Nous soulignons; notes omises.]

Le Comité a recommandé d'envisager des solutions de rechange pour les contrevenants qui n'ont pas mis en danger la sécurité d'autrui, disant ceci aux pp. 57 et 61:

[I]l faut d'abord et avant tout mettre l'accent sur des méthodes qui incitent les contrevenants à assumer la responsabilité de leur comportement criminel et s'efforcer par la suite de faire retrouver à la victime la situation où elle était avant l'infraction et à lui témoigner un repentir sincère.

. . .

[À] moins que cela ne représente un risque disproportionné pour la société, la réadaptation du délinquant devrait se faire dans la société et [. . .] il faut avoir recours à l'incarcération le moins souvent possible.

Ainsi, il appert que même si l'emprisonnement vise les objectifs traditionnels d'isolement, de dissuasion, de dénonciation et de réinsertion sociale, il est généralement admis qu'il n'a pas réussi à réaliser certains d'entre eux. Le recours excessif à l'incarcération est un problème de longue date dont l'existence a été maintes fois reconnue sur la place publique mais que le Parlement n'a jamais abordé de façon systématique. Au cours des dernières années, le Canada, comparativement à d'autres pays, a enregistré une augmentation alar-

rate. The 1996 sentencing reforms embodied in Part XXIII, and s. 718.2(*e*) in particular, must be understood as a reaction to the overuse of prison as a sanction, and must accordingly be given appropriate force as remedial provisions.

(2) The Overrepresentation of Aboriginal Canadians in Penal Institutions

If overreliance upon incarceration is a problem with the general population, it is of much greater concern in the sentencing of aboriginal Canadians. In the mid-1980s, aboriginal people were about 2 percent of the population of Canada, yet they made up 10 percent of the penitentiary population. In Manitoba and Saskatchewan, aboriginal people constituted something between 6 and 7 percent of the population, yet in Manitoba they represented 46 percent of the provincial admissions and in Saskatchewan 60 percent: see M. Jackson, "Locking Up Natives in Canada" (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215 (article originally prepared as a report of the Canadian Bar Association Committee on Imprisonment and Release in June 1988), at pp. 215-16. The situation has not improved in recent years. By 1997, aboriginal peoples constituted closer to 3 percent of the population of Canada and amounted to 12 percent of all federal inmates: Solicitor General of Canada, Consolidated Report, *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act — Five Years Later* (1998), at pp. 142-55. The situation continues to be particularly worrisome in Manitoba, where in 1995-96 they made up 55 percent of admissions to provincial correctional facilities, and in Saskatchewan, where they made up 72 percent of admissions. A similar, albeit less drastic situation prevails in Alberta and British Columbia: Canadian Centre for Justice Statistics, *Adult Correctional Services in Canada, 1995-96* (1997), at p. 30.

This serious problem of aboriginal overrepresentation in Canadian prisons is well documented.

mante des peines d'emprisonnement. Les réformes introduites en 1996 dans la partie XXIII, et l'al. 718.2*e*) en particulier, doivent être comprises comme une réaction au recours trop fréquent à l'incarcération comme sanction, et il faut par conséquent en reconnaître pleinement le caractère réparateur.

(2) La surreprésentation des autochtones canadiens dans les établissements pénitentiaires

58 Si le recours à l'incarcération constitue un problème eu égard à l'ensemble de la population, il est beaucoup plus aigu dans le cas des autochtones canadiens. Au milieu des années 80, les autochtones représentaient environ 2 p. 100 de la population du Canada, mais 10 p. 100 de la population carcérale. Au Manitoba et en Saskatchewan, les autochtones constituaient entre 6 et 7 p. 100 de la population, mais représentaient, au Manitoba, 46 p. 100 des admissions provinciales et, en Saskatchewan, 60 p. 100: voir M. Jackson, «Locking Up Natives in Canada» (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215 (article rédigé initialement comme rapport de l'Association du Barreau canadien, Comité spécial sur l'emprisonnement et la libération, publié en juin 1988), aux pp. 215 et 216. La situation ne s'est pas améliorée ces dernières années. En 1997, les autochtones constituaient près de 3 p. 100 de la population du Canada, mais 12 p. 100 de l'ensemble des détenus fédéraux: Solliciteur général du Canada, Rapport global, *Pour une société juste, paisible et sûre: La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Cinq ans plus tard* (1998), aux pp. 163 à 179. La situation continue d'être particulièrement préoccupante au Manitoba où, en 1995-96, ils représentaient 55 p. 100 des admissions dans les établissements correctionnels provinciaux, et en Saskatchewan, où ils représentaient jusqu'à 72 p. 100 des admissions. Une situation semblable, bien que moins dramatique, prévaut en Alberta et en Colombie-Britannique: Centre canadien de la statistique juridique, *Services correctionnels pour adultes au Canada, 1995-1996* (1997), à la p. 30.

59 Le grave problème de la surreprésentation des autochtones dans les prisons canadiennes a fait

Like the general problem of overincarceration itself, the excessive incarceration of aboriginal peoples has received the attention of a large number of commissions and inquiries: see, by way of example only, Canadian Corrections Association, *Indians and the Law* (1967); Law Reform Commission of Canada, *The Native Offender and the Law* (1974), prepared by D. A. Schmeiser; Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991); Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide* (1996).

60 In "Locking Up Natives in Canada", *supra*, at pp. 215-16, Jackson provided a disturbing account of the enormity of the disproportion:

> Statistics about crime are often not well understood by the public and are subject to variable interpretation by the experts. In the case of the statistics regarding the impact of the criminal justice system on native people the figures are so stark and appalling that the magnitude of the problem can be neither misunderstood nor interpreted away. Native people come into contact with Canada's correctional system in numbers grossly disproportionate to their representation in the community. More than any other group in Canada they are subject to the damaging impacts of the criminal justice system's heaviest sanctions. Government figures — which reflect different definitions of "native" and which probably underestimate the number of prisoners who consider themselves native — show that almost 10% of the federal penitentiary population is native (including 13% of the federal women's prisoner population) compared to about 2% of the population nationally.... Even more disturbing, the disproportionality is growing. In 1965 some 22% of the prisoners in Stony Mountain Penitentiary were native; in 1984 this proportion was 33%. It is realistic to expect that absent radical change, the problem will intensify due to the higher birth rate in native communities.
>
> Bad as this situation is within the federal system, it is even worse in a number of the western provincial correctional systems.... A study reviewing admissions to

l'objet de nombreuses études. Tout comme le problème en soi du trop grand nombre d'incarcérations, l'incarcération excessive des autochtones a reçu l'attention d'un grand nombre de commissions et d'enquêtes: voir, à titre d'exemples seulement, Société canadienne de criminologie, *Les Indiens et la loi* (1967); Commission de réforme du droit du Canada, *La délinquance chez les autochtones et la loi* (1974), préparé par D. A. Schmeiser; Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991); Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles* (1996).

Dans «Locking Up Natives in Canada», *loc. cit.*, aux pp. 215 et 216, Jackson fait un exposé troublant de l'énormité de la disproportion:

> [TRADUCTION] Les statistiques sur la criminalité sont souvent mal comprises par le public et sujettes à différentes interprétations des spécialistes en la matière. Dans le cas des statistiques relatives aux effets du système de justice pénale sur les autochtones, les chiffres sont si clairs et consternants qu'on ne peut ni méconnaître ni mésestimer l'ampleur du problème. Le nombre d'autochtones qui viennent en contact avec le système correctionnel canadien est grossièrement disproportionné par rapport à leur représentation dans la communauté. Plus que tout autre groupe au Canada, ils subissent les effets dommageables des plus lourdes sanctions du système de justice pénale. Les statistiques gouvernementales, qui s'appuient sur différentes définitions du terme «autochtone» et qui sous-estiment vraisemblablement le nombre de détenus qui se considèrent comme autochtones, montrent que près de 10 % de la population des pénitenciers fédéraux est autochtone (y compris environ 13 % de la population des prisons fédérales pour femmes) comparativement à 2 % de la population canadienne. [...] Fait encore plus troublant, la disproportion s'accentue. Ainsi, en 1965, quelque 22 % des prisonniers du pénitencier de Stony Mountain étaient autochtones; en 1984, leur proportion était passée à 33 %. Il n'est pas irréaliste de croire qu'en l'absence de changements radicaux, le problème s'aggravera encore en raison de la forte croissance démographique des autochtones.
>
> Si alarmante que puisse être la situation au sein du système fédéral, elle l'est encore plus dans un certain nombre de systèmes correctionnels provinciaux de

Saskatchewan's correctional system in 1976-77 appropriately titled "Locking Up Indians in Saskatchewan", contains findings that should shock the conscience of everyone in Canada. In comparison to male non-natives, male treaty Indians were 25 times more likely to be admitted to a provincial correctional centre while non-status Indians or Métis were 8 times more likely to be admitted. If only the population over fifteen years of age is considered (the population eligible to be admitted to provincial correctional centres in Saskatchewan), then male treaty Indians were 37 times more likely to be admitted, while male non-status Indians were 12 times more likely to be admitted. For women the figures are even more extreme: a treaty Indian woman was 131 times more likely to be admitted and a non-status or Métis woman 28 times more likely than a non-native.

l'Ouest. [. . .] Une étude des admissions dans le système correctionnel de la Saskatchewan en 1976-77, pertinemment intitulée «Locking Up Indians in Saskatchewan», contient des conclusions qui ne peuvent manquer de heurter la conscience de tous les Canadiens. Comparativement aux hommes non-autochtones, les Indiens inscrits étaient 25 fois plus susceptibles d'être admis dans un centre correctionnel provincial, alors que les Indiens non inscrits ou les Métis l'étaient 8 fois plus. Si l'on considère uniquement la population âgée de plus de quinze ans (soit la population admissible dans les centres correctionnels de la Saskatchewan), les Indiens inscrits étaient 37 fois plus susceptibles d'être admis, alors que les Indiens non inscrits l'étaient 12 fois plus. Pour les femmes, les chiffres sont encore plus criants: une Indienne inscrite était 131 fois plus susceptibles qu'une non-Indienne d'être admise dans un centre correctionnel, et une Indienne non inscrite ou une Métis l'était 28 fois plus qu'une non-autochtone.

The Saskatchewan study brings home the implications of its findings by indicating that a treaty Indian boy turning 16 in 1976 had a 70% chance of at least one stay in prison by the age of 25 (that age range being the one with the highest risk of imprisonment). The corresponding figure for non-status or Métis was 34%. For a non-native Saskatchewan boy the figure was 8%. Put another way, this means that in Saskatchewan, prison has become for young native men, the promise of a just society which high school and college represent for the rest of us. Placed in an historical context, the prison has become for many young native people the contemporary equivalent of what the Indian residential school represented for their parents. [Emphasis added; footnotes omitted.]

L'étude faite en Saskatchewan concrétise l'incidence de ses conclusions en signalant que pour un Indien inscrit âgé de 16 ans en 1976, la probabilité d'être incarcéré au moins une fois avant l'âge de 25 ans était de 70 % (ce groupe d'âge est celui du plus haut risque d'incarcération). La probabilité correspondante pour les Indiens non inscrits ou les Métis était de 34 %; pour un jeune garçon non-autochtone de la Saskatchewan, elle était de 8 %. Autrement dit, en Saskatchewan, la prison symbolise pour les adolescents autochtones l'avenir que leur réserve la société, au même titre que l'école secondaire et le collège pour tous les autres Canadiens. Dans un contexte historique, la prison est, pour bon nombre de jeunes autochtones, l'équivalent de ce que les pensionnats étaient pour leurs parents. [Nous soulignons; notes omises.]

Not surprisingly, the excessive imprisonment of aboriginal people is only the tip of the iceberg insofar as the estrangement of the aboriginal peoples from the Canadian criminal justice system is concerned. Aboriginal people are overrepresented in virtually all aspects of the system. As this Court recently noted in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 58, there is widespread bias against aboriginal people within Canada, and "[t]here is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system". 61

Il ne faut pas s'en surprendre, mais le recours excessif à l'emprisonnement dans le cas des autochtones n'est que la pointe de l'iceberg en ce qui concerne la marginalisation des autochtones au sein du système de justice pénale au Canada. Les autochtones sont surreprésentés dans virtuellement tous les aspects du système. Notre Cour a souligné récemment dans *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, au par. 58, que les préjugés contre les autochtones sont largement répandus au Canada, et qu'«[i]l y a une preuve que ce racisme largement répandu s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale».

62 Statements regarding the extent and severity of this problem are disturbingly common. In *Bridging the Cultural Divide*, *supra*, at p. 309, the Royal Commission on Aboriginal Peoples listed as its first "Major Findings and Conclusions" the following striking yet representative statement:

> The Canadian criminal justice system has failed the Aboriginal peoples of Canada — First Nations, Inuit and Métis people, on-reserve and off-reserve, urban and rural — in all territorial and governmental jurisdictions. The principal reason for this crushing failure is the fundamentally different world views of Aboriginal and non-Aboriginal people with respect to such elemental issues as the substantive content of justice and the process of achieving justice.

63 To the same effect, the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba described the justice system in Manitoba as having failed aboriginal people on a "massive scale", referring particularly to the substantially different cultural values and experiences of aboriginal people: *The Justice System and Aboriginal People*, *supra*, at pp. 1 and 86.

64 These findings cry out for recognition of the magnitude and gravity of the problem, and for responses to alleviate it. The figures are stark and reflect what may fairly be termed a crisis in the Canadian criminal justice system. The drastic overrepresentation of aboriginal peoples within both the Canadian prison population and the criminal justice system reveals a sad and pressing social problem. It is reasonable to assume that Parliament, in singling out aboriginal offenders for distinct sentencing treatment in s. 718.2(*e*), intended to attempt to redress this social problem to some degree. The provision may properly be seen as Parliament's direction to members of the judiciary to inquire into the causes of the problem and to endeavour to remedy it, to the extent that a remedy is possible through the sentencing process.

Les propos touchant l'étendue et la gravité de ce problème sont d'une fréquence troublante. Dans *Par-delà les divisions culturelles*, *op. cit.*, à la p. 336, la Commission royale sur les peuples autochtones a placé en tête de liste de ses «Constatations et conclusions» l'énoncé suivant, aussi frappant que représentatif:

> Le système canadien de justice pénale n'a pas su répondre aux besoins des peuples autochtones du Canada — Premières nations, Inuit et Métis habitant en réserve ou hors réserve, en milieu urbain ou en milieu rural —, peu importe le territoire où ils vivent ou le gouvernement dont ils relèvent. Ce lamentable échec découle surtout de ce qu'autochtones et non-autochtones affichent des conceptions extrêmement différentes à l'égard de questions fondamentales comme la nature de la justice et la façon de l'administrer.

Dans le même sens, la Commission d'enquête sur la justice autochtone du Manitoba a qualifié de [TRADUCTION] «massive» la faillite du système de justice au Manitoba à l'égard des autochtones, compte tenu en particulier des valeurs culturelles et des expériences fort différentes des peuples autochtones: *The Justice System and Aboriginal People*, *op. cit.*, aux pp. 1 et 86.

Ces constatations exigent qu'on reconnaisse l'ampleur et la gravité du problème, et qu'on s'y attaque. Les chiffres sont criants et reflètent ce qu'on peut à bon droit qualifier de crise dans le système canadien de justice pénale. La surreprésentation critique des autochtones au sein de la population carcérale comme dans le système de justice pénale témoigne d'un problème social attristant et urgent. Il est raisonnable de présumer que le Parlement, en prévoyant spécifiquement à l'al. 718.2*e*) la possibilité de traiter différemment les délinquants autochtones dans la détermination de la peine, a voulu tenter d'apporter une certaine solution à ce problème social. On peut légitimement voir dans cette disposition une directive que le Parlement adresse à la magistrature, l'invitant à se pencher sur les causes du problème et à s'efforcer d'y remédier, dans la mesure où cela est possible dans le cadre du processus de détermination de la peine.

It is clear that sentencing innovation by itself cannot remove the causes of aboriginal offending and the greater problem of aboriginal alienation from the criminal justice system. The unbalanced ratio of imprisonment for aboriginal offenders flows from a number of sources, including poverty, substance abuse, lack of education, and the lack of employment opportunities for aboriginal people. It arises also from bias against aboriginal people and from an unfortunate institutional approach that is more inclined to refuse bail and to impose more and longer prison terms for aboriginal offenders. There are many aspects of this sad situation which cannot be addressed in these reasons. What can and must be addressed, though, is the limited role that sentencing judges will play in remedying injustice against aboriginal peoples in Canada. Sentencing judges are among those decision-makers who have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system. They determine most directly whether an aboriginal offender will go to jail, or whether other sentencing options may be employed which will play perhaps a stronger role in restoring a sense of balance to the offender, victim, and community, and in preventing future crime.

Il est évident que des pratiques innovatrices dans la détermination de la peine ne peuvent à elles seules faire disparaître les causes de la criminalité autochtone et le problème plus large de l'aliénation des autochtones par rapport au système de justice pénale. La proportion anormale d'emprisonnement chez les délinquants autochtones découle de nombreuses sources, dont la pauvreté, la toxicomanie, le manque d'instruction et le manque de possibilités d'emploi. Elle découle également de préjugés contre les autochtones et d'une tendance institutionnelle déplorable à refuser les cautionnements et à infliger des peines d'emprisonnement plus longues et plus fréquentes aux délinquants autochtones. Plusieurs aspects de cette triste réalité sont hors du champ des présents motifs. Mais ce qu'on peut et doit examiner, c'est le rôle limité que joueront les juges chargés d'infliger les peines dans le redressement des injustices subies par les autochtones au Canada. Les juges qui prononcent les peines comptent parmi les décideurs qui ont le pouvoir d'influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice. Ce sont eux qui décident le plus directement si un délinquant autochtone ira en prison, ou s'il est possible d'envisager des solutions de rechange qui permettront peut-être davantage de restaurer un certain équilibre entre le délinquant, la victime et la collectivité, et de prévenir d'autres crimes. 65

E. *A Framework of Analysis for the Sentencing Judge*

(1) What Are the "Circumstances of Aboriginal Offenders"?

How are sentencing judges to play their remedial role? The words of s. 718.2(*e*) instruct the sentencing judge to pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders, with the implication that those circumstances are significantly different from those of non-aboriginal offenders. The background considerations regarding the distinct situation of aboriginal peoples in Canada encompass a wide range of unique circumstances, including, most particularly:

E. *Cadre d'analyse proposé au juge prononçant la peine*

(1) Qu'entend-on par «circonstances» en ce qui concerne les délinquants autochtones?

Comment le juge qui prononce la peine doit-il jouer son rôle réparateur? Le texte de l'al. 718.2*e*) lui enjoint d'accorder une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones, étant sous-entendu que ces circonstances sont substantiellement différentes dans le cas des délinquants non-autochtones. Les considérations générales entrant en jeu dans l'examen de la situation distincte des autochtones au Canada comprennent un large éventail de circonstances particulières dont notamment: 66

(A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and

(B) The types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection.

(a) *Systemic and Background Factors*

67 The background factors which figure prominently in the causation of crime by aboriginal offenders are by now well known. Years of dislocation and economic development have translated, for many aboriginal peoples, into low incomes, high unemployment, lack of opportunities and options, lack or irrelevance of education, substance abuse, loneliness, and community fragmentation. These and other factors contribute to a higher incidence of crime and incarceration. A disturbing account of these factors is set out by Professor Tim Quigley, "Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders", in *Continuing Poundmaker and Riel's Quest* (1994), at pp. 269-300. Quigley ably describes the process whereby these various factors produce an overincarceration of aboriginal offenders, noting (at pp. 275-76) that "[t]he unemployed, transients, the poorly educated are all better candidates for imprisonment. When the social, political and economic aspects of our society place Aboriginal people disproportionately within the ranks of the latter, our society literally sentences more of them to jail."

68 It is true that systemic and background factors explain in part the incidence of crime and recidivism for non-aboriginal offenders as well. However, it must be recognized that the circumstances of aboriginal offenders differ from those of the majority because many aboriginal people are victims of systemic and direct discrimination, many suffer the legacy of dislocation, and many are sub-

(A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux;

(B) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones.

a) *Facteurs systémiques et historiques*

Les facteurs historiques qui jouent un rôle de premier plan dans la criminalité des délinquants autochtones sont aujourd'hui bien connus. Des années de bouleversements et de développement économique se sont traduites, pour nombre d'autochtones, par de faibles revenus, un fort taux de chômage, un manque de débouchés et d'options, une instruction insuffisante ou inadéquate, l'abus de drogue et d'alcool, l'isolement et la fragmentation des communautés. Ces facteurs et d'autres encore contribuent à l'incidence élevée du crime et de l'incarcération. Le professeur Tim Quigley brosse un tableau sombre de ces facteurs dans «Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders», dans *Continuing Poundmaker and Riel's Quest* (1994), aux pp. 269 et 300. Quigley décrit fort bien le processus par lequel ces divers facteurs conduisent à l'incarcération excessive des délinquants autochtones, aux pp. 275 et 276: [TRADUCTION] «Les chômeurs, les personnes sans domicile fixe, celles qui ont peu d'instruction sont les meilleurs candidats à l'emprisonnement. Lorsque les facteurs sociaux, politiques et économiques de notre société placent un nombre disproportionné d'autochtones dans les rangs de ces personnes, cela revient littéralement pour notre société à en condamner un plus grand nombre à la prison.»

Il est vrai que certains des facteurs systémiques et historiques expliquent aussi en partie l'incidence du crime et du récidivisme chez les délinquants non-autochtones. Il faut toutefois reconnaître que la situation des délinquants autochtones diffère de celle de la majorité puisque de nombreux autochtones sont victimes de discrimination directe ou systémique, beaucoup souffrent des séquelles de la

stantially affected by poor social and economic conditions. Moreover, as has been emphasized repeatedly in studies and commission reports, aboriginal offenders are, as a result of these unique systemic and background factors, more adversely affected by incarceration and less likely to be "rehabilitated" thereby, because the internment milieu is often culturally inappropriate and regrettably discrimination towards them is so often rampant in penal institutions.

In this case, of course, we are dealing with factors that must be considered by a judge sentencing an aboriginal offender. While background and systemic factors will also be of importance for a judge in sentencing a non-aboriginal offender, the judge who is called upon to sentence an aboriginal offender must give attention to the unique background and systemic factors which may have played a part in bringing the particular offender before the courts. In cases where such factors have played a significant role, it is incumbent upon the sentencing judge to consider these factors in evaluating whether imprisonment would actually serve to deter, or to denounce crime in a sense that would be meaningful to the community of which the offender is a member. In many instances, more restorative sentencing principles will gain primary relevance precisely because the prevention of crime as well as individual and social healing cannot occur through other means.

(b) *Appropriate Sentencing Procedures and Sanctions*

Closely related to the background and systemic factors which have contributed to an excessive aboriginal incarceration rate are the different conceptions of appropriate sentencing procedures and sanctions held by aboriginal people. A significant problem experienced by aboriginal people who come into contact with the criminal justice system is that the traditional sentencing ideals of deterrence, separation, and denunciation are often far removed from the understanding of sentencing held by these offenders and their community. The aims of restorative justice as now expressed in paras. (*d*), (*e*), and (*f*) of s. 718 of the *Criminal*

relocalisation, et beaucoup sont dans une situation économique et sociale défavorables. De plus, comme l'ont fréquemment souligné les études et rapports de commissions, les délinquants autochtones, en raison de ces facteurs systémiques et historiques particuliers, sont plus fortement touchés par l'incarcération et ont moins de chances de réinsertion sociale car le milieu carcéral est souvent culturellement inadapté et malheureusement un lieu de discrimination patente à leur égard.

69 En l'espèce, nous analysons bien sûr les facteurs que le juge prononçant la peine d'un délinquant autochtone doit prendre en considération. Si les facteurs historiques et systémiques ont aussi leur importance dans la détermination de la peine applicable aux délinquants non-autochtones, le juge chargé de prononcer la peine d'un délinquant autochtone doit prêter attention aux facteurs historiques et systémiques particuliers qui ont pu contribuer à ce que ce délinquant soit traduit devant les tribunaux. Dans les cas où de tels facteurs ont joué un rôle important, il incombe au juge de la peine d'en tenir compte pour déterminer si l'incarcération aurait réellement un effet de dissuasion et de dénonciation du crime qui aurait un sens dans la communauté à laquelle le délinquant appartient. Dans bien des cas, les principes correctifs de détermination de la peine deviendront les plus pertinents pour la raison précise qu'il n'y a aucun autre moyen d'assurer la prévention du crime et la guérison individuelle et sociale.

b) *Les procédures de détermination de la peine et les sanctions appropriées*

70 En étroite relation avec les facteurs historiques et systémiques qui ont contribué au taux excessif d'incarcération des autochtones, il existe aussi des conceptions différentes chez les autochtones des procédures de détermination de la peine et des sanctions appropriées. Un problème important pour les autochtones qui font face au système de justice pénale tient à ce que les idéaux traditionnels de dissuasion, d'isolement et de dénonciation sont souvent très éloignés de la vision qu'ont ces délinquants et leur communauté de la détermination de la peine. Les valeurs de justice corrective, exprimées aujourd'hui aux al. *d*), *e*) et *f*) de l'art. 718 du

Code apply to all offenders, and not only aboriginal offenders. However, most traditional aboriginal conceptions of sentencing place a primary emphasis upon the ideals of restorative justice. This tradition is extremely important to the analysis under s. 718.2(*e*).

71 The concept and principles of a restorative approach will necessarily have to be developed over time in the jurisprudence, as different issues and different conceptions of sentencing are addressed in their appropriate context. In general terms, restorative justice may be described as an approach to remedying crime in which it is understood that all things are interrelated and that crime disrupts the harmony which existed prior to its occurrence, or at least which it is felt should exist. The appropriateness of a particular sanction is largely determined by the needs of the victims, and the community, as well as the offender. The focus is on the human beings closely affected by the crime. See generally, e.g., *Bridging the Cultural Divide*, *supra*, at pp. 12-25; *The Justice System and Aboriginal People*, *supra*, at pp. 17-46; Kwochka, *supra*; M. Jackson, "In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities", [1992] *U.B.C. L. Rev. (Special Edition)* 147.

72 The existing overemphasis on incarceration in Canada may be partly due to the perception that a restorative approach is a more lenient approach to crime and that imprisonment constitutes the ultimate punishment. Yet in our view a sentence focussed on restorative justice is not necessarily a "lighter" punishment. Some proponents of restorative justice argue that when it is combined with probationary conditions it may in some circumstances impose a greater burden on the offender than a custodial sentence. See Kwochka, *supra*, who writes at p. 165:

> At this point there is some divergence among proponents of restorative justice. Some seek to abandon the punishment paradigm by focusing on the differing goals of a restorative system. Others, while cognizant of the differing goals, argue for a restorative system in terms

Code criminel, s'appliquent à tous les délinquants, et non seulement aux délinquants autochtones. Cependant les notions traditionnelles de sanction chez les autochtones accordent pour la plupart une importance primordiale aux idéaux de justice corrective. Cette tradition est extrêmement importante pour l'analyse de l'al. 718.2*e*).

La jurisprudence sera nécessairement appelée, avec le temps, à développer le concept et les principes d'une approche corrective, à mesure que se poseront différentes questions et que s'affronteront différentes conceptions de la détermination de la peine dans le contexte approprié. En termes généraux, la justice corrective peut se définir comme une conception de la réponse au crime selon laquelle, tout étant interrelié, le crime vient rompre l'harmonie qui existait avant sa perpétration, ou du moins l'harmonie souhaitée. L'adéquation d'une sanction donnée est alors largement déterminée par les besoins des victimes et de la communauté, ainsi que par ceux du délinquant. L'accent est mis sur les êtres humains touchés de près par le crime. Voir de façon générale, *Par-delà les divisions culturelles*, *op. cit.*, aux pp. 13 à 28; *The Justice System and Aboriginal People*, *op. cit.*, aux pp. 17 à 46; Kwochka, *loc. cit.*; M. Jackson, «In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities», [1992] *U.B.C. L. Rev. (Special Edition)* 147.

Il se peut que le recours excessif à l'incarcération au Canada résulte en partie de l'idée que l'approche corrective est moins sévère à l'égard du crime et que l'emprisonnement est le plus grand châtiment. À notre avis cependant une peine axée sur l'approche corrective n'est pas nécessairement un châtiment moins sévère. Certains tenants de la justice corrective soutiennent que, combinée à des conditions de probation, elle peut imposer dans certains cas un fardeau plus lourd au délinquant qu'une peine d'emprisonnement. Voir Kwochka, *loc. cit.*, qui dit à la p. 165:

> [TRADUCTION] À ce stade, il y a des divergences parmi les partisans de la justice corrective. Certains préconisent l'abandon du paradigme du châtiment en mettant l'accent sur les objectifs différents d'un système correctif. D'autres, quoique conscients des objectifs dif-

of a punishment model. They argue that non-custodial sentences can have an equivalent punishment value when produced and administered by a restorative system and that the healing process can be more intense than incarceration. Restorative justice necessarily involves some form of restitution and reintegration into the community. Central to the process is the need for offenders to take responsibility for their actions. By comparison, incarceration obviates the need to accept responsibility. Facing victim and community is for some more frightening than the possibility of a term of imprisonment and yields a more beneficial result in that the offender may become a healed and functional member of the community rather than a bitter offender returning after a term of imprisonment.

férents, préconisent le système correctif en termes de modèle de châtiment. Ils soutiennent que les peines non privatives de liberté peuvent avoir une valeur punitive équivalente quand elles sont appliquées et administrées selon un modèle correctif et que le processus de régénération peut être plus intense que l'incarcération. La justice corrective suppose un mode de restitution et de réinsertion dans la communauté. Dans ce processus il est indispensable que les délinquants assument la responsabilité de leurs actes. Comparativement, l'incarcération n'exige pas l'acceptation de la responsabilité. Il est plus terrifiant pour certains d'avoir à confronter la victime ou la communauté que de risquer une période d'emprisonnement, et cette démarche a des effets plus profitables en ce sens que le délinquant peut se ressourcer et devenir un participant fonctionnel de la communauté au lieu d'un délinquant plein de rancœur à sa sortie de prison.

In describing in general terms some of the basic tenets of traditional aboriginal sentencing approaches, we do not wish to imply that all aboriginal offenders, victims, and communities share an identical understanding of appropriate sentences for particular offences and offenders. Aboriginal communities stretch from coast to coast and from the border with the United States to the far north. Their customs and traditions and their concept of sentencing vary widely. What is important to recognize is that, for many if not most aboriginal offenders, the current concepts of sentencing are inappropriate because they have frequently not responded to the needs, experiences, and perspectives of aboriginal people or aboriginal communities.

73 En décrivant en termes généraux quelques préceptes fondamentaux des modèles autochtones traditionnels de détermination de la peine, nous ne disons pas que tous les délinquants autochtones, toutes les victimes et toutes les communautés partagent une conception identique des peines adaptées à des infractions et des délinquants donnés. On trouve des collectivités autochtones d'un océan à l'autre et de la frontière américaine au Grand Nord. Leurs coutumes, leurs traditions et leur conception du processus de détermination de la peine varient grandement. Ce qu'il importe de reconnaître, c'est que, pour beaucoup sinon la plupart des délinquants autochtones, les concepts actuels de la détermination de la peine sont inadaptés parce que, souvent, ces concepts n'ont pas permis de répondre aux besoins, à l'expérience et à la façon de voir des peuples et communautés autochtones.

It is unnecessary to engage here in an extensive discussion of the relatively recent evolution of innovative sentencing practices, such as healing and sentencing circles, and aboriginal community council projects, which are available especially to aboriginal offenders. What is important to note is that the different conceptions of sentencing held by many aboriginal people share a common underlying principle: that is, the importance of community-based sanctions. Sentencing judges should not conclude that the absence of alternatives specific to an aboriginal community eliminates their ability

74 Il n'est pas nécessaire de s'engager ici dans un examen approfondi de l'évolution relativement récente des pratiques novatrices en matière de détermination de la peine, tels la cérémonie du cercle de guérison et les conseils de détermination de la peine, ainsi que les projets des conseils autochtones, offerts spécialement aux délinquants autochtones. Ce qu'il importe de noter, c'est que les conceptions différentes que bon nombre d'autochtones ont de la détermination de la peine ont en commun le principe sous-jacent de l'importance des sanctions rattachées à la communauté. Les juges déter-

to impose a sanction that takes into account principles of restorative justice and the needs of the parties involved. Rather, the point is that one of the unique circumstances of aboriginal offenders is that community-based sanctions coincide with the aboriginal concept of sentencing and the needs of aboriginal people and communities. It is often the case that neither aboriginal offenders nor their communities are well served by incarcerating offenders, particularly for less serious or non-violent offences. Where these sanctions are reasonable in the circumstances, they should be implemented. In all instances, it is appropriate to attempt to craft the sentencing process and the sanctions imposed in accordance with the aboriginal perspective.

(2) The Search for a Fit Sentence

75 The role of the judge who sentences an aboriginal offender is, as for every offender, to determine a fit sentence taking into account all the circumstances of the offence, the offender, the victims, and the community. Nothing in Part XXIII of the *Criminal Code* alters this fundamental duty as a general matter. However, the effect of s. 718.2(*e*), viewed in the context of Part XXIII as a whole, is to alter the method of analysis which sentencing judges must use in determining a fit sentence for aboriginal offenders. Section 718.2(*e*) requires that sentencing determinations take into account the unique circumstances of aboriginal peoples.

76 In *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at p. 567, Lamer C.J. restated the long-standing principle of Canadian sentencing law that the appropriateness of a sentence will depend on the particular circumstances of the offence, the offender, and the community in which the offence took place. Disparity of sentences for similar crimes is a natural consequence of this individualized focus. As he stated:

minant les peines ne devraient pas conclure que l'absence de solutions de rechange spécifiques à une communauté autochtone réduit à néant leur capacité d'infliger une sanction qui tienne compte des principes de justice corrective et des besoins des parties en cause. Au contraire, l'une des circonstances particulières des délinquants autochtones tient à ce que les sanctions rattachées à la communauté coïncident avec la conception autochtone de la détermination de la peine et avec les besoins des autochtones et de leurs communautés. Lorsque ces sanctions sont raisonnables vu les circonstances, elles devraient être appliquées. Il arrive souvent que l'incarcération ne soit pas la bonne solution pour les délinquants autochtones et leur communauté, surtout dans le cas d'infractions mineures ou sans violence. Dans tous les cas, il convient de s'efforcer d'adapter le processus de détermination de la peine et les sanctions infligées à la façon de voir autochtone.

(2) La recherche de la peine appropriée

Le rôle du juge chargé d'infliger une peine à un délinquant autochtone, comme pour chaque délinquant, consiste à déterminer une peine qui tienne compte de toutes les circonstances entourant l'infraction, le délinquant, les victimes et la communauté. Rien dans la partie XXIII du *Code criminel* ne change la généralité de cette obligation fondamentale. Toutefois dans le contexte de l'ensemble de la partie XXIII, l'al. 718.2*e*) a pour effet de modifier la méthode d'analyse que les juges doivent utiliser pour déterminer la peine appropriée pour des délinquants autochtones. L'alinéa 718.2*e*) exige que ces décisions tiennent compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les autochtones.

Dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, à la p. 567, le juge en chef Lamer a réitéré le principe bien établi en droit canadien de la détermination de la peine selon lequel l'adéquation d'une peine est fonction des circonstances particulières entourant l'infraction, le délinquant et la collectivité dans laquelle l'infraction a été perpétrée. La disparité des peines pour des crimes similaires est la conséquence naturelle de cet accent mis sur l'individu. Il s'est exprimé en ces termes:

It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime. . . . Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions of this country, as the "just and appropriate" mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred.

On a à maintes reprises souligné qu'il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné. [. . .] La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d'une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. De même, il faut s'attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu'à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison «juste et appropriée» des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent.

The comments of Lamer C.J. are particularly apt in the context of aboriginal offenders. As explained herein, the circumstances of aboriginal offenders are markedly different from those of other offenders, being characterized by unique systemic and background factors. Further, an aboriginal offender's community will frequently understand the nature of a just sanction in a manner significantly different from that of many non-aboriginal communities. In appropriate cases, some of the traditional sentencing objectives will be correspondingly less relevant in determining a sentence that is reasonable in the circumstances, and the goals of restorative justice will quite properly be given greater weight. Through its reform of the purpose of sentencing in s. 718, and through its specific directive to judges who sentence aboriginal offenders, Parliament has, more than ever before, empowered sentencing judges to craft sentences in a manner which is meaningful to aboriginal peoples.

77 Les remarques du juge en chef Lamer sont particulièrement pertinentes en ce qui concerne les délinquants autochtones. Comme nous l'expliquons en l'espèce, les circonstances dans lesquelles ils se trouvent sont nettement différentes de celles d'autres délinquants, et sont caractérisées par des facteurs systémiques et historiques qui leur sont propres. De plus, la communauté à laquelle appartient un délinquant autochtone perçoit la justesse de la sanction d'une manière différente de celle de nombreuses communautés non-autochtones. Dans les cas qui s'y prêtent, certains des objectifs traditionnels de détermination de la peine seront relativement moins pertinents dans le choix d'une peine justifiée dans les circonstances, et les buts de la justice corrective auront, à juste titre, davantage de poids. En réformant l'objectif de la détermination de la peine à l'art. 718, et en donnant une directive expresse aux juges chargés d'infliger des peines aux délinquants autochtones, le Parlement, plus que jamais auparavant, a habilité ces juges à adapter les sanctions d'une manière porteuse de sens pour les peuples autochtones.

In describing the effect of s. 718.2(*e*) in this way, we do not mean to suggest that, as a general practice, aboriginal offenders must always be sentenced in a manner which gives greatest weight to the principles of restorative justice, and less weight to goals such as deterrence, denunciation, and separation. It is unreasonable to assume that aboriginal peoples themselves do not believe in the importance of these latter goals, and even if they do not, that such goals must not predominate in appropriate cases. Clearly there are some serious offences and some offenders for which and for

78 En décrivant ainsi l'effet de l'al. 718.2*e*), nous n'affirmons pas que, en règle générale, il faille toujours déterminer la peine des délinquants autochtones de façon à accorder le plus de poids aux principes de justice corrective, au détriment des buts tels la dissuasion, la dénonciation et l'isolement. Il est déraisonnable de présumer que les autochtones eux-mêmes ne croient pas en l'importance de ces buts, et même s'ils n'y croient pas, que ces buts ne doivent pas avoir préséance dans les cas qui l'exigent. À l'évidence, il existe des infractions graves et des délinquants pour lesquels

whom separation, denunciation, and deterrence are fundamentally relevant.

79 Yet, even where an offence is considered serious, the length of the term of imprisonment must be considered. In some circumstances the length of the sentence of an aboriginal offender may be less and in others the same as that of any other offender. Generally, the more violent and serious the offence the more likely it is as a practical reality that the terms of imprisonment for aboriginals and non-aboriginals will be close to each other or the same, even taking into account their different concepts of sentencing.

80 As with all sentencing decisions, the sentencing of aboriginal offenders must proceed on an individual (or a case-by-case) basis: For this offence, committed by this offender, harming this victim, in this community, what is the appropriate sanction under the *Criminal Code*? What understanding of criminal sanctions is held by the community? What is the nature of the relationship between the offender and his or her community? What combination of systemic or background factors contributed to this particular offender coming before the courts for this particular offence? How has the offender who is being sentenced been affected by, for example, substance abuse in the community, or poverty, or overt racism, or family or community breakdown? Would imprisonment effectively serve to deter or denounce crime in a sense that would be significant to the offender and community, or are crime prevention and other goals better achieved through healing? What sentencing options present themselves in these circumstances?

81 The analysis for sentencing aboriginal offenders, as for all offenders, must be holistic and designed to achieve a fit sentence in the circumstances. There is no single test that a judge can apply in order to determine the sentence. The sentencing judge is required to take into account all of

l'isolement, la dénonciation et la dissuasion sont fondamentalement pertinents.

Cependant, même lorsque l'infraction est jugée grave, il faut prendre en considération la durée de la peine d'emprisonnement. Dans certaines circonstances, la durée de la peine infligée à un délinquant autochtone pourra être inférieure à celle de tout autre délinquant, alors que dans d'autres, elle pourra être identique. De façon générale, plus violente et grave sera l'infraction, plus grande sera la probabilité que la durée des peines d'emprisonnement des autochtones et des non-autochtones soit en pratique proche ou identique, même compte tenu de leur conception différente de la détermination de la peine.

Comme pour toutes les décisions concernant la peine, la détermination de la peine à infliger aux délinquants autochtones doit se faire sur une base individuelle (ou au cas par cas): Pour cette infraction, commise par ce délinquant, ayant causé du tort à cette victime, dans cette communauté, quelle est la sanction appropriée au regard du *Code criminel*? Quelle perception la communauté a-t-elle des sanctions pénales? Quelle est la nature des rapports entre le délinquant et sa communauté? Quelle combinaison de facteurs systémiques ou historiques a fait en sorte que ce délinquant particulier est traduit devant les tribunaux pour cette infraction particulière? Quelle incidence l'abus de drogue ou d'alcool dans la communauté, la pauvreté, le racisme manifeste, l'éclatement de la famille ou de la communauté, par exemple, ont-ils eu sur le délinquant dont il faut déterminer la peine? L'emprisonnement serait-il effectivement un moyen de dissuasion ou de dénonciation significatif pour le délinquant et la communauté, ou pourrait-on mieux parvenir à prévenir la criminalité et à atteindre les autres buts par les cercles de guérison? Y a-t-il d'autres options dans les circonstances?

Dans la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone, comme pour tout autre délinquant, l'analyse doit être holistique et viser à déterminer la peine indiquée dans les circonstances. Il n'existe pas de critère unique qui guidera le juge qui prononce la peine. Le juge est tenu de

the surrounding circumstances regarding the offence, the offender, the victims, and the community, including the unique circumstances of the offender as an aboriginal person. Sentencing must proceed with sensitivity to and understanding of the difficulties aboriginal people have faced with both the criminal justice system and society at large. When evaluating these circumstances in light of the aims and principles of sentencing as set out in Part XXIII of the *Criminal Code* and in the jurisprudence, the judge must strive to arrive at a sentence which is just and appropriate in the circumstances. By means of s. 718.2(*e*), sentencing judges have been provided with a degree of flexibility and discretion to consider in appropriate circumstances alternative sentences to incarceration which are appropriate for the aboriginal offender and community and yet comply with the mandated principles and purpose of sentencing. In this way, effect may be given to the aboriginal emphasis upon healing and restoration of both the victim and the offender.

prendre en considération toutes les circonstances entourant l'infraction, le délinquant, les victimes et la communauté, y compris les circonstances particulières dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'autochtone. La détermination de la peine exige la sensibilisation aux difficultés auxquelles les autochtones ont fait face dans le système de justice pénale et dans la société en général. Procédant à l'examen de ces circonstances au regard des buts et des principes de détermination de la peine énoncés à la partie XXIII du *Code criminel* et reconnus par la jurisprudence, le juge doit s'efforcer d'en arriver à une peine juste et appropriée dans les circonstances. Sous le régime de l'al. 718.2*e*), les juges ont la latitude et le pouvoir discrétionnaire voulus pour examiner, dans les circonstances qui s'y prêtent, les peines substitutives appropriées pour le délinquant autochtone et la communauté, tout en respectant l'objectif et les principes énoncés de détermination de la peine. De cette façon, il est possible de conserver l'accent que mettent les peuples autochtones sur la guérison et le rétablissement tant de la victime que du délinquant.

(3) The Duty of the Sentencing Judge

(3) L'obligation du juge chargé d'infliger la peine

The foregoing discussion of guidelines for the sentencing judge has spoken of that which a judge must do when sentencing an aboriginal offender. This element of duty is a critical component of s. 718.2(*e*). The provision expressly provides that a court that imposes a sentence should consider all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances, and should pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. There is no discretion as to whether to consider the unique situation of the aboriginal offender; the only discretion concerns the determination of a just and appropriate sentence.

82 L'examen qui précède des lignes directrices destinées aux juges chargés d'infliger des peines vise ce que le juge doit faire dans le cas d'un délinquant autochtone. Cet élément contraignant est une composante cruciale de l'al. 718.2*e*). La disposition prévoit expressément que le tribunal détermine la peine à infliger en examinant toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, et plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. Le tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'examiner ou de ne pas examiner la situation particulière du délinquant autochtone; son seul pouvoir discrétionnaire réside dans la détermination d'une peine juste et appropriée.

How then is the consideration of s. 718.2(*e*) to proceed in the daily functioning of the courts? The manner in which the sentencing judge will carry out his or her statutory duty may vary from case to case. In all instances it will be necessary for the

83 Comment l'examen que requiert l'al. 718.2*e*) se fera-t-il dans le fonctionnement quotidien des tribunaux? La manière dont le juge chargé d'infliger la peine s'acquittera de l'obligation que lui impose la loi pourra varier d'un cas à l'autre. Dans tous les

judge to take judicial notice of the systemic or background factors and the approach to sentencing which is relevant to aboriginal offenders. However, for each particular offence and offender it may be that some evidence will be required in order to assist the sentencing judge in arriving at a fit sentence. Where a particular offender does not wish such evidence to be adduced, the right to have particular attention paid to his or her circumstances as an aboriginal offender may be waived. Where there is no such waiver, it will be extremely helpful to the sentencing judge for counsel on both sides to adduce relevant evidence. Indeed, it is to be expected that counsel will fulfil their role and assist the sentencing judge in this way.

84 However, even where counsel do not adduce this evidence, where for example the offender is unrepresented, it is incumbent upon the sentencing judge to attempt to acquire information regarding the circumstances of the offender as an aboriginal person. Whether the offender resides in a rural area, on a reserve or in an urban centre the sentencing judge must be made aware of alternatives to incarceration that exist whether inside or outside the aboriginal community of the particular offender. The alternatives existing in metropolitan areas must, as a matter of course, also be explored. Clearly the presence of an aboriginal offender will require special attention in pre-sentence reports. Beyond the use of the pre-sentence report, the sentencing judge may and should in appropriate circumstances and where practicable request that witnesses be called who may testify as to reasonable alternatives.

85 Similarly, where a sentencing judge at the trial level has not engaged in the duty imposed by s. 718.2(*e*) as fully as required, it is incumbent upon a court of appeal in considering an appeal against sentence on this basis to consider any fresh evidence which is relevant and admissible on sentencing. In the same vein, it should be noted that, although s. 718.2(*e*) does not impose a statutory duty upon the sentencing judge to provide reasons,

cas, il faudra prendre connaissance d'office des facteurs systémiques ou historiques et de la conception de la peine pertinents dans le cas des délinquants autochtones. Toutefois, pour chaque infraction et chaque délinquant donné, il se peut que certains éléments de preuve soient nécessaires pour assister le juge dans la détermination de la peine appropriée. Quand un délinquant ne veut pas présenter ce type de preuve, il peut renoncer à son droit à un examen des circonstances particulières dans lesquelles il se trouve en tant qu'autochtone. En l'absence d'une telle renonciation, il sera extrêmement utile au juge que les avocats des deux parties présentent des éléments pertinents. D'ailleurs, on doit s'attendre à ce que les avocats remplissent leur rôle et assistent le juge de cette manière.

Cependant, même dans les cas où cette preuve n'est pas soumise par un avocat, par exemple lorsque le délinquant n'est pas représenté, il incombe au juge prononçant la peine de s'efforcer de se renseigner sur les circonstances dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'autochtone. Que le délinquant réside en milieu rural, dans une réserve ou en milieu urbain, le juge doit être mis au fait des solutions de rechange à l'incarcération existant à l'intérieur ou à l'extérieur de la communauté autochtone à laquelle appartient le délinquant. Il faut aussi examiner, bien sûr, les solutions de rechange existant en milieu urbain. À l'évidence, la présence d'un délinquant autochtone requerra une attention particulière dans les rapports présentenciels. Au-delà de l'utilisation du rapport présentenciel, le juge prononçant la peine pourra et devrait, lorsque les circonstances s'y prêtent et que cela est concrètement possible, demander qu'on appelle des témoins en mesure de témoigner sur les solutions de rechange raisonnables.

De la même manière, dans les cas où le juge chargé de déterminer la peine en première instance ne s'est pas acquitté aussi complètement que requis de l'obligation que lui impose l'al. 718.2*e*), il incombe à la cour saisie d'un appel de la sentence sur ce point d'examiner tout nouvel élément de preuve pertinent et admissible dans le cadre de la détermination de la peine. Dans la même veine, il faut souligner que, même si l'al. 718.2*e*) n'im-

it will be much easier for a reviewing court to determine whether and how attention was paid to the circumstances of the offender as an aboriginal person if at least brief reasons are given.

pose pas au juge prononçant la peine l'obligation de motiver sa décision, il sera plus facile pour la cour de révision de déterminer si et dans quelle mesure il a porté attention aux circonstances dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'autochtone s'il a fourni, à tout le moins, de brefs motifs.

(4) The Issue of "Reverse Discrimination"

(4) La question de la «discrimination à rebours»

Something must also be said as to the manner in which s. 718.2(*e*) should not be interpreted. The appellant and the respondent diverged significantly in their interpretation of the appropriate role to be played by s. 718.2(*e*). While the respondent saw the provision largely as a restatement of existing sentencing principles, the appellant advanced the position that s. 718.2(*e*) functions as an affirmative action provision justified under s. 15(2) of the *Charter*. The respondent cautioned that, in his view, the appellant's understanding of the provision would result in "reverse discrimination" so as to favour aboriginal offenders over other offenders.

86 Il convient également de dire un mot sur la façon dont l'al. 718.2*e*) ne devrait pas être interprété. L'appelante et l'intimée ont donné des interprétations très divergentes du rôle de l'al. 718.2*e*). Alors que l'intimée y voyait avant tout une reformulation de principes de détermination de la peine existants, l'appelante a fait valoir qu'il s'agissait d'une disposition de promotion sociale justifiée en vertu du par. 15(2) de la *Charte*. L'intimée, pour sa part, a fait la mise en garde qu'à son avis, l'interprétation donnée par l'appelante entraînerait une «discrimination à rebours» favorisant les délinquants autochtones par rapport aux autres délinquants.

There is no constitutional challenge to s. 718.2(*e*) in these proceedings, and accordingly we do not address specifically the applicability of s. 15 of the *Charter*. We would note, though, that the aim of s. 718.2(*e*) is to reduce the tragic overrepresentation of aboriginal people in prisons. It seeks to ameliorate the present situation and to deal with the particular offence and offender and community. The fact that a court is called upon to take into consideration the unique circumstances surrounding these different parties is not unfair to non-aboriginal people. Rather, the fundamental purpose of s. 718.2(*e*) is to treat aboriginal offenders fairly by taking into account their difference.

87 L'alinéa 718.2*e*) n'est pas contesté sur le plan constitutionnel en l'espèce et nous n'abordons pas spécifiquement l'applicabilité de l'art. 15 de la *Charte*. Nous soulignons cependant que l'objectif de l'al. 718.2*e*) est de réduire le niveau tragique de la surreprésentation des autochtones dans la population carcérale. Son but est d'améliorer la situation actuelle et il vise la façon de traiter une infraction, un délinquant et une communauté donnés. Le fait qu'un tribunal soit appelé à tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent ces différentes parties n'est pas inéquitable envers les non-autochtones. L'objet essentiel de l'al. 718.2*e*) est plutôt d'assurer un traitement équitable des délinquants autochtones compte tenu de leur différence.

But s. 718.2(*e*) should not be taken as requiring an automatic reduction of a sentence, or a remission of a warranted period of incarceration, simply because the offender is aboriginal. To the extent that the appellant's submission on affirmative action means that s. 718.2(*e*) requires an automatic reduction in sentence for an aboriginal offender,

88 Toutefois, l'al. 718.2*e*) ne doit pas être interprété comme exigeant une réduction automatique de la peine, ou la remise d'une période justifiée d'incarcération, pour la simple raison que le délinquant est autochtone. Dans la mesure où l'argumentation de l'appelante sur la promotion sociale signifie que l'al. 718.2*e*) exige la réduction automatique de la

we reject that view. The provision is a direction to sentencing judges to consider certain unique circumstances pertaining to aboriginal offenders as a part of the task of weighing the multitude of factors which must be taken into account in striving to impose a fit sentence. It cannot be forgotten that s. 718.2(*e*) must be considered in the context of that section read as a whole and in the context of s. 718, s. 718.1, and the overall scheme of Part XXIII. It is one of the statutorily mandated considerations that a sentencing judge must take into account. It may not always mean a lower sentence for an aboriginal offender. The sentence imposed will depend upon all the factors which must be taken into account in each individual case. The weight to be given to these various factors will vary in each case. At the same time, it must in every case be recalled that the direction to consider these unique circumstances flows from the staggering injustice currently experienced by aboriginal peoples with the criminal justice system. The provision reflects the reality that many aboriginal people are alienated from this system which frequently does not reflect their needs or their understanding of an appropriate sentence.

peine pour un délinquant autochtone, nous rejetons ce point de vue. Cette disposition est une directive donnée aux juges chargés d'infliger des peines d'examiner certaines circonstances particulières en ce qui concerne les délinquants autochtones dans le cadre de leur appréciation des multiples facteurs dont il faut tenir compte pour en arriver à une peine indiquée. N'oublions pas que l'al. 718.2*e*) doit être examiné dans le contexte de l'ensemble de cet article ainsi que dans le contexte de l'art. 718, de l'art. 718.1 et de l'économie générale de la partie XXIII. Ce n'est qu'une des considérations dont le juge chargé d'infliger la peine doit obligatoirement tenir compte. Cela ne signifiera pas toujours une peine moins sévère pour le délinquant autochtone. La peine infligée dépendra de tous les facteurs dont il doit être tenu compte dans chaque cas individuel. Le poids devant être accordé à ces différents facteurs variera dans chaque cas. Dans le même temps, il faudra se rappeler dans chaque cas que cette directive de tenir compte de ces circonstances particulières découle des injustices criantes dont les autochtones sont actuellement victimes dans le système de justice pénale. Elle traduit la réalité de l'aliénation vécue par bon nombre d'autochtones par rapport à un système qui, souvent, ne reflète pas leurs besoins ou leur perception de ce que serait une peine appropriée.

(5) Who Comes Within the Purview of Section 718.2(*e*)?

(5) À qui l'al. 718.2*e*) s'applique-t-il?

89 The question of whether s. 718.2(*e*) applies to all aboriginal persons, or only to certain classes thereof, is raised by this appeal. The following passage of the reasons of the judge at trial appears to reflect some ambiguity as to the applicability of the provision to aboriginal people who do not live in rural areas or on a reserve:

> The factor that is mentioned in the *Criminal Code* is that particular attention to the circumstances of aboriginal offenders should be considered. In this case both the deceased and the accused were aboriginals, but they are not living within the aboriginal community as such. They are living off a reserve and the offence occurred in an urban setting. They [*sic*] do not appear to have been any special circumstances because of their aboriginal

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l'al. 718.2*e*) s'applique à tous les autochtones, ou seulement à certaines catégories d'entre eux. L'extrait suivant des motifs du juge du procès paraît refléter une certaine ambiguïté quant à l'applicabilité de cette disposition à des délinquants autochtones ne vivant pas en milieu rural ou dans une réserve:

> [TRADUCTION] Le facteur mentionné dans le *Code criminel* est l'attention particulière qu'il faut porter aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones. En l'espèce, la victime et l'accusé étaient autochtones mais ne vivaient pas au sein de la communauté autochtone comme telle. Ils vivaient à l'extérieur d'une réserve et l'infraction a été commise en milieu urbain. Il ne semble pas y avoir de circonstances parti-

status and so I am not giving any special consideration to their background in passing this sentence.

It could be understood from that passage that, in this case, there were no special circumstances to warrant the application of s. 718.2(*e*), and the fact that the context of the offence was not in a rural setting or on a reserve was only one of those missing circumstances. However, this passage was interpreted by the majority of the Court of Appeal as implying that, "as a matter of principle, s. 718.2(*e*) can have no application to aboriginals 'not living within the aboriginal community'" (p. 137). This understanding of the provision was unanimously rejected by the members of the Court of Appeal. With respect to the trial judge, who was given little assistance from counsel on this issue, we agree with the Court of Appeal that such a restrictive interpretation of the provision would be inappropriate.

The class of aboriginal people who come within the purview of the specific reference to the circumstances of aboriginal offenders in s. 718.2(*e*) must be, at least, all who come within the scope of s. 25 of the *Charter* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The numbers involved are significant. National census figures from 1996 show that an estimated 799,010 people were identified as aboriginal in 1996. Of this number, 529,040 were Indians (registered or non-registered), 204,115 Metis and 40,220 Inuit.

Section 718.2(*e*) applies to all aboriginal offenders wherever they reside, whether on- or off-reserve, in a large city or a rural area. Indeed it has been observed that many aboriginals living in urban areas are closely attached to their culture. See the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities* (1996), at p. 521:

Throughout the Commission's hearings, Aboriginal people stressed the fundamental importance of retaining and enhancing their cultural identity while living in urban areas. Aboriginal identity lies at the heart of Aboriginal peoples' existence; maintaining that identity

culières résultant de leur statut d'autochtones et je n'accorderai donc aucune considération particulière à leur situation dans le prononcé de la peine.

On pourrait penser que ces observations indiquent que, en l'espèce, il n'y avait pas de circonstances particulières justifiant l'application de l'al. 718.2*e*), et que le fait que l'infraction n'avait pas été commise en milieu rural ou sur une réserve n'était qu'une des circonstances manquantes. Toutefois la majorité à la Cour d'appel a interprété ce passage comme signifiant que, [TRADUCTION] «en principe, l'al. 718.2*e*) ne s'applique aucunement à des autochtones "ne viva[nt] pas au sein dans la communauté autochtone"» (p. 137). Les juges de la Cour d'appel ont unanimement rejeté cette interprétation. En toute déférence pour le juge du procès, que les avocats ne l'ont pas beaucoup assisté sur ce point, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'une telle interprétation restrictive serait inappropriée.

Doivent entrer dans la catégorie des autochtones visés par le renvoi exprès à l'al. 718.2*e*), au minimum, tous les autochtones auxquels s'appliquent l'art. 25 de la *Charte* et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le nombre de personnes visées est substantiel. Les chiffres du recensement national de 1996 estiment à 799 010 le nombre de personnes identifiées comme autochtones en 1996. De ce nombre, 529 040 étaient des Indiens (inscrits ou non inscrits), 204 115 des Métis et 40 220 des Inuits. 90

L'alinéa 718.2*e*) s'applique à tous les délinquants autochtones où qu'ils résident, à l'intérieur comme à l'extérieur d'une réserve, dans une grande ville ou dans une zone rurale. On a observé que nombre d'autochtones vivant en milieu urbain sont fortement attachés à leur culture. Voir la Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités* (1996), à la p. 586: 91

Tout au long des audiences, les autochtones ont rappelé à la Commission qu'il est essentiel pour eux de préserver et d'enrichir leur identité culturelle quand ils vivent en milieu urbain. L'identité autochtone est l'essence de l'existence des peuples autochtones. La préser-

is an essential and self-validating pursuit for Aboriginal people in cities.

And at p. 525:

> Cultural identity for urban Aboriginal people is also tied to a land base or ancestral territory. For many, the two concepts are inseparable .... Identification with an ancestral place is important to urban people because of the associated ritual, ceremony and traditions, as well as the people who remain there, the sense of belonging, the bond to an ancestral community, and the accessibility of family, community and elders.

92 Section 718.2(*e*) requires the sentencing judge to explore reasonable alternatives to incarceration in the case of all aboriginal offenders. Obviously, if an aboriginal community has a program or tradition of alternative sanctions, and support and supervision are available to the offender, it may be easier to find and impose an alternative sentence. However, even if community support is not available, every effort should be made in appropriate circumstances to find a sensitive and helpful alternative. For all purposes, the term "community" must be defined broadly so as to include any network of support and interaction that might be available in an urban centre. At the same time, the residence of the aboriginal offender in an urban centre that lacks any network of support does not relieve the sentencing judge of the obligation to try to find an alternative to imprisonment.

VI. Summary

93 Let us see if a general summary can be made of what has been discussed in these reasons.

1. Part XXIII of the *Criminal Code* codifies the fundamental purpose and principles of sentencing and the factors that should be considered by a judge in striving to determine a sentence that is fit for the offender and the offence.

vation de cette identité est donc un objectif fondamental et valorisant pour les autochtones citadins.

Et aux pages 589 et 590:

> De plus, les autochtones citadins associent l'identité culturelle à la notion d'assise territoriale ou de territoire ancestral. Pour nombre d'entre eux, ces deux concepts sont indissociables. [...] Il est important pour les autochtones citadins de pouvoir s'identifier à un lieu ancestral, en raison des rituels, des cérémonies et des traditions qui y sont associés, des gens qui y vivent, du sentiment d'appartenance, du lien avec une communauté ancestrale et de la possibilité d'accéder à la famille, à la communauté et aux anciens.

L'alinéa 718.2*e*) exige que le juge chargé d'infliger la peine envisage les sanctions raisonnables autres que l'incarcération en ce qui concerne les délinquants autochtones. De toute évidence, s'il existe un programme ou une tradition de sanctions substitutives dans une communauté autochtone, et que le délinquant pourra obtenir soutien et surveillance, il sera peut-être plus facile de trouver et d'imposer une mesure de rechange. Toutefois, même en l'absence de soutien dans la collectivité, il y a lieu de faire tous les efforts, lorsque les circonstances s'y prêtent, pour trouver une solution de rechange adaptée et utile. À toutes fins pratiques, le terme «collectivité» devrait recevoir une définition assez large pour inclure tout réseau de soutien et d'interaction qui pourrait exister en milieu urbain. En même temps, le fait que le délinquant autochtone habite dans un milieu urbain qui ne possède aucun réseau de soutien ne relève pas le juge qui inflige la peine de son obligation de s'efforcer de trouver une solution de rechange à l'emprisonnement.

VI. Résumé

Voyons comment nous pouvons faire un résumé général de l'analyse qui précède.

1. La partie XXIII du *Code criminel* codifie l'objet et les principes essentiels de détermination de la peine ainsi que les facteurs dont le juge doit tenir compte pour fixer une peine appropriée eu égard au délinquant et à l'infraction.

2. Section 718.2(*e*) mandatorily requires sentencing judges to consider all available sanctions other than imprisonment and to pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

3. Section 718.2(*e*) is not simply a codification of existing jurisprudence. It is remedial in nature. Its purpose is to ameliorate the serious problem of overrepresentation of aboriginal people in prisons, and to encourage sentencing judges to have recourse to a restorative approach to sentencing. There is a judicial duty to give the provision's remedial purpose real force.

4. Section 718.2(*e*) must be read and considered in the context of the rest of the factors referred to in that section and in light of all of Part XXIII. All principles and factors set out in Part XXIII must be taken into consideration in determining the fit sentence. Attention should be paid to the fact that Part XXIII, through ss. 718, 718.2(*e*), and 742.1, among other provisions, has placed a new emphasis upon decreasing the use of incarceration.

5. Sentencing is an individual process and in each case the consideration must continue to be what is a fit sentence for this accused for this offence in this community. However, the effect of s. 718.2(*e*) is to alter the method of analysis which sentencing judges must use in determining a fit sentence for aboriginal offenders.

6. Section 718.2(*e*) directs sentencing judges to undertake the sentencing of aboriginal offenders individually, but also differently, because the circumstances of aboriginal people are unique. In sentencing an aboriginal offender, the judge must consider:

   (A) The unique systemic or background factors which may have played a part in

2. L'alinéa 718.2*e*) impose au juge de la détermination de la peine d'examiner toutes les sanctions substitutives applicables et de porter attention aux circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

3. L'alinéa 718.2*e*) n'est pas une simple codification de la jurisprudence existante. Il a un caractère réparateur. Il a pour objet de remédier au grave problème de la surreprésentation des autochtones dans les prisons et d'encourager le juge à aborder la détermination de la peine selon une approche corrective. Le juge est tenu de donner une force réelle à l'objet réparateur de la disposition.

4. L'alinéa 718.2*e*) doit être interprété et examiné dans le contexte des autres facteurs mentionnés dans cette disposition et à la lumière de l'ensemble de la partie XXIII. Tous les principes et facteurs énoncés dans la partie XXIII doivent être pris en considération dans la détermination de la peine. Il faut porter attention au fait que la partie XXIII, par l'art. 718, l'al. 718.2*e*) et l'art. 742.1 notamment, a réaffirmé l'importance de la réduction du recours à l'incarcération.

5. La détermination de la peine est un processus individualisé, et, dans chaque cas, il faut continuer de se demander quelle est la peine appropriée pour tel accusé, telle infraction dans telle communauté. Toutefois l'al. 718.2*e*) a l'effet de modifier la méthode d'analyse que les juges doivent suivre lorsqu'ils déterminent la peine appropriée pour des délinquants autochtones.

6. L'alinéa 718.2*e*) impose aux juges d'aborder la détermination de la peine à infliger à des délinquants autochtones d'une façon individualisée, mais différente parce que la situation des autochtones est particulière. En déterminant la peine à infliger à un délinquant autochtone, le juge doit examiner:

   (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des rai-

bringing the particular aboriginal offender before the courts; and

(B) The types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection.

7. In order to undertake these considerations the trial judge will require information pertaining to the accused. Judges may take judicial notice of the broad systemic and background factors affecting aboriginal people, and of the priority given in aboriginal cultures to a restorative approach to sentencing. In the usual course of events, additional case-specific information will come from counsel and from a pre-sentence report which takes into account the factors set out in #6, which in turn may come from representations of the relevant aboriginal community which will usually be that of the offender. The offender may waive the gathering of that information.

8. If there is no alternative to incarceration the length of the term must be carefully considered.

9. Section 718.2(*e*) is not to be taken as a means of automatically reducing the prison sentence of aboriginal offenders; nor should it be assumed that an offender is receiving a more lenient sentence simply because incarceration is not imposed.

10. The absence of alternative sentencing programs specific to an aboriginal community does not eliminate the ability of a sentencing judge to impose a sanction that takes into account principles of restorative justice and the needs of the parties involved.

11. Section 718.2(*e*) applies to all aboriginal persons wherever they reside, whether on- or off-reserve, in a large city or a rural area. In defining the relevant aboriginal commu-

sons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux;

(B) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones.

7. Aux fins de l'examen de ces considérations, le juge du procès aura besoin de renseignements concernant l'accusé. Les juges peuvent prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques généraux touchant les autochtones, et de la priorité donnée dans les cultures autochtones à une approche corrective de la détermination de la peine. Normalement, des renseignements spécifiques à l'affaire proviendront des avocats et d'un rapport présentenciel qui tiendra compte des facteurs énumérés au point 6, pouvant aussi provenir d'observations présentées par la communauté autochtone intéressée, habituellement celle du délinquant. Le délinquant peut renoncer à réunir ces renseignements.

8. En l'absence de solution de rechange à l'incarcération, la durée de la peine devra être soigneusement examinée.

9. L'alinéa 718.2*e*) ne doit pas être considéré comme un moyen de réduire automatiquement la peine d'emprisonnement des délinquants autochtones. Il ne faut pas présumer non plus que le délinquant reçoit une peine plus légère du simple fait que l'incarcération n'est pas imposée.

10. L'absence de programme de peines substitutives spécifique à une communauté autochtone n'élimine pas la possibilité pour le juge d'imposer une peine qui tienne compte des principes de la justice corrective et des besoins des parties en cause.

11. L'alinéa 718.2*e*) s'applique à tous les délinquants autochtones où qu'ils résident, à l'intérieur comme à l'extérieur d'une réserve, dans une grande ville ou dans une zone

nity for the purpose of achieving an effective sentence, the term "community" must be defined broadly so as to include any network of support and interaction that might be available, including in an urban centre. At the same time, the residence of the aboriginal offender in an urban centre that lacks any network of support does not relieve the sentencing judge of the obligation to try to find an alternative to imprisonment.

12. Based on the foregoing, the jail term for an aboriginal offender may in some circumstances be less than the term imposed on a non-aboriginal offender for the same offence.

13. It is unreasonable to assume that aboriginal peoples do not believe in the importance of traditional sentencing goals such as deterrence, denunciation, and separation, where warranted. In this context, generally, the more serious and violent the crime, the more likely it will be as a practical matter that the terms of imprisonment will be the same for similar offences and offenders, whether the offender is aboriginal or non-aboriginal.

VII. Was There an Error Made in This Case?

From the foregoing analysis it can be seen that the sentencing judge, who did not have the benefit of these reasons, fell into error. He may have erred in limiting the application of s. 718.2(*e*) to the circumstances of aboriginal offenders living in rural areas or on-reserve. Moreover, and perhaps as a consequence of the first error, he does not appear to have considered the systemic or background factors which may have influenced the appellant to engage in criminal conduct, or the possibly distinct conception of sentencing held by the appellant, by the victim Beaver's family, and by their community. However, it should be emphasized that the sentencing judge did take active steps to obtain at least some information regarding the appellant's

rurale. Aux fins de déterminer la collectivité autochtone pertinente en vue de fixer une peine efficace, le terme «collectivité» devrait recevoir une définition assez large pour inclure tout réseau de soutien et d'interaction qui pourrait exister, y compris en milieu urbain. En même temps, le fait que le délinquant autochtone habite dans un milieu urbain qui ne possède aucun réseau de soutien ne relève pas le juge qui inflige la peine de son obligation d'essayer de trouver une solution de rechange à l'emprisonnement.

12. Compte tenu de ce qui précède, la période d'emprisonnement imposée à un délinquant autochtone pourra dans certaines circonstances être moins longue que celle imposée à un délinquant non-autochtone pour la même infraction.

13. Il n'est pas raisonnable de présumer que les peuples autochtones ne croient pas en l'importance des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, tels la dissuasion, la dénonciation et l'isolement, quand ils sont justifiés. Dans ce contexte, en règle générale, plus grave et violent sera le crime, plus grande sera la probabilité d'un point de vue pratique que la période d'emprisonnement soit la même pour des infractions et des délinquants semblables, que le délinquant soit autochtone ou non-autochtone.

VII. Une erreur a-t-elle été commise en l'espèce?

94

De l'analyse qui précède, il ressort que le juge qui a prononcé la peine, sans bénéficier des présents motifs, a commis une erreur. Il s'est trompé s'il a limité l'application de l'al. 718.2*e*) aux délinquants autochtones vivant en milieu rural ou dans une réserve. De plus, et peut-être à cause de cette première erreur, il paraît ne pas avoir examiné les facteurs systémiques ou historiques qui ont pu influer sur la conduite criminelle de l'appelante, ou la conception distincte de la sanction pénale que pouvaient avoir l'appelante, la famille de Beaver et leur communauté. Soulignons toutefois que le juge a pris des initiatives précises pour obtenir à tout le moins quelques informations sur la culture autochtone de l'appelante. À cet égard, les avocats, qui

aboriginal heritage. In this regard he received little if any assistance from counsel on this issue although they too were acting without the benefit of these reasons.

95 The majority of the Court of Appeal, in dismissing the appellant's appeal, also does not appear to have considered many of the factors referred to above. However, the dissenting reasons of Rowles J.A. discuss the relevant factors in some detail. The majority also appears to have dismissed the appellant's application to adduce fresh evidence. The majority of the Court of Appeal may or may not have erred in ultimately deciding to dismiss the fresh evidence application. The correctness of its ultimate decision depends largely upon the admissibility of the fresh evidence and its relevance to the weighing of the various sentencing goals. However, assuming admissibility and relevance, it was certainly incumbent upon the majority to consider the evidence, and especially so given the failure of the trial judge to do so. Moreover, if the fresh evidence before the Court of Appeal was itself insufficient to inform the court adequately regarding the circumstances of the appellant as an aboriginal offender, the proper remedy would have been to remit the matter to the trial judge with instructions to make all the reasonable inquiries necessary for the sentencing of this aboriginal offender.

96 In most cases, errors such as those in the courts below would be sufficient to justify sending the matter back for a new sentencing hearing. It is difficult for this Court to determine a fit sentence for the appellant according to the suggested guidelines set out herein on the basis of the very limited evidence before us regarding the appellant's aboriginal background. However, as both the trial judge and all members of the Court of Appeal acknowledged, the offence in question is a most serious one, properly described by Esson J.A. as a "near murder". Moreover, the offence involved domestic violence and a breach of the trust inherent in a spousal relationship. That aggravating factor must be taken into account in the sentencing of the

n'ont pas bénéficié non plus des présents motifs, ne lui ont apporté que peu sinon aucune aide.

En rejetant l'appel de l'appelante, les juges majoritaires de la Cour d'appel paraissent eux aussi ne pas avoir examiné plusieurs des facteurs mentionnés précédemment. Les facteurs pertinents sont toutefois examinés de façon assez détaillée dans les motifs dissidents du juge Rowles. Les juges majoritaires semblent également avoir rejeté la demande de l'appelante de présenter de nouveaux éléments de preuve. Le rejet final de cette demande peut avoir ou ne pas avoir été une erreur. La justesse de cette décision finale dépend largement de la recevabilité de la nouvelle preuve et de sa pertinence dans la pondération des divers objectifs de la détermination de la peine. Toutefois, à supposer que la preuve ait été recevable et pertinente, il incombait certainement aux juges de la majorité d'examiner la preuve, d'autant plus que le juge du procès ne l'avait pas fait. En outre, si les nouveaux éléments de preuve présentés à la Cour d'appel ne suffisaient pas en soi à la renseigner adéquatement sur les circonstances dans lesquelles se trouvait l'appelante en tant que délinquante autochtone, la réparation appropriée aurait été de renvoyer l'affaire au juge du procès avec la directive de prendre toutes les mesures raisonnables pour obtenir les informations nécessaires à la détermination de la peine.

Dans la plupart des cas, des erreurs comme celles des tribunaux d'instance inférieure suffiraient à justifier le renvoi de l'affaire pour une nouvelle audience de détermination de la peine. Il est difficile pour notre Cour de déterminer une peine indiquée pour l'appelante conformément aux lignes directrices exposées précédemment, en se fondant sur les éléments de preuve très limités dont nous disposons en ce qui concerne l'origine autochtone de l'appelante. Toutefois, comme le juge du procès et tous les juges de la Cour d'appel l'ont reconnu, l'infraction en cause est très grave, le juge Esson ayant même à juste titre parlé de «quasi-meurtre». De plus l'infraction comportait de la violence familiale et la rupture des relations de confiance

aboriginal appellant as it would be for any offender. For that offence by this offender a sentence of three years' imprisonment was not unreasonable.

More importantly, the appellant was granted day parole on August 13, 1997, after she had served six months in the Burnaby Correctional Centre for Women. She was directed to reside with her father, to take alcohol and substance abuse counselling and to comply with the requirements of the Electronic Monitoring Program. On February 25, 1998, the appellant was granted full parole with the same conditions as the ones applicable to her original release on day parole.

In this case, the results of the sentence with incarceration for six months and the subsequent controlled release were in the interests of both the appellant and society. In these circumstances, we do not consider that it would be in the interests of justice to order a new sentencing hearing in order to canvass the appellant's circumstances as an aboriginal offender.

In the result, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Kent Roach and Kimberly R. Murray, Toronto.

inhérentes à une situation de conjoints. Ces circonstances aggravantes doivent être considérées dans la détermination de la peine de l'appelante, comme elles le seraient pour tout autre délinquant. Pour cette infraction commise par cette délinquante, une peine de trois ans d'emprisonnement n'était pas déraisonnable.

97 De façon plus importante, l'appelante a obtenu une libération conditionnelle de jour le 13 août 1997, après avoir purgé une peine de six mois au Centre correctionnel pour femmes de Burnaby. Les conditions lui imposaient d'habiter avec son père, de suivre une thérapie pour alcoolisme et toxicomanie et de se conformer aux exigences du programme de télésurveillance. Le 25 février 1998, l'appelante a obtenu une libération conditionnelle totale aux mêmes conditions que celles qui s'appliquaient à sa libération conditionnelle de jour.

98 Dans la présente affaire, les résultats de la peine imposée, avec une incarcération de six mois suivie d'une libération contrôlée, étaient dans l'intérêt de l'appelante et dans celui de la société. Dans les circonstances, nous estimons qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'ordonner une nouvelle audience de détermination de la peine pour examiner les circonstances dans lesquelles se trouve l'appelante en tant que délinquante autochtone.

99 En définitive, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Kent Roach et Kimberly R. Murray, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 1999 Vol. 1

and Tables

Cited as [1999] 1 S.C.R. { i-xlvii 743-865

5e cahier, 1999 Vol. 1

et Tables

Renvoi [1999] 1 R.C.S. { i-xlvii 743-865

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor
ODILE CALDER

Editors
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

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, 1999.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
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
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

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, 1999.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xv

Table of Cases Cited xxiii

Statutes and Regulations Cited xxxvii

Authors Cited xli

Index 857

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xix

Table de la jurisprudence xxiii

Lois et règlements cités xxxix

Doctrine citée xli

Index 861

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

CanadianOxy Chemicals Ltd. *v.* Canada (Attorney General) **743**

Criminal law — Search and seizure — Search warrants — Criminal Code authorizing issuance of warrants to search for "evidence with respect to the commission of an offence" — Whether provision authorizes granting of warrants to search for and seize evidence of negligence going to defence of due diligence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487(1)(b).

H. (D.) *v.* M. (H.) **761**

Practice — Supreme Court of Canada — Rehearing — Motion for rehearing brought on ground that appellants failed to serve application for leave to appeal and notice of appeal on Court of Appeal intervener — Application for leave to be served on "parties in the courts below" — "Party" as defined in British Columbia Court of Appeal Rules not including interveners — Applicant aware prior to original hearing in Supreme Court that intervener had not been served — No potential failure of justice at original hearing shown — Motion for rehearing dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 23 — Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, Rule 1.

Novak *v.* Bond **808**

Limitation of actions — Patient suing doctor — Action started outside ordinary period — Postponement possible until a reasonable person would consider that the plaintiff "ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action" — Patient delaying action and focusing on healing process — Proper approach to be taken when interpreting postponement provision — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 6(4)(b).

Quebec (Deputy Minister of Revenue) *v.* Nolisair International Inc. (Trustee of); Sécurité Saglac (1992) Inc. (Trustee of) *v.* Quebec (Deputy Minister of Revenue) **759**

Bankruptcy — Creditors — Provincial Crown — Deductions at source — Deemed trust.

R. *v.* Beaulac **768**

Criminal law — Trial — Language of accused — Right to be tried by judge and jury who speak both official languages — Interpretation of s. 530 of Criminal Code — Meaning of expressions "language of the accused" and "best interests of justice" — Factors to be considered in defining expression "best interests of justice" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 530(1), (4).

Criminal law — New trial — Language of accused — Right to be tried by judge and jury who speak both official languages — Whether s. 530(4) rather than s. 530(1) of Criminal Code applicable when new trial ordered — Proper judge before whom application must be made and proper time for making

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

CanadianOxy Chemicals Ltd. *c.* Canada (Procureur général) **743**

Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Mandats de perquisition — Délivrance des mandats de perquisition autorisée par le Code criminel en vue de rechercher des éléments de «preuve touchant la commission d'une infraction» — La disposition législative autorise-t-elle la délivrance des mandats de perquisition pour rechercher en vue de les saisir des preuves de négligence se rapportant à la défense de diligence raisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)b).

H. (D.) *c.* M. (H.) **761**

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouvelle audition — Requête en nouvelle audition déposée pour le motif que les appelants n'ont signifié ni la demande d'autorisation d'appel ni l'avis d'appel à un intervenant en Cour d'appel — Demande d'autorisation devant être signifiée «aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure» — Mot «partie» au sens des Court of Appeal Rules de la Colombie-Britannique n'incluant pas les intervenants — Requérant conscient de l'absence de signification à l'intervenant avant l'audience initiale en Cour suprême — Possibilité de déni de justice à l'audience initiale non démontrée — Requête en nouvelle audition rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 23 — Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, règle 1.

Novak *c.* Bond **808**

Prescription — Poursuite d'un médecin par son patient — Exercice de l'action hors du délai normal — Report possible jusqu'au moment où une personne raisonnable estimerait que le demandeur «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action» — Exercice de l'action différé par le patient qui essaie avant tout de guérir — Méthode d'analyse à adopter pour interpréter la disposition de report — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 6(4)b).

Québec (Sous-ministre du Revenu) *c.* Nolisair International inc. (Syndic de); Sécurité Saglac (1992) inc. (Syndic de) *c.* Québec (Sous-ministre du Revenu) **759**

Faillite — Créanciers — Couronne provinciale — Retenues à la source — Fiducie présumée.

R. *c.* Beaulac **768**

Droit criminel — Procès — Langue de l'accusé — Droit à un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Interprétation de l'art. 530 du Code criminel — Sens des expressions «langue de l'accusé» et «meilleurs intérêts de la justice» — Facteurs à considérer pour définir l'expression «meilleurs intérêts de la justice» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(1), (4).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

application when new trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 530(1), (4).

Criminal law — Trial — Language of accused — Accused's application to be tried by judge and jury who speak both official languages under s. 530(4) of Criminal Code dismissed — Accused convicted following trial in English — Whether Court of Appeal erred in upholding order dismissing accused's application — If so, whether s. 686 proviso of Criminal Code applicable — Whether new trial to be held before judge and jury who speak both official languages should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 530(4), 686(1)(b).

Criminal law — Appeals — Collateral attack — Language of accused — Accused's application to be tried by judge and jury who speak both official languages dismissed — Judge dismissing application at pre-trial conference not judge before whom accused tried — Accused convicted following trial in English — Whether Court of Appeal had jurisdiction to deal with language issue — Whether rule against collateral attack applicable.

R. *v.* Trombley **757**

Criminal law — Self-defence — Charge to jury.

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Nouveau procès — Langue de l'accusé — Droit à un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Doit-on appliquer l'art. 530(4) plutôt que l'art. 530(1) du Code criminel pour un nouveau procès? — À quel juge doit-on présenter la demande et dans quel délai dans le cas d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(1), (4).

Droit criminel — Procès — Langue de l'accusé — Rejet de la demande de l'accusé visant à obtenir un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles en vertu de l'art. 530(4) du Code criminel — Accusé reconnu coupable au terme d'un procès en anglais — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant le rejet de la demande de l'accusé? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice de l'art. 686 du Code criminel s'applique-t-elle? — Faut-il ordonner un nouveau procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(4), 686(1)b).

Droit criminel — Appels — Attaque indirecte — Langue de l'accusé — Rejet de la demande de l'accusé visant à obtenir un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Le juge qui a rejeté la demande à l'audience préparatoire n'était pas le juge devant lequel l'accusé devait subir son procès — Accusé reconnu coupable au terme d'un procès en anglais — La Cour d'appel avait-elle compétence sur la question de la langue? — La règle interdisant l'attaque indirecte s'appliquait-elle?

R. *c.* Trombley **757**

Droit criminel — Légitime défense — Exposé au jury.

1999 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Acting Director, Law Reports
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Associate Editor
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Wendy Schoenherr-Geoffroy

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

Directeur intérimaire, Recueil
Claude Marquis LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
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
Wendy Schoenherr-Geoffroy

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, 1999

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

ERRATA

[1993] 4 S.C.R. p. 526, line *g*-1 of the French version. Read "si les caractéristiques" instead of "si l'une des caractéristiques".

[1993] 4 S.C.R. p. 526, line *g*-2 of the French version. Read "existaient" instead of "existait".

[1993] 4 R.C.S. p. 526, ligne *g*-1 de la version française. Lire «si les caractéristiques» au lieu de «si l'une des caractéristiques».

[1993] 4 R.C.S. p. 526, ligne *g*-2 de la version française. Lire «existaient» au lieu de «existait».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to May 31, 1999 — 1er janvier au 31 mai 1999)

9004-6673 Québec Inc. c. Roxboro Excavation Inc. (Qué.), 26815, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

135596 Canada Inc. c. Comité paritaire des boueurs de la région de Montréal (Qué.), 26923, leave to appeal refused, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

872899 Ontario Inc. v. Iacovoni (Ont.), 26891, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

913719 Ontario Ltd. v. Corporation of the City of Mississauga (Ont.), 26905, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

2897041 Canada Inc. c. Immobilière Natgen Inc. (Qué.), 26936, leave to appeal refused with costs, 20.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

A.-K. (S.) v. C. (A.) (Alta.), 27038, leave to appeal refused, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

A.S. Transport Inc. c. Sous-poste de camionnage en vrac Laprairie-Napierville Inc. (Qué.), 26819, leave to appeal refused with costs, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Accent Architectural c. Comité conjoint des matériaux de construction (Qué.), 26941, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Advance Cutting & Coring Ltd. c. La Reine (Qué.), 26664, leave to appeal granted, 19.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

Agioritis v. Maroudis (Sask.), 26873, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Alex Couture Inc. c. Municipalité de la ville de Charny (Qué.), 26678, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Allen v. McLean, Budden Ltd. (Ont.), 26910, leave to appeal refused with costs, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Andritsopoulous v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(Ont.), 26866, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Andrushko v. Canada Safeway Ltd. (B.C.), 26896, leave to appeal refused with costs, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Antippa c. Dulude (Qué.), 26849, leave to appeal refused, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Apotex Inc. v. Bayer Aktiengesellschaft (Ont.), 26979, leave to appeal refused with costs, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Araujo v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26904, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

Ardley v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26964, leave to appeal refused, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Attorney General of British Columbia v. Pacific Press, A Division of Southam Inc. (B.C.), 27045, leave to appeal refused with costs, 21.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ayre v. Nova Scotia Barristers' Society (N.S.), 26783, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

B. (A.L.) v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26879, leave to appeal refused, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

B. (J.B.) v. Director of Child Welfare for the Province of Newfoundland (Nfld.), 26931, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

B.-C. (T.) c. F. (D.) (Qué.), 27044, leave to appeal refused with costs, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bassi v. Canadian Imperial Bank of Commerce (Ont.), 26890, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Battye v. Tirano (Ont.), 26917, leave to appeal refused, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Beckett v. Commissioner for Federal Judicial Affairs (F.C.A.)(Ont.), 26958, leave to appeal refused, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Begetikong Anishnabe v. Minister of Indian Affairs and Northern Development (F.C.A.)(Ont.), 27002, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bennett v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26590, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Board of Police Commissioners of the City of Regina v. Regina Police Association Inc. (Sask.), 26871, leave to appeal granted, 18.2.99, autorisation de pourvoi accordée.

Bonamy v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27185, leave to appeal refused with costs, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bot Construction Ltd. v. The Queen in Right of the Province of Ontario (Ont.), 26758, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

British Columbia Securities Commission v. Global Securities Corp. (B.C.), 26887, leave to appeal granted and leave to cross-appeal refused, 18.2.99, autorisation de pourvoi accordée et autorisation de pourvoi incident refusée.

Byer v. Reyes (Qué.), 26539, leave to appeal refused with costs, 26.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

C. (J.) v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27109, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

Caisse populaire de Saint-Boniface Ltée v. Hongkong Bank of Canada (Man.), 26847, leave to appeal refused with costs, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Camco Inc. v. Whirlpool Corp. (F.C.A.), 27208, leave to appeal granted, 17.5.99, autorisation de pourvoi accordée.

Canada Square Development Corporation Ltd. v. Mancha Consultants Ltd. (Ont.), 26806, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Broadcasting Corporation v. The Queen (Crim.)(N.W.T.), 27091, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Can-Air Manufacturing (1990) Inc. v. Belsey Technical Services Ltd. (Ont.), 26877, notice of discontinuance filed, 5.3.99, avis de désistement produit.

Century Services Inc. v. Zi Corporation (Alta.), 26983, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Certain Underwriters at Lloyd's v. Shama Textiles Inc. (Que.), 26799, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Chantiam v. Packall Packaging Inc. (Ont.), 26776, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Chciuk v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27076, leave to appeal refused, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Clement v. Attorney General for Ontario (Crim.)(Ont.), 27078, leave to appeal refused, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Coffrage Roca Inc. v. The Queen (Que.), 26747, notice of discontinuance filed, 19.2.99, avis de désistement produit.

Commonwealth Insurance Co. c. Hôtel Le Chantecler (1985) Inc. (Qué.), 26721, leave to appeal refused, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Comsa v. The Queen (Crim.)(Alta.), 26850, leave to appeal refused, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Coronation Insurance Co. c. Bouchard (Qué.), 26842, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Coronation Insurance Co. c. Gagnon (Qué.), 26840, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Coronation Insurance Co. c. Pelletier (Qué.), 26841, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v. Attorney General of Canada (Ont.), 26897, leave to appeal refused, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Corporation of the Town of Ajax v. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW — Canada) (Ont.), 26994, leave to appeal granted, 25.3.99, autorisation de pourvoi accordée.

Coughlin v. Comery (Ont.), 27027, leave to appeal refused with costs, 20.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Credit Lyonnais Canada v. National Bank of Canada (Ont.), 26942, leave to appeal refused with costs, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cridge v. Pierce (B.C.), 26838, leave to appeal refused, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Cruise Canada Inc. c. Clermont (Qué.), 26730, leave to appeal refused with costs, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cruz v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26901, leave to appeal refused, 4.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

CSL Group Inc. v. The Queen in right of Canada (F.C.A.)(Que.), 26828, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Davies v. The Queen (Crim.)(Yuk.), 26870, leave to appeal refused, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Derry v. The Queen (Crim.)(Sask), 26523, leave to appeal refused, 4.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Dickhoff v. The Queen (Crim.)(Sask.), 26878, leave to appeal refused, 18.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Dionne v. Kuhlmann (Ont.), 27009, leave to appeal refused with costs, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Direk v. Dixon (Ont.), 26836, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Don Bodkin Leasing Ltd. v. Toronto-Dominion Bank (Ont.), 26791, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens et autorisation de pourvoi incident refusée.

Donohue v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(B.C.), 26867, leave to appeal refused, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Dupont c. La Reine (Crim.)(Qué.), 26853, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Ebco Industries Ltd. v. Discovery Enterprises Inc. (B.C.), 26817, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Edmonton Journal, a division of Southam Inc. v. Attorney General of Alberta (Alta.), 27036, leave to appeal refused, 15.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Ellis-Don Ltd. v. Ontario Labour Relations Board (Ont.), 26709, leave to appeal granted, 21.1.99, autorisation de pourvoi accordée.

Entreprises Raymond Denis inc. c. Ville de Val-Bélair (Qué.), 26756, leave to appeal refused with costs, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Equizi v. Algoma Steel Inc. (Ont.), 26907, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Erin Dancer Holding Corp. v. Corporation of the Town of Richmond Hill (Ont.), 26788, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Exarhos v. Bank of Nova Scotia (Que.), 24608, leave to appeal refused, 27.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Fafard c. Commission d'enquête chargée de faire enquête sur la Sûreté du Québec (Qué.), 26856, leave to appeal refused with costs, 27.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Flaska v. Hindson (Ont.), 27032, leave to appeal refused with costs, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ferguson v. The Queen in right of the Province of British Columbia (B.C.), 26998, leave to appeal refused, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Folkes v. Greensleeves Publishing Ltd. (Ont.), 26974, leave to appeal refused with costs, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Foote v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26895, leave to appeal refused, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

French (Doug) v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26529, leave to appeal refused, 22.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

French (Doug) v. The Queen (Crim.)(Ont.), 24748, leave to appeal refused, 22.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Friedmann Equity Developments Inc. v. Adatia (Ont.), 26971, leave to appeal granted, 25.3.99, autorisation de pourvoi accordée.

Fulford v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26981, leave to appeal refused, 18.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Gagné c. La Reine (Crim.)(Qué.), 27064, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Gariépy v. The Queen in right of Canada (F.C.A.)(Que.), 26794, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gaudet v. Barrett (N.S.), 26921, leave to appeal refused with costs, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gemex Developments Corp. v. Assessor of Area #12 — Coquitlam (B.C.), 27019, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

General Motors Corporation v. Baljian (Ont.), 26864, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gibb v. The Queen (Crim.)(Sask.), 26962, leave to appeal refused, 8.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Girocredit Bank Aktiengesellschaft Der Sparkassen v. Bader (B.C.), 26869, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Grandmaison v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26898, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

Guardian Insurance Co. v. Ontario Tree Fruits Ltd. (Ont.), 26773, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Headway Property Investment 78-1 Inc. v. Edgecombe Properties Ltd. (Ont.), 26857, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Henderson v. Henderson (Alta.), 27101, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Henri c. Henri (Qué.), 27245, notice of discontinuance filed, 14.5.99, avis de désistement produit.

Hill v. McMillan (Man.), 26724, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Hines v. Ontario Human Rights Commission (Ont.), 26506, leave to appeal refused with costs, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Horne v. Bombardier Inc. (Ont.), 27021, leave to appeal refused with costs, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Horrod v. Wang (B.C.), 26768, leave to appeal refused, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Hulme v. Cadillac Fairview Corporation Ltd. (Ont.), 26915, leave to appeal refused with costs, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Human Life International in Canada Inc. v. Minister of National Revenue (F.C.A.)(Ont.), 26661, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Hussmann Canada Inc. v. Leonetti (Ont.), 26759, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Hurford v. The Queen (Crim.)(N.S.), 27008, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Irons v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26968, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

Jacob v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26885, leave to appeal refused, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Jenkins v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26899, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

Jensen v. Chretien (B.C.), 27149, notice of discontinuance filed, 12.4.99, avis de désistement produit.

Jevco Insurance Co. v. Commercial Union Assurance Co. (Ont.), 27129, leave to appeal refused with costs, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

John v. The Queen (B.C.), 26932, leave to appeal refused, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Joshi c. La Reine (Crim.)(Qué.), 26953, leave to appeal refused, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

K. (A.) c. S. (H.) (Qué.), 26790, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

K.M.E. v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27173, leave to appeal refused, 13.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Kainth v. The Queen (F.C.A.) (Ont.), 26832, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kamloops Indian Band v. Canadian National Railway Co. (F.C.A.)(B.C.), 26882, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kaushal v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26622, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Khan (Fouzia Saeed) v. Timakis (Ont.), 26839, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Khan (Mohamed Ameerulla) v. The Queen (Crim.)(Man.), 26765, application for leave to appeal quashed for want of jurisdiction, 21.1.99, demande d'autorisation de pourvoi annulée pour cause d'absence de compétence.

Khan (Pamela) v. Harnick, Attorney General for Ontario (Ont.), 26965, leave to appeal refused, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Khanna v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26754, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Khuu v. The Queen (Crim.)(Alta.), 27068, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Kibale c. La Reine du chef de l'Ontario (Ont.), 27001, leave to appeal refused with costs, 18.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

King v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 26056, leave to appeal refused, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Knight v. The Queen (Crim.)(Man.), 26859, leave to appeal refused, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Krishantharajah v. The Queen (Ont.), 27192, notice of discontinuance filed, 29.4.99, avis de désistement produit.

Krist v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26970, leave to appeal refused, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Krofchak-Smillie v. Smillie (Ont.), 26984, leave to appeal refused, 15.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Kubanowski v. Primerica Life Insurance Co. of Canada (Sask.), 26952, leave to appeal refused with costs, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kwok v. United States of America (Crim.)(Ont.), 26919, leave to appeal granted, 18.2.99, autorisation de pourvoi accordée.

Laberge c. Caisse de dépôt et de placement du Québec (Qué.), 26889, leave to appeal refused with costs, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Laboratoires Abbott Ltée c. Bourque (Qué.), 26803, leave to appeal refused with costs, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lal v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27094, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Lalonde v. The Queen (Ont.), 26261, notice of discontinuance filed, 14.1.99, avis de désistement produit.

Lathangue v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26943, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

Latimer v. The Queen (Crim.)(Sask.), 26980, leave to appeal granted, 6.5.99, autorisation de pourvoi accordée.

Lee v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26978, leave to appeal refused, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Leroux c. Centre Hospitalier Ste-Jeanne D'Arc (Qué.), 26650, notice of discontinuance filed, 22.1.99, avis de désistement produit.

Leu v. Health One Inc. (Ont.), 27037, leave to appeal refused with costs, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lin v. Toronto-Dominion Bank (Ont.), 26827, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lindsay v. Workers' Compensation Board (Sask.), 26954, leave to appeal granted, 25.3.99, autorisation de pourvoi accordée.

Little Sisters Book and Art Emporium v. Minister of Justice (B.C.), 26858, leave to appeal granted, 18.2.99, autorisation de pourvoi accordée.

Lord v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27131, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Lore v. The Queen (Crim.)(Qué.), 26683, leave to appeal refused, 22.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Lughas v. Manitoba Public Insurance Corporation (Man.), 27014, leave to appeal refused with costs, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Lutzer v. Sonnenburg (Ont.), 26831, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

M. (F.) c. B. (P.) (Qué.), 26813, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

MacKenzie v. MacKenzie (N.S.), 26824, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

MacKay v. The Queen in right of the Province of Manitoba (Man.), 26997, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mafi v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27090, leave to appeal refused, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Malhotra v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(Ont.), 27034, leave to appeal refused with costs, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Manac Inc. Corp. v. The Queen (F.C.A.)(Que.), 26744, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Martin (Dale) v. Rural Municipality of St. Andrews (Man.), 26946, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Martin (Robert E.) v. Goldfarb (Ont.), 26916, leave to appeal refused with costs, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Matsqui Indian Band v. Canadian National Railway Co. (F.C.A.)(B.C.), 26881, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Matthiessen v. The Queen (Crim.)(Alta.), 27170, leave to appeal refused, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Maytag Corp. v. Whirlpool Corp. (F.C.A.), 27209, leave to appeal granted, 17.5.99, autorisation de pourvoi accordée.

McCauley v. Fitzsimmons (Ont.), 26972, leave to appeal refused with costs, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

McColl v. Corporation of the Town of Gravenhurst (Ont.), 26845, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

McCullough v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27088, leave to appeal refused, 20.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

McHayle v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27035, leave to appeal refused, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

McIndoe v. O'Connell (B.C.), 26999, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

McMaster v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26851, leave to appeal refused, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Mensink v. Dale (Ont.), 27135, leave to appeal refused with costs, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Merck Frosst Canada Inc. v. Minister of Health (F.C.A.)(Ont.), 26903, leave to appeal refused with costs, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mid Canada Millwork Ltd. v. Delano Building Products Ltd. (Man.), 26809, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mondesir v. Manitoba Association of Optometrists (Man.), 26816, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Monfette c. Hôtel-Dieu de Saint-Jérôme (Qué.), 26697, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Morton v. Dominion of Canada General Insurance Co. (Ont.), 27130, leave to appeal refused with costs, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Muise v. Workers' Compensation Board of Nova Scotia (N.S.), 26804, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Murray-Audain v. Corporation of the Town of Newcastle (Ont.), 26913, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

N. (F.G.) v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26951, leave to appeal refused, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Naima c. Sears Canada Inc. (Qué.), 26874, leave to appeal refused with costs, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

National Bank of Canada v. Gagliano (F.C.A.)(Ont.), 26848, leave to appeal refused with costs, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Nelson v. The Queen (F.C.A.)(B.C.), 26684, leave to appeal refused with costs, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Nespolon v. Alford (Ont.), 26862, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Niderost v. The Queen (F.C.A.)(B.C.), 26960, leave to appeal refused, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Northwood Pulp and Timber Ltd. v. The Queen (F.C.A.)(B.C.), 27033, leave to appeal refused with costs, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

O'Shanter Development Co. v. Minott (Ont.), 27179, notice of discontinuance filed, 14.5.99, avis de désistement produit.

Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 9 v. Barton (Ont.), 26911, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Orlov v. Metro Toronto Police (O.P.P.) (Ont.), 26825, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Osuitok v. The Queen (Crim.)(N.W.T.), 27102, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

P. (U.) c. S. (F.) (Qué.), 27067, leave to appeal refused, 18.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Pacific National Investments Ltd. v. Corporation of the City of Victoria (B.C.), 27006, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

Paterson v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27133, leave to appeal refused, 20.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Pearl c. Gentra Canada Investments Inc. (Qué.), 26807, leave to appeal refused with costs, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Pinsonneault c. La Reine (Crim.)(Qué.), 26795, leave to appeal refused, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Pocklington Financial Corp. v. Alberta Treasury Branches (Alta.), 27054, notice of discontinuance filed, 18.1.99, avis de désistement produit.

Posen v. Stoddart Publishing Co. (Ont.), 26782, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Pregent v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26753, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Pringle v. London City Police Services Board (Ont.), 26935, leave to appeal refused with costs, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Procureur général du Québec c. Barney (Crim.)(Qué.), 26944, leave to appeal granted, 25.3.99, autorisation de pourvoi accordée.

Procureur général du Québec c. Cross (Crim.)(Qué.), 26944, leave to appeal granted, 25.3.99, autorisation de pourvoi accordée.

Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. Attorney General of British Columbia (B.C.), 26812, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Deschamps (Crim.)(Ont.), 27013, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Groot (Crim.)(Ont.), 26929, leave to cross-appeal refused, 4.3.99, autorisation de pourvoi incident refusée.

R. c. Kabbabe (Qué.), 25858, notice of discontinuance filed, 3.5.99, avis de désistement produit.

R. v. Khan (Crim.)(Man.), 26765, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. c. Lévesque (Crim.)(Qué.), 26939, leave to appeal granted, 22.4.99, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Lowns (Crim.)(B.C.), 27072, leave to appeal refused, 22.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Martel Building Ltd. (F.C.A.)(Ont.), 26893, leave to appeal granted, 18.2.99, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Middleton (Crim.)(Ont.), 26860, leave to appeal refused, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Robertson (Crim.)(Nfld.), 26614, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Ruzic (Crim.)(Ont.), 26930, leave to appeal granted, 25.3.99, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Sherlock (Crim.)(Man.), 27134, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

R. in right of the Province of Ontario v. Mason (Ont.), 26797, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. (W.S.) v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27177, leave to appeal refused, 31.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Rain v. The Queen (Crim.)(Alta.), 27041, leave to appeal refused, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Rathwell v. The Queen (Crim.)(Ont.), 27039, leave to appeal refused, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Reed v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27018, leave to appeal refused, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Renaud c. Commission des affaires sociales (Qué.), 26677, leave to appeal granted, 21.1.99, autorisation de pourvoi accordée.

Richard c. La Reine (Crim.)(Qué.), 26934, leave to appeal refused, 18.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Richardson v. Richardson (B.C.), 26956, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Richer (Sylvio) c. La Reine (Crim.)(Qué.), 26769, leave to appeal refused, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Richer (Sylvio) c. La Reine (Crim.)(Qué.), 26852, leave to appeal refused, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Rijntjes v. Workers' Compensation Board of Nova Scotia (N.S.), 26906, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Riopel c. La Reine (Crim.)(Qué.), 26787, leave to appeal refused, 25.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Rounds v. The Queen in right of Canada (F.C.A.)(Ont.), 26775, leave to appeal refused with costs, 15.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Russell v. The Queen (Crim.)(Alta.), 26699, leave to appeal refused, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

S.A. Louis Dreyfus & Cie c. Holding Tusculum B.V. (Qué.), 26843, leave to appeal refused with costs, 18.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Samra v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26976, leave to appeal refused, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Schmand v. Heppner (B.C.), 27093, notice of discontinuance filed, 18.2.99, avis de désistement produit.

Seaspan International Ltd. v. The Queen (F.C.A.)(B.C.), 26868, leave to appeal refused with costs, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Shell Canada Ltd. v. The Queen (F.C.A.), 26596, leave to cross-appeal granted. The costs for the application to cross-appeal are to be paid by the Crown in any event of the cause forthwith after taxation on the solicitor and client scale, 4.3.99, autorisation de pourvoi incident accordée. Les dépens relatifs à cette demande devront être payés par le ministère public quelle que soit l'issue de la cause, immédiatement après la taxation sur la base procureur-client.

Sheppard v. Commissioner for Federal Judicial Affairs (F.C.A.)(Ont.), 26949, leave to appeal refused, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Silliker v. The Queen (Crim.)(B.C.), 27053, leave to appeal refused, 13.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Shulman v. United States of America (Crim.)(Ont.), 26912, leave to appeal granted, 18.2.99, autorisation de pourvoi accordée.

Société Rodaber Ltée c. Banque nationale du Canada (Qué.), 26909, leave to appeal refused with costs, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Somra v. 432080 Ontario Ltd. (Ont.), 26667, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Spanevello v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26959, leave to appeal refused, 11.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Spence c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Qué.), 26823, leave to appeal refused with costs, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sreih c. La Reine (Crim)(Qué.), 26762, leave to appeal refused, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée.

Stark v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26792, leave to appeal refused, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Stenzler v. Ontario College of Pharmacists (Ont.), 26820, leave to appeal refused, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Stewart (Ron) v. United States of America (B.C.), 27042, notice of discontinuance filed, 1.3.99, avis de désistement produit.

Stewart (Ron) v. Minister of Justice for Canada (B.C.), 27043, notice of discontinuance filed, 1.3.99, avis de désistement produit.

Stonojlovic v. The Queen (Crim.)(Alta.), 26876, leave to appeal refused, 1.4.99, autorisation de pourvoi refusée.

Sullivan c. Camp Carowanis Inc. (Qué.), 26771, leave to appeal refused, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée.

Sutherland v. The Queen in right of Canada (F.C.A.)(Ont.), 26056, leave to appeal refused, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Tandon v. Canada Trustco Mortgage Co. (Ont.), 27139, leave to appeal refused with costs, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Têtu c. Bouchard (Qué.), 26892, leave to appeal refused with costs, 6.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Thompson v. The Queen (Crim.)(Alta.), 27024, leave to appeal refused, 20.5.99, autorisation de pourvoi refusée.

Thornhill Aggregates Ltd. v. Corporation of the District of Maple Ridge (B.C.), 26818, leave to appeal refused with costs, 29.4.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Tin Wis Resort Ltd. v. Assessor of Area #05 — Port Alberni (B.C.), 27015, leave to appeal refused with costs, 13.5.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Trengrove Developments Inc. (94-2663(GST)G) v. The Queen (F.C.A.)(Ont.), 26793, leave to appeal refused with costs, 7.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Tsaoussis v. Baetz (Ont.), 26945, leave to appeal refused with costs, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Union of Nova Scotia Indians v. Attorney General of Nova Scotia (N.S.), 26861, leave to appeal refused, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

Varma v. Forsyth (Ont.), 26750, leave to appeal refused with costs, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ville de Saint-Hubert c. Blanchet (Qué.), 26872, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ville de Saint-Hubert c. S.S.Q. Société d'assurance générale (Qué.), 26738, leave to appeal refused with costs, 18.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ville de Saint-Laurent c. 150460 Canada Inc. (Qué.), 26821, leave to appeal refused with costs, 25.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Vincent v. The Queen (Ont.), 26925, notice of discontinuance filed, 8.2.99, avis de désistement produit.

Vuntut Gwitchin First Nation v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(Yuk.), 26808, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ward v. Government of Saskatchewan (Sask.), 26991, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wellcome Foundation v. Apotex Inc. (F.C.A.)(Ont.), 26902, leave to appeal refused with costs, 21.1.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wightman c. Widdrington (Qué.), 26989, leave to appeal refused with costs, 18.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Woodward v. Stelco Inc. (Ont.), 26865, leave to appeal refused with costs, 4.3.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wyeth-Ayerst Canada Inc. c. Deghenghi (Qué.), 26739, leave to appeal refused with costs, 11.2.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Zaretski v. Workers' Compensation Board (Sask.), 26727, leave to appeal refused, 28.1.99, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

A

Attorney General see also "Canada" or the name of province

B

Beaulac, R. v. 768
Boisbriand (City), Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. 381
Bond, Novak v. 808
Bracklow v. Bracklow 420

C

Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd. 142
Campbell, R. v. 565
Canada (Attorney General), CanadianOxy Chemicals Ltd. v. 743
Canada, Del Zotto v. 3
Canada (Minister of Employment and Immigration), Law v. 497
CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General) 743
Challenge One (The), Sail Labrador Ltd. v. 265
Chambly (City) v. Gagnon 8
Chartier v. Chartier 242
Commission see also "Canada" or the name of province

PAGE

D

Defence Construction (1951) Ltd., M.J.B. Enterprises Ltd. v. 619
Del Zotto v. Canada 3

E

Ewanchuk, R. v. 330

F

FBI Foods Ltd., Cadbury Schweppes Inc. v. 142

G

Gagnon, Chambly (City) v. 8
Gladue, R. v. 688
Godoy, R. v. 311
Graybec Immobilier Inc., Zink v. 6

H

H. (D.) v. M. (H.) 328
H. (D.) v. M. (H.) (rehearing) 761
H.M., N.H. v. 328
H.M., N.H. v. (rehearing) 761

J

Jones, Smith v. 455

PAGE

L

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) 497

M

M. (H.), H. (D.) v. 328
M. (H.), H. (D.) v. (rehearing) 761
M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd. 619
M.N.R., Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. 10
Minister see also "Canada" or the name of province
Monney, R. v. 652
Montreal (City), Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. 381

N

N.H. v. H.M. 328
N.H. v. H.M. (rehearing) 761
Nolisair International Inc. (Trustee of), Quebec (Deputy Minister of Revenue) v. 759
Novak v. Bond 808

O

Office see also "Canada" or the name of province

Q

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City) 381
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montreal (City) 381
Quebec (Deputy Minister of Revenue), Ritcher & Associés Inc. v. 759
Quebec (Deputy Minister of Revenue), Sécurité Saglac (1992) Inc. (Trustee of) v. 759

PAGE

Quebec (Deputy Minister of Revenue), Tremblay & Compagnie, syndics et gestionnaires ltée v. 759
Quebec (Deputy Minister of Revenue) v. Nolisair International Inc. (Trustee of) 759
Queen see also "R."

R

R. v. Beaulac 768
R. v. Campbell 565
R. v. Ewanchuk 330
R. v. Gladue 688
R. v. Godoy 311
R. v. Monney 652
R. v. R.W.S. 391
R. v. Shirose 565
R. v. Sundown 393
R. v. Trombley 757
R. v. W.S. (R.) 391
R.W.S., R. v. 391
Ritcher & Associés Inc. v. Quebec (Deputy Minister of Revenue) 759
Ryan v. Victoria (City) 201

S

Sail Labrador Ltd. v. Challenge One (The) 265
Sécurité Saglac (1992) Inc. (Trustee of) v. Quebec (Deputy Minister of Revenue) 759
Shirose, R. v. 565
Smith v. Jones 455
Sundown, R. v. 393

T

The Queen see also "R."
Tremblay & Compagnie, syndics et gestionnaires ltée v. Quebec (Deputy Minister of Revenue) 759
Trombley, R. v. 757

PAGE

U

Union see also under abbreviated name

V

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R. 10
Victoria (City), Ryan v. 201

PAGE

W

W.S. (R.), R. v. 391

Z

Zink v. Graybec Immobilier Inc. 6

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

Aliments FBI Ltée, Cadbury Schweppes Inc. c. 142

B

Beaulac, R. c. 768
Boisbriand (Ville), Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 381
Bond, Novak c. 808
Bracklow c. Bracklow 420

C

Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée 142
Campbell, R. c. 565
Canada, Del Zotto c. 3
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Law c. 497
Canada (Procureur général), CanadianOxy Chemicals Ltd. c. 743
CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général) 743
Challenge One (Le), Sail Labrador Ltd. c. 265
Chambly (Ville) c. Gagnon 8
Chartier c. Chartier 242
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province
Construction de Défense (1951) Ltée, M.J.B. Enterprises Ltd. c. 619

PAGE

D

Del Zotto c. Canada 3

E

Ewanchuk, R. c. 330

G

Gagnon, Chambly (Ville) c. 8
Gladue, R. c. 688
Godoy, R. c. 311
Graybec Immobilier Inc., Zink c. 6

H

H. (D.) c. M. (H.) 328
H. (D.) c. M. (H.) (nouvelle audition) 761
H.M., N.H. c. 328
H.M., N.H. c. (nouvelle audition) 761

J

Jones, Smith c. 455

L

La Reine voir aussi «R.»
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) 497

PAGE

M

M. (H.), H. (D.) c. ... 328
M. (H.), H. (D.) c. (nouvelle audition) ... 761
M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée ... 619
M.R.N., Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. ... 10
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province
Monney, R. c. ... 652
Montréal (Ville), Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 381

N

N.H. c. H.M. ... 328
N.H. c. H.M. (nouvelle audition) ... 761
Nolisair International inc. (Syndic de), Québec (Sous-ministre du Revenu) c. ... 759
Novak c. Bond ... 808

O

Office voir aussi «Canada» ou nom de la province

P

Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province

Q

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville) ... 381
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) 381
Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Nolisair International inc. (Syndic de) ... 759
Québec (Sous-ministre du Revenu), Richter & Associés inc. c. ... 759
Québec (Sous-ministre du Revenu), Sécurité Saglac (1992) inc. (Syndic de) c. ... 759

PAGE

Québec (Sous-ministre du Revenu), Tremblay & Compagnie, syndics et gestionnaires ltée c. 759

R

Reine voir aussi «R.»
R. c. Beaulac ... 768
R. c. Campbell ... 565
R. c. Ewanchuk ... 330
R. c. Gladue ... 688
R. c. Godoy ... 311
R. c. Monney ... 652
R. c. R.W.S. ... 391
R. c. Shirose ... 565
R. c. Sundown ... 393
R. c. Trombley ... 757
R. c. W.S. (R.) ... 391
R.W.S., R. c. ... 391
Richter & Associés inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu) ... 759
Ryan c. Victoria (Ville) ... 201

S

Sail Labrador Ltd. c. Challenge One (Le) ... 265
Sécurité Saglac (1992) inc. (Syndic de) c. Québec (Sous-ministre du Revenu) ... 759
Shirose, R. c. ... 565
Smith c. Jones ... 455
Sundown, R. c. ... 393
Syndicat voir aussi sous nom abrégé

T

Tremblay & Compagnie, syndics et gestionnaires ltée c. Québec (Sous-ministre du Revenu) 759
Trombley, R. c. ... 757

V

Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N. ... 10
Victoria (Ville), Ryan c. ... 201

PAGE

W

W.S. (R.), R. c. 391

PAGE

Z

Zink c. Graybec Immobilier Inc. 6

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
337965 B.C. Ltd. v. Tackama Forest Products Ltd.	(1992), 91 D.L.R. (4th) 129	167
655 Developments Ltd. v. Chester Dawe Ltd.	(1992), 42 C.P.R. (3d) 500	175
A/S Tankexpress v. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A	(1948), 82 Lloyd's L.R. 43	302
A. (L.L.) v. B. (A.)	[1995] 4 S.C.R. 536	478, 610
Acme Building & Construction Ltd. v. Newcastle (Town)	(1992), 2 C.L.R. (2d) 308	643
Alberta Institute on Mental Retardation v. Canada	[1987] 3 F.C. 286	57
Anderson v. Bank of British Columbia	(1876), 2 Ch. D. 644	474
Anderson v. Canadian National Railway Co.	[1944] O.R. 169	226
Andrews v. Andrews	(1992), 97 Sask. R. 213	254
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	507
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	219
Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.	(1998), 80 C.P.R. (3d) 449	162
Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.	[1990] 3 N.Z.L.R. 299	160
Argyll (Duchess) v. Argyll (Duke)	[1967] Ch. 302	176
Ashworth v. Ashworth	(1995), 15 R.F.L. (4th) 379	447
Association communautaire de N.-D.-G. c. Revenu Canada, Ministère du Revenu	88 D.T.C. 6279	82
Attorney General of Canada v. Lavell	[1974] S.C.R. 1349	583
Attorney General of Quebec v. Blaikie	[1979] 2 S.C.R. 1016	785
Attorney General of Quebec v. Blaikie	[1981] 1 S.C.R. 312	785
Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)	[1990] A.C. 109	162
Attorney General v. Ross	[1985] 3 All E.R. 334	61
Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co.	[1955] A.C. 457	590
B		
Bande indienne Sawridge c. Canada	[1997] C.S.C.R. nº 430 (QL)	765
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 R.C.S. 411	252
Baron v. Canada	[1993] 1 S.C.R. 416	755
Bass Holdings Ltd. v. Morton Music Ltd.	[1987] 2 W.L.R. 397	297
Bate Equipment Ltd. v. Ellis-Don Ltd.	(1992), 132 A.R. 161	627
Baucom v. Martin	677 F.2d 1346 (1982)	595

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Belyea v. The King	[1932] S.C.R. 279	346
Ben-Israel v. Vitacare Medical Products Inc.	(1997), 78 C.P.R. (3d) 94	162
Benner c. Canada (Secrétaire d'État)	[1997] 1 R.C.S. 358	520
Benner v. Canada (Secretary of State)	[1997] 1 S.C.R. 358	520
Bera v. Marr	(1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1	841
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1993] 1 S.C.R. 12	167
Bilodeau c. Procureur général du Manitoba	[1986] 1 R.C.S. 449	785
Bilodeau v. Attorney General of Manitoba	[1986] 1 S.C.R. 449	785
Birchmont Furniture Ltd. v. Loewen	(1978), 84 D.L.R. (3d) 599	297
Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough Council	[1990] 3 All E.R. 25	632
Blais v. Touchet	[1963] S.C.R. 358	46
Bradbury v. Mundell	(1993), 13 O.R. (3d) 269	254
Brady v. Hopper	570 F.Supp. 1333 (1983)	482
Brewer v. McCauley	[1954] S.C.R. 645	44
Briarpatch Inc. v. The Queen	96 D.T.C. 6294	62, 113
British Launderers' Research Association v. Borough of Hendon Rating Authority	[1949] 1 K.B. 462	44, 110
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219	537
Bux v. Slough Metals Ltd.	[1974] 1 All E.R. 262	226

C

Calcraft v. Guest	[1898] 1 Q.B. 759	464
Canada (Attorney General) v. Viola	[1991] 1 F.C. 373	788
Canada (Procureur général) c. Viola	[1991] 1 C.F. 373	788
Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights Commission	(1990), 69 D.L.R. (4th) 321	80
Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 339	593
Canadian Long Island Petroleums Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.	[1975] 2 S.C.R. 715	277
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 S.C.R. 1021	221
Canadian National Railway Co. v. Vincent	[1979] 1 S.C.R. 364	226
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711	635
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	(1992), 72 B.C.L.R. (2d) 207	198
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	[1991] 3 S.C.R. 534	174
Carignan v. Carignan	(1989), 61 Man. R. (2d) 66	248
Cartwright & Crickmore, Ltd. v. MacInnes	[1931] S.C.R. 425	642
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147	840
Chaleur Silica Inc. v. Lockhart	(1990), 108 N.B.R. (2d) 366	186
Chessie v. J. D. Irving Ltd.	(1982), 22 C.C.L.T. 89	236
Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Municipal District)	(1987), 28 C.L.R. 290	645
Cie des chemins de fer nationaux c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021	221
City & County of San Francisco v. Superior Court	231 P.2d 26 (1951)	464
City of Portage La Prairie v. B.C. Pea Growers Ltd.	[1966] S.C.R. 150	238
Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd.	[1969] R.P.C. 41	156
Commissioners for Special Purposes of the Income Tax v. Pemsel	[1891] A.C. 531	35, 98

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.	[1991] 3 S.C.R. 388	85
Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent	[1979] 1 R.C.S. 364	226
Corner Brook Pulp and Paper Ltd. c. Bowater Inc.	(1989), 246 A.P.R. 353	388
Cornwall Gravel Co. Ltd. v. Purolator Courier Ltd.	(1978), 83 D.L.R. (3d) 267	649
Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. v. Comrs. of Customs and Excise (No. 2)	[1972] 2 All E.R. 353	603

D

D'Aguiar v. Guyana Commissioner of Inland Revenue	[1970] T.R. 31	48, 99
Daku v. Daku	(1964), 49 W.W.R. 552	287
Davis v. Shaw	(1910), 21 O.L.R. 474	288
Dawson v. Helicopter Exploration Co.	[1955] S.C.R. 868	286
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	318
Delorme v. Delorme	(1993), 45 R.F.L. (3d) 373	254
Descôteaux v. Mierzwinski	[1982] 1 S.C.R. 860	464, 475, 601, 755
Dick v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 309	418
Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police	(1989), 58 D.L.R. (4th) 396	592
Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association v. Bradt	(1895), 25 S.C.R. 154	309
Dowson & Mason Ltd. v. Potter	[1986] 2 All E.R. 418	184
Droit de la famille — 1369	[1991] R.J.Q. 2822	263

E

E. I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland	244 U.S. 100 (1917)	169
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant	[1997] 1 R.C.S. 241	520
Eaton v. Brant County Board of Education	[1997] 1 S.C.R. 241	520
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	520
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	521, 791
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	521, 791
Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 916	175
Enever v. The King	(1906), 3 C.L.R. 969	590
English v. Dedham Vale Properties Ltd.	[1978] 1 W.L.R. 93	177
Eschak v. Biron	[1993] N.W.T.R. 255	254
Evans v. Vancouver Port Corp.	(1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174	822
Evans v. Vancouver Port Corp.	(1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174; (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 334	836
Everywoman's Health Centre Society (1988) v. M.N.R.	[1992] 2 F.C. 52	35, 125

F

Federal Commissioner of Taxation v. United Aircraft Corp.	(1943), 68 C.L.R. 525	169
Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.	[1991] 3 R.C.S. 388	85

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	787
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	786
Frame v. Smith	[1987] 2 S.C.R. 99	163
Fred Welsh Ltd. v. B.G.M. Construction Ltd.	[1996] 10 W.W.R. 400	645
Friesen v. Bomok	(1979), 95 D.L.R. (3d) 446	287
Friesen v. Canada	[1995] 3 S.C.R. 103	252
Frosch Construction Ltd. v. Volrich	(1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72	818, 836

G

G. (L.) c. B. (G.)	[1995] 3 R.C.S. 367	386
Geddis v. Proprietors of the Bann Reservoir	(1878), 3 App. Cas. 430	228
George Wimpey Canada Ltd. v. Hamilton-Wentworth (Regional Municipality)	(1997), 34 C.L.R. (2d) 123	645
Gillespie v. Wells	(1912), 2 D.L.R. 519	300
Glenview Corp. v. Canada	(1990), 34 F.T.R. 292	644
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 167	766
Grand Trunk Railway Co. v. McKay	(1903), 34 S.C.R. 81	223
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 167	766
Guaranty Trust Co. of Canada v. Minister of National Revenue	[1967] S.C.R. 133	41, 105
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	174

H

Hadley v. Baxendale	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145	649
Haig v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 995	523, 791
Hare v. Nicoll	[1966] 2 Q.B. 130	295
Harmony Shipping Co. S.A. v. Davis	[1979] 3 All E.R. 177	465
Harrington v. Harrington	(1981), 33 O.R. (2d) 150	258
Harris v. Canadian Pacific Ltd.	(1989), 59 D.L.R. (4th) 151	225
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young	[1997] 2 S.C.R. 165	219
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	90
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	90
Hock v. Hock	[1971] 4 W.W.R. 262	258
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377	164
Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.	[1962] 2 Q.B. 26	282
Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia	(1997), 146 A.L.R. 1	632
Human Life International in Canada Inc. v. M.N.R.	[1998] 3 F.C. 202	57, 107
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	524, 671, 755

I

ICAM Technologies Corp. v. EBCO Industries Ltd.	(1993), 52 C.P.R. (3d) 61	175
In re Cohen	[1954] N.Z.L.R. 1097	71, 125

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
In re Foveaux	[1895] 2 Ch. 501	46
In re Lindsey	158 F.3d 1263 (1998)	604
In re Neagle	135 U.S. 1 (1890)	595
In re Shell Canada Ltd.	[1975] F.C. 184, 22 C.C.C. (2d) 70	462
In re Strakosch	[1949] Ch. 529	43
In re Wallace	[1908] V.L.R. 636	68, 124
Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales v. Attorney-General	[1972] Ch. 73	42
Industrial Development Bank c. Canadian Plywood Corp.	[1972] 1 W.W.R. 298	386
Inland Revenue Commissioners v. Baddeley	[1955] A.C. 572	45
Inland Revenue Commissioners v. McMullen	[1981] A.C. 1	65, 115
Inland Revenue Commissioners v. Oldham Training and Enterprise Council	[1996] B.T.C. 539	62
Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie v. Andres Wines Ltd.	(1987), 40 D.L.R. (4th) 239	189
Institution of Mechanical Engineers v. Cane	[1961] A.C. 696	84, 131
Interfaith Development Education Association, Burlington v. M.N.R.	97 D.T.C. 5424	63, 113
Interfirm Comparison (Australia) Pty. Ltd. v. Law Society of New South Wales	[1977] R.P.C. 137	182

J

Jacob & Youngs, Inc. v. Kent	129 N.E. 889 (1921)	293
Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick	[1975] 2 R.C.S. 182	785
Jones v. Attorney General of New Brunswick	[1975] 2 S.C.R. 182	785
Jones v. T. Eaton Co.	[1973] S.C.R. 635	44
Just v. British Columbia	[1989] 2 S.C.R. 1228	219

K

Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	219, 840
Karsanjii Estate v. Roque	[1990] 3 W.W.R. 612	823, 836
Kask v. Shimizu	[1986] 4 W.W.R. 154	525
Keable c. Procureur général du Canada	[1978] 2 R.C.S. 135	386
Keable v. Attorney General of Canada	[1978] 2 S.C.R. 135	386
Kencor Holdings Ltd. v. Saskatchewan	[1991] 6 W.W.R. 717	645
Knowlton v. The Queen	[1974] S.C.R. 443	318
Krause v. Bain Bros. Alta. Ltd.	(1972), 29 D.L.R. (3d) 500	296

L

La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 R.C.S. 205	222
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574	155
Lake Erie & Detroit River Railway Co. v. Barclay	(1900), 30 S.C.R. 360	223
Lang v. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario	(1908), 17 O.L.R. 262	295

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Laraque v. Allooloo	(1992), 44 R.F.L. (3d) 10	253
LeMesurier v. Andrus	(1984), 31 R.P.R. 143	293
Lewis v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 821	587
Lombard North Central Plc. v. Butterworth	[1987] Q.B. 527	289
Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Manchester v. Farnworth	[1930] A.C. 171	238
Lyell v. Kennedy (No. 2)	(1883), 9 App. Cas. 81	465

M

M. (A.) v. Ryan	[1997] 1 S.C.R. 157	467
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	161, 839
MacDonald c. Ville de Montréal	[1986] 1 R.C.S. 460	785
MacDonald v. City of Montreal	[1986] 1 S.C.R. 460	785
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 S.C.R. 986	558, 635
Maclean Hunter Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise	88 D.T.C. 6096	63, 113
Maclean Hunter Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise	88 D.T.C. 6096	63, 113
Macri v. Miskiewicz	(1993), 50 C.P.R. (3d) 76	169
Mahe v. Alberta	[1990] 1 S.C.R. 342	776, 787
Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 2)	[1979] 2 All E.R. 620	178
Margaronis Navigation Agency, Ltd. v. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.	[1964] 2 Lloyd's Rep. 153	277
Martselos Services Ltd. v. Arctic College	[1994] 3 W.W.R. 73	628
Matrox Electronic Systems Ltd. v. Gaudreau	[1993] R.J.Q. 2449	184
McCleave v. City of Moncton	(1902), 32 S.C.R. 106	589
McGovern v. Attorney-General	[1982] Ch. 321	40, 104
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	514, 791
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	514, 791
Megatech Contracting Ltd. v. Carleton (Regional Municipality)	(1989), 34 C.L.R. 35	627
Miller v. Miller	(1988), 13 R.F.L. (3d) 80	259
Minter v. Priest	[1929] 1 K.B. 655	602
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418	520
Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada	[1995] 2 R.C.S. 187	277
Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada	[1995] 2 S.C.R. 187	277
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	429, 558
Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.	[1991] 1 S.C.R. 779	285
Montour Ltée v. Jolicœur	(1988), 19 C.I.P.R. 25	184
Moorgate Tobacco Co. v. Philip Morris Ltd.	(1984), 156 C.L.R. 414	169
Morice v. Bishop of Durham	(1805), 10 Ves. Jun. 522, 32 E.R. 947	103
Mouat v. Clark Boyce	[1992] 2 N.Z.L.R. 559	174
Murphy v. Welsh	[1993] 2 S.C.R. 1069	839
Myran v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 137	414

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
N		
N.D.G. Neighbourhood Association v. Revenue Canada, Taxation Department	88 D.T.C. 6279	82
National Anti-Vivisection Society v. Inland Revenue Commissioners	[1948] A.C. 31	45
Native Communications Society of B.C. v. Canada (M.N.R.)	[1986] 3 F.C. 471	34, 98
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170	754
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	590
Nichrotherm Electrical Co. v. Percy	[1957] R.P.C. 207	177
Nieckar v. Sliwa	(1976), 67 D.L.R. (3d) 378	287
Nilsson v. Romaniuk	(1984), 59 A.R. 39	287
Nocton v. Lord Ashburton	[1914] A.C. 932	178
Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines	[1951] 2 D.L.R. 241	218
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	751
O		
O'Rourke v. Darbishire	[1920] A.C. 581	608
Ontex Resources Ltd. v. Metalore Resources Ltd.	(1993), 13 O.R. (3d) 229	175
Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co.	[1951] A.C. 297	120
P		
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	353, 378
Paquette v. The Queen in Right of Canada	(1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38	802
Parish v. Parish	(1993), 46 R.F.L. (3d) 117	446
Parkin v. Thorold	(1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698	289
Paskivski c. Canadien Pacifique Ltée	[1976] 1 R.C.S. 687	215
Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.	[1976] 1 S.C.R. 687	215
Peel (Municipalité régionale) c. Canada	[1992] 3 R.C.S. 762	50
Peel (Regional Municipality) v. Canada	[1992] 3 S.C.R. 762	50
Peggs v. Lamb	[1994] 2 All E.R. 15	48
Peixeiro v. Haberman	[1997] 3 S.C.R. 549	816, 839
Penvidic Contracting Co. v. International Nickel Co. of Canada	[1976] 1 S.C.R. 267	197
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	595
Perrier v. Sorgat	(1979), 25 O.R. (2d) 645	592
Petrillio v. Nelson	(1980), 114 D.L.R. (3d) 273	298
Pharand Ski Corp. v. Alberta	(1991), 80 Alta. L.R. (2d) 216	178
Phipps v. Boardman	[1967] 2 A.C. 46	171
Pierce v. Empey	[1939] S.C.R. 247	277, 307
Piperno v. The Queen	[1953] 2 S.C.R. 292	795
Planon Systems Inc. v. Norman Wade Co.	[1998] O.J. No. 3547 (QL)	179
Positive Action Against Pornography v. M.N.R.	[1988] 2 F.C. 340	38, 102
Pratt Contractors Ltd. v. Palmerston North City Council	[1995] 1 N.Z.L.R. 469	632

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Pre-Cam Exploration & Development Ltd. v. McTavish	[1966] S.C.R. 551	161
Procureur général du Canada c. Lavell	[1974] R.C.S. 1349	583
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1979] 2 R.C.S. 1016	785
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1981] 1 R.C.S. 312	785

R

R. c. Consolidated Fastfrate Transport Inc.	(1995), 40 C.P.C. (3d) 160	388
R. c. Eldorado Nucléaire Ltée	[1983] 2 R.C.S. 551	579
R. c. Pearson	[1998] 3 R.C.S. 620	617
R. c. Simard	(1995), 27 O.R. (3d) 97	788
R. du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 R.C.S. 111	624
R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 S.C.R. 205	222
R. in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 111	624
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	406
R. v. Bernardo	(1997), 121 C.C.C. (3d) 123	797
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	524
R. v. Bond	(1993), 135 A.R. 329	586
R. v. Brown	Que. Sup. Ct., No. 700-01-3172-840, March 28, 1985, R.J.P.Q. 85-215	796
R. v. Bulmer	[1987] 1 S.C.R. 782	358
R. v. Cassidy	[1989] 2 S.C.R. 345	359
R. v. Chartrand	[1994] 2 S.C.R. 864	704
R. v. Chase	[1987] 2 S.C.R. 293	347
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	662
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	577
R. v. Côté	[1996] 3 S.C.R. 139	418
R. v. Cox and Railton	(1884), 14 Q.B.D. 153	606
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3	353
R. v. Creswell	[1998] B.C.J. No. 1090 (QL)	592
R. v. Cuerrier	[1998] 2 S.C.R. 371	366
R. v. Daigle	[1998] 1 S.C.R. 1220	378
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	353
R. v. Derby Magistrates' Court	[1995] 4 All E.R. 526	477
R. v. Douglas	[1991] 1 S.C.R. 301	581
R. v. Dunbar	(1982), 68 C.C.C. (2d) 13	477, 610
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	679
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	544
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	321
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 551	579
R. v. Esau	[1997] 2 S.C.R. 777	357, 377
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	325, 664
R. v. Fireman	(1971), 4 C.C.C. (2d) 82	708
R. v. Gray	(1992), 74 C.C.C. (3d) 267	610

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Greffe	[1990] 1 S.C.R. 755	662
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263	475, 601
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	462
R. v. Hess	[1990] 2 S.C.R. 906	520
R. v. Horseman	[1990] 1 S.C.R. 901	399
R. v. Hunter	(1998), 125 C.C.C. (3d) 121	704
R. v. Hydro-Québec	[1997] 3 S.C.R. 213	252
R. v. J. (C.)	(1997), 119 C.C.C. (3d) 444	704
R. v. Jacques	[1996] 3 S.C.R. 312	678
R. v. Jensen	(1996), 106 C.C.C. (3d) 430	347
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	584
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	462
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	365
R. v. Keyowski	[1988] 1 S.C.R. 657	584
R. v. King	[1983] 1 All E.R. 929	463
R. v. L. (C.K.)	(1987), 62 C.R. 131	463
R. v. Ladouceur	[1992] B.C.J. No. 2854 (QL)	604
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145	316
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475	755
R. v. Lewis	[1996] 1 S.C.R. 921	669
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333	347, 779
R. v. Lore	(1997), 116 C.C.C. (3d) 255	596
R. v. Lore	Sup. Ct., No. 500-01-013926-891, March 8, 1991	572
R. v. Lorentz-Aflalo	Que. Sup. Ct., No. 500-01-006114-877, October 8, 1987	796
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	728
R. v. M. (M.L.)	[1994] 2 S.C.R. 3	356
R. v. Mack	[1988] 2 S.C.R. 903	576
R. v. Mamchur	[1978] 4 W.W.R. 481	587
R. v. Mancuso	(1989), 51 C.C.C. (3d) 380	587
R. v. Matthiessen	(1995), 172 A.R. 196	596
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72	489
R. v. McDonald	(1997), 113 C.C.C. (3d) 418	704
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	751
R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn	[1968] 1 All E.R. 763	591
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	585
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	469, 544
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	358, 362
R. v. P. (M.B.)	[1994] 1 S.C.R. 555	468
R. v. Park	[1995] 2 S.C.R. 836	348, 366
R. v. Pearson	[1998] 3 S.C.R. 620	617
R. v. Perron	(1990), 54 C.C.C. (3d) 108; [1990] R.J.Q. 752	463
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	321
R. v. Poslowsky	[1996] B.C.J. No. 2550 (QL)	463

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Potvin	[1993] 2 S.C.R. 880	584
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	571
R. v. Robertson	[1987] 1 S.C.R. 918	354
R. v. S. (P.L.)	[1991] 1 S.C.R. 909	347
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	107
R. v. Salvador	(1981), 59 C.C.C. (2d) 521	594
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	584
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	366, 478, 610
R. v. Sherman	(1977), 36 C.C.C. (2d) 207	587
R. v. Showman	[1988] 2 S.C.R. 893	577
R. v. Simard	(1995), 27 O.R. (3d) 116	788
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	667
R. v. Simpson	(1993), 79 C.C.C. (3d) 482	316
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	406
R. v. Smith	[1935] 2 W.W.R. 433	414
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	407
R. v. Stenning	[1970] S.C.R. 631	318
R. v. Stewart	[1988] 1 S.C.R. 963	168
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	665
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	610
R. v. Storrey	[1990] 1 S.C.R. 241	662, 753
R. v. Sutherland	[1980] 2 S.C.R. 451	400
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	508
R. v. T. (V.)	[1992] 1 S.C.R. 749	584
R. v. Thomas	[1998] 3 S.C.R. 535	794
R. v. Tran	[1994] 2 S.C.R. 951	804
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	508
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	407
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	391
R. v. Ward	(1981), 3 A. Crim. R. 171	463
R. v. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	316
R. v. Wells	(1998), 125 C.C.C. (3d) 129	704
R. v. Williams	[1998] 1 S.C.R. 1128	721
R. v. Xenos	(1991), 70 C.C.C. (3d) 362	596
R. v. Yancey	(1899), 2 C.C.C. 320	795
R. v. Young	(1998), 131 Man. R. (2d) 61	704
Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1991] 3 R.C.S. 3	186
Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.	[1991] 3 S.C.R. 3	186
Re Central Employment Bureau for Women and Students' Careers Association Inc.	[1942] 1 All E.R. 232	64, 126
Re Church of Scientology and the Queen (No. 6)	(1987), 31 C.C.C. (3d) 449	753
Re Domtar Inc	(1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 106	749
Re Fitzgibbon	(1916), 27 O.W.R. 207	72, 129
Re Girouard and the Queen	(1982), 68 C.C.C. (2d) 261	604
Re Hopkins' Will Trusts	[1964] 3 All E.R. 46	115

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Re Keene	[1922] 2 Ch. 475	171
Re Kennedy & Beaucage Mines Ltd.	[1959] O.R. 625	287
Re Koeppler Will Trusts	[1986] Ch. 423	84, 116
Re Mariette	[1915] 2 Ch. 284	72
Re Morrison	(1967), 111 Sol. Jo. 758, 117 New L.J. 757	71, 125
Re Public Trustee and Toronto Humane Society	(1987), 60 O.R. (2d) 236	57
Re Societa Unita and Town of Gravenhurst	(1977), 16 O.R. (2d) 785	116
Re Stone	(1970), 91 W.N. (N.S.W.) 704	69, 123
Recovery Production Equipment Ltd. v. McKinney Machine Co.	[1998] A.J. No. 801 (QL)	179
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148	776
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	785
Reference re Manitoba Language Rights	[1992] 1 S.C.R. 212	787
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)	[1993] 1 S.C.R. 839	776, 787
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	791
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	582, 776
Regina Industries Ltd. v. City of Regina	[1947] S.C.R. 345	309
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)	[1993] 1 R.C.S. 839	776, 787
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	791
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	582, 776
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148	776
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	785
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1992] 1 R.C.S. 212	787
Richardson v. Surrey (Dist.)	(1990), 43 B.C.L.R. (2d) 210	226
Ridge v. Baldwin	[1964] A.C. 40	590
Riggins v. Alberta (Workers' Compensation Board)	(1992), 5 Alta. L.R. (3d) 66	650
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	252, 704, 750, 839
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1994] 1 R.C.S. 311	387
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1994] 1 S.C.R. 311	387
Robb v. Green	[1895] 2 Q.B. 1	193
Robin v. Collège de St-Boniface	(1984), 15 D.L.R. (4th) 198	802
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	530
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	530
Rogers v. Bank of Montreal	[1985] 4 W.W.R. 508	612
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	583
Ross v. Ross	(1995), 168 N.B.R. (2d) 147	440
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 S.C.R. 411	252
Royal National Agricultural and Industrial Association v. Chester	(1974), 3 A.L.R. 486	50
Royal North Shore Hospital v. Henderson	(1986), 7 N.S.W.L.R. 283	822, 851
Runnymede Iron & Steel Ltd. v. Rossen Engineering and Construction Co.	[1962] S.C.R. 26	300
Rutherford v. Swanson	[1993] 6 W.W.R. 126	592

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
S		
Saint-Laurent v. Hétu	[1994] R.J.Q. 69	351
Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co.	(1948), 65 R.P.C. 203	186
Santé Naturelle Ltée v. Produits de Nutrition Vitaform Inc.	(1985), 5 C.P.R. (3d) 548	184
Saraga v. The Queen	Que. Sup. Ct., No. 500-01-01624L-876, November 18, 1988	795
Sawridge Indian Band v. Canada	[1997] S.C.C.A. No. 430 (QL)	765
Scandinavian Trading Tanker Co AB v. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade	[1983] 2 All E.R. 763	291
Scarborough Community Legal Services v. The Queen	[1985] 2 F.C. 555	52
Schauenburg Industries Ltd. v. Borowski	(1979), 101 D.L.R. (3d) 701	192
Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)	[1987] 2 R.C.S. 289	238
Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)	[1987] 2 S.C.R. 289	238
Scottish Burial Reform and Cremation Society Ltd. v. Glasgow Corporation	[1968] A.C. 138	42, 105
Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)	[1969] 2 All E.R. 718	162
Seager v. Copydex Ltd.	[1967] 2 All E.R. 415	156
Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.	[1895] 1 Ch. 287	191
Siddall v. Siddall	(1994), 11 R.F.L. (4th) 325	254
Simon v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 387	404
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	685
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	685
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	365, 672
Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)	[1987] 2 C.F. 359	172
Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)	[1987] 2 F.C. 359	172
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	601
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549	775, 785
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal	[1987] 1 R.C.S. 711	635
Société Radio-Canada c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 339	593
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	462, 475, 605
Sprague v. Booth	(1908), 21 O.L.R. 637	295
State ex rel. North Pacific Lumber Co. v. Unis	579 P.2d 1291 (1978)	608
Stein c. «Kathy K» (Le navire)	[1976] 2 R.C.S. 802	239
Stein v. "Kathy K" (The Ship)	[1976] 2 S.C.R. 802	239
Stephenson Jordan & Harrison Ltd. v. MacDonald & Evans	(1951), 69 R.P.C. 10	190
Stewart v. Pettie	[1995] 1 S.C.R. 131	222
Stickney v. Keeble	[1915] A.C. 386	289
Stop the Violence . . . Face the Music Society v. The Queen	97 D.T.C. 5026	60
Story v. Story	(1989), 23 R.F.L. (3d) 225	445
Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton	[1983] 1 A.C. 444	283

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue	[1969] 2 Ex. C.R. 27	465
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	520

T

Tarasoff v. Regents of University of California	551 P.2d 334 (1976)	480
Tenax Steamship Co. v. The Brimnes (Owners)	[1975] Q.B. 929	280
Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd.	[1967] R.P.C. 375, aff'd [1960] R.P.C. 128	183
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	520
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	520
The King v. Assessors of the Town of Sunny Brae	[1952] 2 S.C.R. 76	41, 105
Theriault v. Theriault	(1994), 149 A.R. 210	251
Thibaudeau v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 627	520
Thompson Bros. (Const.) Ltd. v. Wetaskiwin (City)	(1997), 34 C.L.R. (2d) 197	645
Thompson v. County of Alameda	614 P.2d 728 (1980)	468, 481
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Research and Investigation, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	755
Thorson v. Jones	(1973), 38 D.L.R. (3d) 312	466
Tock v. St. John's Metropolitan Area Board	[1989] 2 S.C.R. 1181	215
Toronto Volgograd Committee v. M.N.R.	[1988] 3 F.C. 251	52
Treadwell v. Martin	(1976), 67 D.L.R. (3d) 493	179
Trueman v. Ripley	[1998] B.C.J. No. 2060 (QL)	849
Turner v. Ogden	(1787), 1 Cox 316, 29 E.R. 1183	41
Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.	(1996), 31 C.L.R. (2d) 210	645

U

United Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd.	[1968] 1 All E.R. 104	282, 308
United Horse-Shoe and Nail Co. v. Stewart	(1888), 13 App. Cas. 401	197
United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council	[1978] A.C. 904	179, 289, 307
United States v. Exxon Corp.	94 F.R.D. 246 (1981)	613
Upjohn Co. v. United States	449 U.S. 383 (1981)	602

V

Vance v. Peglar	(1996), 22 B.C.L.R. (3d) 251	837
Vancouver Regional FreeNet Assn. v. M.N.R.	[1996] 3 F.C. 880	40
Verdun c. Banque Toronto-Dominion	[1996] 3 R.C.S. 550	252
Verdun v. Toronto-Dominion Bank	[1996] 3 S.C.R. 550	252
Verge v. Somerville	[1924] A.C. 496	45, 105
Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493	521

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
W		
W. v. Egdell	[1990] 1 All E.R. 835	483
Wade v. C.N.R.	[1978] 1 S.C.R. 1064	221
Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	635
Watkins v. Olafson	[1989] 2 S.C.R. 750	116
Weatherall c. Canada (Procureur général)	[1993] 2 R.C.S. 872	523
Weatherall v. Canada (Attorney General)	[1993] 2 S.C.R. 872	523
West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. v. Saly	[1966] 1 W.L.R. 1485	284
Williams' Trustees v. Inland Revenue Commissioners	[1947] A.C. 447	48
Wood v. Grand Valley Railway Co.	(1915), 51 S.C.R. 283	197
Z		
Z Mark International Inc. v. Leng Novak Blais Inc.	(1996), 12 O.T.C. 33	179
Zeidan v. British Columbia	[1989] B.C.J. No. 598 (QL)	842
Zim Israel Navigation Co. v. Effy Shipping Corp. — The "Effy"	[1972] 1 Lloyd's Rep. 18	303

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

C

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8
s. 44(1)(d) 497
s. 58 497

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 7 652
s. 8 652
s. 15 ..... 10, 497

Charitable Uses Act, 1601 (Eng.), 43 Eliz. 1, c. 4
preamble 10

Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82
Rule 1 761

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46
s. 265(1) 330
s. 265(2) 330
s. 265(3) 330
s. 273.1 330
s. 273.2 330
s. 487(1)(b) 743
s. 530(1) 768
s. 530(4) 768
s. 686(1)(b) 768
s. 686(4) 330
s. 718.2e) 688

Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.)
s. 98 652

D

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)
s. 2(1) 242
s. 2(2) 242
s. 15.2(1) 420
s. 15.2(4) 420
s. 15.2(6) 420

PAGE

F

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128
s. 89(1) 420
s. 93(2)(a) 420
s. 93(2)(e) 420

I

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 149.1(1) "charitable foundation", "charitable organization" 10
s. 248(1) "registered charity" 10

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5
s. 88 393

L

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266
s. 6(4)(b) 808

N

Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1
s. 2 "traffic" 565
s. 4 565

Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041
s. 3(1) 565

Natural Resources Transfer Agreement
para. 12 393

P

Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6
s. 41(2)(j) 393

	PAGE
R	
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10	
s. 37	565
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74	
Rule 23	761
Rule 27	381
S	
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
s. 65	381
s. 65.1	381
T	
Treaty No. 6 (1876)	393

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charitable Uses Act, 1601 (Angl.), 43 Eliz. 1, ch. 4
préambule 10

Charte canadienne des droits et libertés
art. 7 652
art. 8 652
art. 15 ..... 10, 497

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46
art. 265(1) 330
art. 265(2) 330
art. 265(3) 330
art. 273.1 330
art. 273.2 330
art. 487(1)b) 743
art. 530(1) 768
art. 530(4) 768
art. 686(1)b) 768
art. 686(4) 330
art. 718.2e) 688

Convention sur le transfert des ressources naturelles
par. 12 393

Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82
règle 1 761

F

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128
art. 89(1) 420
art. 93(2)a) 420
art. 93(2)e) 420

PAGE

L

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266
art. 6(4)b) 808

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.)
art. 149.1(1) «fondation de bienfaisance», «œuvre de bienfaisance» 10
art. 248(1) «organisme de bienfaisance enregistré» 10

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26
art. 65 381
art. 65.1 381

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10
art. 37 565

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.)
art. 2(1) 242
art. 2(2) 242
art. 15.2(1) 420
art. 15.2(4) 420
art. 15.2(6) 420

Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.)
art. 98 652

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5
art. 88 393

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1
art. 2 «faire le trafic» 565
art. 4 565

PAGE

P

Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6
art. 41(2)j) 393

R

Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8
art. 44(1)d) 497
art. 58 497

Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., ch. 1041
art. 3(1) 565

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74
art. 23 761
art. 27 381

T

Traité nº 6 (1876) 393

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Alberta. Law Reform Institute. *Limitations*. Report No. 55. Edmonton: The Institute, 1989 840

Andrias, Richard T. "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7 *Crimimal Justice* 2 370

Annotation, "The Law of Options", [1930] 1 D.L.R. 1 286

Archard, David. *Sexual Consent*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1998 369

Bagambiire, Davies B. N. *Canadian Immigration and Refugee Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 122

Birks, Peter. "The Remedies for Abuse of Confidential Information", [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 460 160

Blackstone, William, Sir. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 4. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823 348

Blackstone, William, Sir. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book III. Oxford: Clarendon Press, 1770 348

Blom, Joost. "Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd." (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 80 631

Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984 366

Brett, Nathan. "Sexual Offenses and Consent" (1998), 11*Can. J. Law & Jur.* 69 348

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Limitations, Part 2: General*. Victoria: Queen's Printer, 1974 840

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8*. Vancouver: The Commission, 1990 842

British Columbia. *Professional Conduct Handbook*, revised May 31, 1998 486

Bromley, E. Blake. "Contemporary Philanthropy — Is the Legal Concept of "Charity" Any Longer Adequate?" In Donovan W. M. Waters, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts 1993*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, 59 51

Burt, Martha R. "Rape Myths and Acquaintance Rape". In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: Wiley, 1991, 26 370

Cairns, Elizabeth. *Charities: Law and Practice*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1997 62

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, February 1987 717

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule nº 62, 17 novembre 1994, p. 62:15 713

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. Rapport du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur la détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel. *Des responsabilités à assumer*, août 1988 717

Canada. Commissaire aux langues officielles. *L'utilisation équitable du français et de l'anglais devant les tribunaux au Canada*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, novembre 1995 798

Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: La Commission, février 1987 717

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 11. *Emprisonnement – Libération*. Ottawa: La Commission, 1975 716

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles: Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa: La Commission, 1996 720

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités*. Ottawa: La Commission, 1996 735

Canada. Commissioner of Official Languages. *The Equitable Use of English and French Before the Courts in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, November 1995 798

Canada. *Debates of the Senate*, vol. 135, No. 99, 1st Sess., 35th Parl., June 21, 1995, p. 1871 713

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1re sess., 35e lég., 20 septembre 1994, pp. 5871, 5873 712

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 2e sess., 26e lég., 16 novembre 1964, p. 10310 ... 556

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 1re sess., 33e lég., 6 mai 1986, p. 12999 789

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1re sess., 35e lég., 22 septembre 1994, p. 6028 713

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 3e sess., 30e lég., 2 mai 1978, p. 5087 790

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 26e lég., 10 août 1964, p. 6824 510

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 2e sess., 33e lég., 7 juillet 1988, p. 17220 790

Canada. *Débats du Sénat*, vol. 135, no 99, 1re sess., 35e lég., 21 juin 1995, p. 1871 713

Canada. Department of Justice. Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa: The Group, 1992 362

Canada. Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice. *Corrections Population Growth: First Report on Progress*. Fredericton: Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice, February 1997 715

Canada. *House of Commons Debates*, vol. IX, 1st sess., 33rd Parl., May 6, 1986, p. 12999 789

Canada. *House of Commons Debates*, vol. V, 3rd sess., 30th Parl., May 2, 1978, p. 5087 790

Canada. *House of Commons Debates*, vol. XIV, 2nd sess., 33rd Parl., July 7, 1988, p. 17220 790

Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, pp. 5871, 5873 712

Canada. *House of Commons Debates*, vol. IX, 2nd Sess., 26th Parl., November 16, 1964, p. 10122 556

Canada. *House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 35th Parl., September 22, 1994, p. 6028 713

Canada. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 26th Parl., August 10, 1964, p. 6636 510

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 62, November 17, 1994, p. 62:15 713

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General. Report of Standing Committee on Justice and Solicitor General on its Review of Sentencing, Conditional Release and Related Aspects of Corrections. *Taking Responsibility*, August 1988 717

PAGE

Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 11. *Imprisonment and Release.* Ottawa: The Commission, 1975 716

Canada. Ministère de la Justice. Groupe de travail fédéral-provincial-territorial des procureurs généraux sur l'égalité des sexes dans le système de justice canadien. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre.* Ottawa: Le Groupe, 1992 362

Canada. Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires. *Croissance de la population carcérale: Premier rapport d'étape.* Fredericton: Ministres responsables de la Justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires, février 1997 715

Canada. Revenu Canada. Bulletin d'interprétation IT-486R, «Transferts entre générations d'actions d'une corporation exploitant une petite entreprise», 31 décembre 1987 57

Canada. Revenue Canada. Interpretation Bulletin IT-486R, "Intergenerational Transfers of Shares of a Small Business Corporation", December 31, 1987 57

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada.* Ottawa: The Commission, 1996 720

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities.* Ottawa: The Commission, 1996 735

Canada. Solicitor General. Consolidated Report. *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act — Five Years Later.* Ottawa: Solicitor General, 1998 719

Canada. Solliciteur général. Rapport global. *Pour une société juste, paisible et sûre: La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Cinq ans plus tard.* Ottawa: Solliciteur général, 1998 719

Canada. Statistics Canada. "The Violence Against Women Survey", *The Daily*, catalogue No. 11-001E, November 18, 1993 361

Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Adult Correctional Services in Canada, 1995-96.* Ottawa: The Centre, March 1997 719

Canada. Statistics Canada. *Infomat: A Weekly Review*, February 27, 1998. "Prison population and costs", p. 5 715

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Services correctionnels pour adultes au Canada, 1995-1996.* Ottawa: Le Centre, mars 1997 719

Canada. Statistique Canada. *Infomat: Revue hebdomadaire*, 27 février 1998. «Population carcérale et les coûts connexes», p. 6 716

Canada. Statistique Canada. «L'enquête sur la violence envers les femmes», *Le Quotidien*, catalogue nº 11-001F, 18 novembre 1993 362

Canadian Corrections Association. *Indians and the Law.* Ottawa: Queen's Printer, 1967 720

Capper, David. "Damages for Breach of the Equitable Duty of Confidence" (1994), 14 *Legal Stud.* 313 177

Cholewinski, Ryszard. "State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?" (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344 788

Choo, Andrew L.-T. *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings.* Oxford: Clarendon Press, 1993 598

Concise Oxford Dictionary, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "conducive", "incidental" 88

Concise Oxford Dictionary, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "secrete" 670

Cook, Rebecca J. "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" (1990), 30 *Va. J. Int'l L.* 643 362

Cozzillio, Michael J. "The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable" (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491 286

Cullity, Maurice C. "The Myth of Charitable Activities" (1990), 10 *Est. & Tr. J.* 7 56

Davies, J. D. «Duties of Confidence and Loyalty», [1990] *Lloyd's Mar. & Com. L.Q.* 4 160

Di Castri, Victor. *The Law of Vendor and Purchaser*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated July 1998, release 3) 286

Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. London: MacMillan & Co., 1927 583

Diduck, Alison. "*Carignan v. Carignan*: When is a Father not a Father? Another Historical Perspective" (1990), 19 *Man. L.J.* 580 251

Drache, Arthur B. C. *Canadian Taxation of Charities and Donations*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated October 1997, supplement 1997-1) 87

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983 720

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994 704

Estrich, Susan. "Rape" (1986), 95 *Yale L.J.* 1087 375

Farquhar, Keith B. "Termination of the *In Loco Parentis* Obligation of Child Support" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 99 256

Fridman, G. H. L. "Charities and Public Benefit" (1953), 31 *Can. Bar Rev.* 537 135

Fridman, G. H. L. "Tendering Problems" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 582 631

Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 636

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. I. Toronto: Carswell, 1989 236

Goldsmith, Immanuel. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. By Immanuel Goldsmith and Thomas G. Heintzman. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 1998, release 2) 642

Greaney, Gail M. Note, "Crossing the Constitutional Line: Due Process and the Law Enforcement Justification" (1992) 67 *Notre Dame L. Rev.* 745 594

Great Britain. Law Commission. *Breach of Confidence: Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commission Act 1965*. Law Com. No. 110, Cmnd. 8388. London: H.M.S.O., 1981 174

Great Britain. Law Commission. Working Paper No. 58. *Breach of Confidence*. London: H.M.S.O., 1974 162

Gurry, Francis. *Breach of Confidence*. Oxford: Clarendon Press, 1984 165

Halsbury's Laws of England, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). London: Butterworths, 1998 ..... 293, 306

Halsbury's Laws of England, vol. 36, 4th ed. London: Butterworths, 1981 611

Jackson, Michael. "In Search of the Pathways to Justice: Alternative Dispute Resolution in Aboriginal Communities", (1992) *U.B.C. L. Rev.* (Special Edition) 147 726

Jackson, Michael. "Locking Up Natives in Canada" (1988-89), 23 *U.B.C. L. Rev.* 215 719

Jones, Gareth. *History of the Law of Charity 1532-1827*. London: Cambridge University Press, 1969 41

Jones, Peter. "Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80 788

Jowitt's Dictionary of English Law, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977 388

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 221

Kwochka, Daniel. "Aboriginal Injustice: Making Room for a Restorative Paradigm" (1996), 60 *Sask. L. Rev.* 153 711

Legate, Barbara. "Limitation Periods in Medical Negligence Actions Post-*Peixeiro*" (1998), 20 *Advocates' Q.* 326 849

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997 220

MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989 370

PAGE

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991 720

Martin, Craig. "Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law" (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 135 439

McCamus, John D. «Equitable Compensation and Restitutionary Remedies: Recent Developments». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1995: Law of Remedies: Principles and Proofs*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, 295 178

McInnes, J., and Christine Boyle. "Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341 378

McLeod, James G. Annotation on *Primeau v. Primeau* (1986), 2 R.F.L. (3d) 114 262

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, including the negotiations on which they were based, and other information relating thereto*. Facsim. reprint of the 1880 ed. Saskatoon: Fifth House Publishers, 1991 398

Naffine, Ngaire. "Possession: Erotic Love in the Law of Rape" (1994), 57 *Mod. L. Rev.* 10 370

Nations Unies. Assemblée générale. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Onzième session, 1992. Recommandation générale nº 19, Rés. A.G. 34/180, Doc. N.U. A/47/48 (1979) 363

Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, Rés. A.G. 48/104, Doc. N.U. A/48/49 (1993) 364

New South Wales. Law Reform Commission. *Report of the Law Reform Commission being the First Report on the Limitation of Actions*. Sydney, N.S.W.: V.C.N. Blight, Government Printer, 1967 850

North, P. M. "Breach of Confidence: Is There a New Tort?" (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 149 173

Note, "The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges" (1964), 77 *Harv. L. Rev.* 730 ..... 468, 607

Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1996, «dissimuler» 670

Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1996, «accessoire», «propre» 88

Nozick, R. S. Comment on *The Province of Ontario and The Water Resources Commission v. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.* (S.C.C.) (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 345 631

Oestreich, Joel E. "Liberal Theory and Minority Group Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108 788

Ontario. Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*. Toronto: Barreau du Haut-Canada, 1998 486

Ontario. Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Report on the Law of Charities*. Toronto: La Commission, 1997 117

Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *Report*, vol. 1. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998 753

Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Rapport*, t. 1. Toronto: Ministère du Procureur général de l'Ontario, 1998 753

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Charities*. Toronto: The Commission, 1997 117

Ontario. Law Society of Upper Canada. *Professional Conduct Handbook*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 1998 486

Payne on Divorce, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 ..... 259, 436

Pelletier, Benoît. «Bilan des droits linguistiques au Canada» (1995), 55 *R. du B.* 611 788

Perell, Paul M. "Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 1 286

Perell, Paul M. "Putting Together the Puzzle of Time of the Essence" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 417 297

Quigley, Tim. "Some Issues in Sentencing of Aboriginal Offenders". In *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice.* Compiled by Richard Gosse, James Youngblood and Roger Carter. Saskatoon: Purich Publishing, 1994. 724

Renner, K. Edward, Christine Alksnis and Laura Park. "The Standard of Social Justice as a Research Process" (1997), 38 *Can. Psychology* 91 376

Restatement (Third) of Unfair Competition: As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 11, 1993, c. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute, 1995 194

Restatement of the Law Third, The Law Governing Lawyers, § 124 (Proposed Final Draft No. 1, 1996) 604

Riddell, Alan. «À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80» (1988), 29 *C. de D.* 829 790

Rogerson, Carol J. "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 155 434

Rogerson, Carol J. "Spousal Support After *Moge*" (1996-97), 14 *C.F.L.Q.* 281 434

Schmeiser, Douglas A. *La délinquance chez les autochtones et la loi*, préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa: La Commission, 1974 720

Schmeiser, Douglas A. *The Native Offender and the Law*, prepared for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: The Commission, 1974 720

Scott, F. R. *Civil Liberties & Canadian Federalism.* The Plaunt Lectures, Carleton University, 1959. Toronto: University of Toronto Press, 1959 583

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 1998, release 6) 189

Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741 ..... 350, 372

Smith, David W. "Tax appeal procedure for charities needs improving". In *The National*, vol. 12, No. 4, April 1985, p. 21 59

Société canadienne de criminologie. *Les Indiens et la loi.* Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1967 720

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada.* Toronto: Butterworths, 1992 542

Stuart, Don. Annotation on *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 330 348

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995 363

Swan, John. Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* (1981), 15 *U.B.C. L. Rev.* 447 631

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995 281

Tsaknis, Leo. "The Jurisdictional Basis, Elements, and Remedies in the Action for Breach of Confidence — Uncertainty Abounds" (1993), 5 *Bond L. Rev.* 18 179

Tudor on Charities, 8th ed. By Jean Warburton. London: Sweet & Maxwell, 1995 120

United Kingdom. Scottish Law Commission. *Family Law: Report on Aliment and Financial Provision.* Edinburgh: H.M.S.O., 1981 447

United Nations. General Assembly. Committee on the Elimination of Discrimination against Women. Eleventh Session, 1992. General Recommendation No. 19, G.A. Res. 34/180, U.N. Doc. A/47/48 (1979) 363

United Nations. General Assembly. *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, G.A. Res. 48/104, U.N. Doc. A/48/49 (1993) 364

United States. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Bulletin. *Prison and Jail Inmates at Midyear 1998*, by Darrell K. Gilliard, March 1999 715

PAGE

United States. Department of the Treasury. Internal Revenue Service. Cumulative Bulletin 1976-1, Rev. Rul. 76-205, p. 154 ..... 72, 127

United States. The Sentencing Project. *Americans Behind Bars: U.S. and International Use of Incarceration, 1995*, by Marc Mauer. Washington: The Sentencing Project, June 1997 715

Waddams, S. M. *Le droit des contrats*, vol. 1. Vanier, Ont.: Centre franco-ontarien de ressources pédagogiques, 1992 631

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 ..... 281, 631

Waters, Donovan W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984 103

Weinrib, Arnold S. "Information and Property" (1988), 38 *U.T.L.J.* 117 168

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961 601

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983 351

Wilson, Bertha. "Will Women Judges Really Make a Difference?" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 507 376

World Intellectual Property Guidebook: Canada. By Milan Chromecek and Stuart C. McCormack; general editor, Donald S. Chisum. New York: M. Bender, 1991 172

The Attorney General of Canada *Appellant*

v.

CanadianOxy Chemicals Ltd., CanadianOxy Industrial Chemicals Limited Partnership and Canadian Occidental Petroleum Ltd. *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: CANADIANOXY CHEMICALS LTD. *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 25944.

Hearing and judgment: December 10, 1998.

Reasons delivered: April 23, 1999.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Search and seizure — Search warrants — Criminal Code authorizing issuance of warrants to search for "evidence with respect to the commission of an offence" — Whether provision authorizes granting of warrants to search for and seize evidence of negligence going to defence of due diligence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487(1)(b).

A plant operated by the respondents discharged a quantity of chlorine into the adjacent waters, killing a number of fish. This incident occurred during a power outage at the plant, which resulted from a power line being struck by a tree. The respondents reported the discharge to the authorities and an investigation followed. Five months after the discharge, a fishery officer swore an information and obtained a warrant to search the plant for a range of documents. He later obtained an order for a new warrant to reseize several items which had been returned and which were relevant to the investigation. The respondents were charged with offences under the *Fisheries Act* and the *Waste Management Act*.

Le procureur général du Canada *Appelant*

c.

CanadianOxy Chemicals Ltd., CanadianOxy Industrial Chemicals Limited Partnership et Canadian Occidental Petroleum Ltd. *Intimées*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: CANADIANOXY CHEMICALS LTD. *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 25944.

Audition et jugement: 10 décembre 1998.

Motifs déposés: 23 avril 1999.

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

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

Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Mandats de perquisition — Délivrance des mandats de perquisition autorisée par le Code criminel en vue de rechercher des éléments de «preuve touchant la commission d'une infraction» — La disposition législative autorise-t-elle la délivrance des mandats de perquisition pour rechercher en vue de les saisir des preuves de négligence se rapportant à la défense de diligence raisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)b).

Une usine exploitée par les intimées a rejeté du chlore dans un cours d'eau adjacent, ce qui a provoqué la mort d'un certain nombre de poissons. L'incident s'est produit pendant une panne d'électricité à l'usine causée par un arbre qui a heurté une ligne d'alimentation en électricité. Les intimées ont signalé le rejet aux autorités et une enquête a été ouverte. Cinq mois après le rejet, un agent des pêches a fait une dénonciation sous serment et a obtenu un mandat pour faire une perquisition à l'usine afin d'y rechercher différents documents. Il a obtenu par la suite un nouveau mandat pour saisir à nouveau plusieurs pièces qui avaient été remises et qui étaient pertinentes relativement à l'enquête. Les intimées ont été

They subsequently brought a motion to quash the warrants, alleging that s. 487(1) of the *Criminal Code*, which provides for the issuance of search warrants pertaining to "evidence with respect to the commission of an offence", had been exceeded. The chambers judge ruled that the documents seized pertaining to the issue of due diligence were not documents with respect to the commission of this particular offence and quashed both warrants. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the ruling.

Held: The appeal should be allowed.

Statutory provisions should be read to give the words their most obvious ordinary meaning which accords with the context and purpose of the enactment in which they occur. On a plain reading, the phrase "evidence with respect to the commission of an offence" is a broad statement, encompassing all materials which might shed light on the circumstances of an event which appears to constitute an offence. Anything relevant or rationally connected to the incident under investigation, the parties involved, and their potential culpability falls within the scope of the warrant. It can be assumed that Parliament chose not to limit s. 487(1) to evidence establishing an element of the Crown's *prima facie* case. To conclude otherwise would effectively delete the phrase "with respect to" from the section. While s. 487(1) is broad enough to authorize the search in question even absent this phrase, the inclusion of these words plainly supports the validity of these warrants. Although s. 487(1) is part of the *Criminal Code*, and may occasion significant invasions of privacy, the public interest requires prompt and thorough investigation of potential offences. It is with respect to that interest that all relevant information and evidence should be located and preserved as soon as possible. This interpretation accords with the purposes underlying the *Criminal Code* and the demands of a fair and expeditious administration of justice. Furthermore, denying the Crown the ability to gather evidence in anticipation of a defence would have serious consequences on the functioning of our justice system. While the broad powers contained in s. 487(1) do not authorize investigative fishing expeditions, nor do they diminish the proper privacy interests of individuals or corporations, in this case the specific terms of the warrant were not at issue, as the respondents challenged only the underlying authority to grant warrants for the purpose of investigating the presence of negligence. Both a plain reading of the relevant section and consideration of the role and obligations of state investi-

accusées d'infractions à la *Loi sur les pêches* et à la *Waste Management Act*. Elles ont par la suite présenté une requête en annulation des mandats en faisant valoir que l'on avait outrepassé les limites du par. 487(1) du *Code criminel*, qui prévoit la délivrance de mandats de perquisition relativement à des éléments de «preuve touchant la commission d'une infraction». Le juge en chambre a statué que les documents saisis relativement à la question de la diligence raisonnable n'étaient pas des documents touchant la commission de l'infraction reprochée et il a annulé les deux mandats. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont maintenu la décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner aux mots leur sens ordinaire le plus évident qui s'harmonise avec le contexte et l'objet visé par la loi dans laquelle ils sont employés. D'après son sens ordinaire, l'expression «preuve touchant la commission d'une infraction» est compréhensive et englobe tous les éléments qui pourraient jeter la lumière sur les circonstances d'un événement qui paraît constituer une infraction. Est visé par le mandat tout ce qui a trait ou se rapporte logiquement à l'incident faisant l'objet de l'enquête, aux parties en cause et à leur culpabilité éventuelle. Nous pouvons présumer que le législateur a décidé de ne pas limiter le par. 487(1) à la preuve établissant un élément faisant partie de la preuve *prima facie* du ministère public. Parvenir à une autre conclusion reviendrait en réalité à retrancher le mot «touchant» de la disposition. Même amputé de ce mot, le par. 487(1) est suffisamment large pour autoriser la perquisition dont il est question, mais son insertion dans la disposition appuie manifestement la validité de ces mandats. Bien que le par. 487(1) fasse partie du *Code criminel* et puisse occasionner des atteintes importantes à la vie privée, l'intérêt public commande qu'une enquête prompte et approfondie soit menée s'il y a possibilité d'infraction. C'est par rapport à cet intérêt que tous les renseignements et éléments de preuve pertinents doivent être trouvés et conservés le plus rapidement possible. Cette interprétation est compatible avec les objets qui sous-tendent le *Code criminel* et les exigences d'une administration de la justice prompte et équitable. De plus, refuser d'admettre que le ministère public peut rassembler des éléments de preuve en prévision de la présentation d'un moyen de défense aurait des conséquences graves sur le fonctionnement de notre système de justice. Bien que les pouvoirs étendus qui sont visés au par. 487(1) n'autorisent pas les recherches à l'aveuglette dans le cadre d'une enquête et ne diminuent pas le droit légitime à la vie privée des personnes physiques ou

gators support the conclusion that s. 487(1) authorized the granting of the warrants in question.

morales, dans la présente affaire, les modalités précises du mandat n'étaient pas en jeu, puisque les intimées ont uniquement contesté le pouvoir fondamental de décerner des mandats en vue de faire enquête sur l'existence d'une négligence. Le sens ordinaire de la disposition pertinente et la prise en compte du rôle et des obligations des enquêteurs de l'État appuient la conclusion que le par. 487(1) autorisait la délivrance des mandats en cause.

Cases Cited

Referred to: *Re Domtar Inc.* (1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 106; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Re Church of Scientology and the Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Re Domtar Inc.* (1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 106; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Re Church of Scientology and the Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487(1)(*b*) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 68; am. 1994, c. 44, s. 36].
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 36(3), 40(2).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Waste Management Act, S.B.C. 1982, c. 41, ss. 3(1.1) [ad. 1985, c. 52, s. 96], 34(3).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)*b*) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 68; mod. 1994, ch. 44, art. 36].
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 36(3), 40(2).
Waste Management Act, S.B.C. 1982, ch. 41, art. 3(1.1) [aj. 1985, ch. 52, art. 96], 34(3).

Authors Cited

Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *Report*, vol. 1. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998.

Doctrine citée

Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Rapport*, t. 1. Toronto: Ministère du Procureur général de l'Ontario, 1998.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 145 D.L.R. (4th) 427, 90 B.C.A.C. 126, 147 W.A.C. 126, 114 C.C.C. (3d) 537, [1997] B.C.J. No. 724 (QL), affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1996), 138 D.L.R. (4th) 104, 108 C.C.C. (3d) 497, [1996] B.C.J. No. 1482 (QL), quashing certain search warrants. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 145 D.L.R. (4th) 427, 90 B.C.A.C. 126, 147 W.A.C. 126, 114 C.C.C. (3d) 537, [1997] B.C.J. No. 724 (QL), qui a confirmé une décision rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1996), 138 D.L.R. (4th) 104, 108 C.C.C. (3d) 497, [1996] B.C.J. No. 1482 (QL), annulant certains mandats de perquisition. Pourvoi accueilli.

S. David Frankel, Q.C., and *Kenneth Yule*, for the appellant.

Gary A. Letcher, *Jonathan S. McLean* and *Eric B. Miller*, for the respondents.

Michal Fairburn, for the intervener

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — This appeal raises the question of whether search warrants issued under s. 487(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, authorize investigators to search for and seize evidence of negligence in the investigation of strict liability offences. At the conclusion of argument the question was answered in the affirmative and the appeal was allowed with reasons to follow.

I. Facts

2 On October 13, 1994 a chlor-alkali plant operated by the respondents (collectively referred to as "CanadianOxy") in North Vancouver, British Columbia discharged a quantity of chlorine into the waters of Burrard Inlet, killing a number of fish. This incident occurred during a three and a half hour power outage at the plant, as a result of one of two B.C. Hydro 60 kV power lines servicing the plant being struck by a tree.

3 The company reported the discharge to the authorities and an investigation by the Department of Fisheries and Oceans followed. Fishery Officer Robert Tompkins went to the plant that night, spoke with the Plant Chemist, and seized a number of documents. He also seized samples of dead fish recovered in the vicinity of the plant by the Harbour Master's patrol vessel. He advised the Plant Manager that he had reasonable grounds to believe that an offence had been committed under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

S. David Frankel, c.r., et *Kenneth Yule*, pour l'appelant.

Gary A. Letcher, *Jonathan S. McLean* et *Eric B. Miller*, pour les intimées.

Michal Fairburn, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les mandats de perquisition décernés en vertu de l'al. 487(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, autorisent les enquêteurs à rechercher en vue de les saisir des preuves de négligence dans le cadre d'une enquête sur des infractions de responsabilité stricte. À la clôture des débats, il a été répondu à cette question par l'affirmative et le pourvoi a été accueilli, avec motifs à suivre.

I. Les faits

Le 13 octobre 1994, une usine de fabrication de chlore et de soude caustique exploitée par les intimées (collectivement appelées «CanadianOxy») à North Vancouver (Colombie-Britannique) a rejeté du chlore dans les eaux du bras de mer Burrard, ce qui a provoqué la mort de nombreux poissons. L'incident s'est produit pendant une panne d'électricité de trois heures et demie à l'usine, causée par un arbre qui a heurté l'une des deux lignes d'alimentation en électricité de 60 kV de B.C. Hydro desservant l'usine.

L'entreprise a signalé le rejet aux autorités et une enquête a été ouverte par le ministère des Pêches et des Océans. S'étant rendu à l'usine le soir même, l'agent des pêches Robert Tompkins a parlé avec le chimiste de l'usine et il a saisi un certain nombre de documents. Il a également saisi des échantillons de poissons morts que le patrouilleur du directeur de port avait trouvés à proximité de l'usine. Il a informé le directeur de l'usine qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, avait été commise.

Over a short time Tompkins made three further visits to the plant, formally interviewed the Plant Chemist, was shown the valve which the company had identified as the cause of the discharge and was provided with certain documents. His request to interview additional employees was refused.

Tompkins subsequently made a written request to CanadianOxy's counsel for additional technical information believed relevant for Environment Canada's Pollution Abatement Division to assess whether the discharge had been preventable. Only a few of these questions were answered.

On March 16, 1995, five months after the discharge, Tompkins swore an information and obtained a warrant to search the respondents' plant for a range of documents relating to process records, plant maintenance, employee training, discipline, and general plant operations. In the information, Tompkins described the reasons for seeking this information:

> The business records . . . are required to establish and prove that CanadianOxy Chemicals Ltd. . . . operate a chlor-alkali plant that discharges effluent to the waters of Burrard Inlet near North Vancouver, B.C., that the release of effluent with a chlorine concentration exceeding 10 ppm, which I know would be acutely lethal to fish, occurred on October 13, 1994, and that the company could have taken additional reasonable measures to prevent the release of a deleterious substance into water frequented by fish . . . .
>
> . . . I have reasonable grounds to believe that correspondence had been generated by company personnel in January 1994, and that maintenance was performed in March 1994, and again in October 1994, and that the company conducted their own investigation, prepared reports, and provided information regarding the incident until February 1995. . . .
>
> It is necessary to examine effluent discharge records, effluent water quality sampling and analysis records, mechanical and instrument maintenance records, environmental control records, instrument calibration records and flow rate calculation records covering an extended period of time before and after October 13,

Sur une courte période, Tompkins s'est rendu à l'usine à trois autres reprises. Il a interrogé officiellement le chimiste de l'usine, il s'est fait montrer la valve que l'entreprise considérait comme la cause du rejet, et il s'est fait remettre certains documents. Il a demandé à rencontrer d'autres employés, ce qui lui a été refusé. 4

Tompkins a par la suite demandé par écrit à l'avocat de CanadianOxy d'autres renseignements techniques jugés utiles par la Direction de la dépollution d'Environnement Canada pour évaluer si le rejet aurait pu être évité. Seulement quelques questions ont fait l'objet d'une réponse. 5

Le 16 mars 1995, cinq mois après le rejet, Tompkins a fait une dénonciation sous serment et a obtenu un mandat pour faire une perquisition à l'usine des intimées afin d'y rechercher différents documents concernant les dossiers de fabrication, l'entretien de l'usine, la formation des employés, la discipline et les opérations générales de l'usine. Dans la dénonciation, Tompkins exposait les motifs de sa recherche de renseignements: 6

> [TRADUCTION] Les dossiers de l'entreprise [. . .] sont nécessaires pour prouver que CanadianOxy Chemicals Ltd. [. . .] exploite une usine de fabrication de chlore et de soude caustique qui rejette des effluents dans les eaux du bras de mer Burrard près de North Vancouver (C.-B.), qu'un rejet d'effluents ayant une concentration de chlore supérieure à 10 ppm, que je sais être extrêmement mortelle pour les poissons, s'est produit le 13 octobre 1994 et que l'entreprise aurait pu prendre des mesures raisonnables supplémentaires pour empêcher le rejet d'une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons . . .
>
> . . . J'ai des motifs raisonnables de croire que des lettres ont été envoyées par des employés de l'entreprise en janvier 1994 et que des travaux d'entretien ont été effectués en mars 1994, et à nouveau en octobre 1994, et que l'entreprise a mené sa propre enquête, a rédigé des rapports et a fourni des renseignements concernant l'incident jusqu'en février 1995 . . .
>
> Il est nécessaire d'examiner les registres de rejet d'effluents, les registres d'échantillonnage et d'analyse de la qualité des effluents, les registres d'entretien des instruments et d'entretien mécanique, les registres de contrôle de l'environnement, les registres de calibrage des instruments et les registres de calcul du débit sur une période

1994. This will . . . permit analysis of the maintenance programs undertaken by CanadianOxy Chemicals Ltd.

It is necessary to examine company personnel records covering the period between January 1, 1994 and February 28, 1995 . . . to determine if any company employees have been disciplined in any manner as a result of this incident. . . .

7 The warrant was executed on March 17, 1995. In total 139 items were seized pursuant to the warrant, and 73 additional items were seized under the investigators' understanding of the "plain view" doctrine. Following the search, Tompkins learned by coincidence of an adverse ruling by a British Columbia Provincial Court judge on the validity of a similar seizure in an unrelated case. As a result, he sought legal advice with respect to a number of the items taken.

8 On April 26, 1995, Tompkins made two applications to a Justice of the Peace, one for an order to return the documents which had been improperly seized under the first warrant, and the second for a new warrant to re-seize 13 of the items returned which were relevant to the investigation. These orders were granted and executed the same day.

9 On June 15, 1995 the respondents were charged with:

(a) depositing, or permitting the deposit, of a deleterious substance in waters frequented by fish, contrary to ss. 36(3) and 40(2) of the *Fisheries Act*; and

(b) introducing, or causing or allowing the introduction of waste into the environment, contrary to ss. 3(1.1) and 34(3) of the *Waste Management Act*, S.B.C. 1982, c. 41 (now R.S.B.C. 1996, c. 482).

10 The respondents subsequently brought a motion to quash the warrants alleging that s. 487(1) of the *Criminal Code* had been exceeded. The warrants

prolongée avant et après le 13 octobre 1994. Cet examen [. . .] permettra d'analyser les programmes d'entretien de CanadianOxy Chemicals Ltd.

Il est nécessaire d'examiner les dossiers du personnel de l'entreprise concernant la période allant du 1er janvier 1994 au 28 février 1995 [. . .] pour décider si des employés de l'entreprise ont fait l'objet de mesures disciplinaires à la suite de cet incident. . . .

Le mandat a été exécuté le 17 mars 1995. Au total, les enquêteurs ont saisi 139 pièces en application du mandat et 73 autres en s'appuyant sur leur interprétation de la théorie des «objets bien en vue». Après la perquisition, Tompkins a appris par hasard qu'un juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique avait déclaré invalide une saisie similaire dans une autre affaire. Il a donc consulté un avocat relativement à un certain nombre des pièces saisies.

Le 26 avril 1995, Tompkins a présenté deux demandes à un juge de paix, l'une en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant de remettre les documents qui avaient été saisis irrégulièrement en vertu du premier mandat et l'autre en vue d'obtenir un nouveau mandat pour saisir à nouveau 13 des pièces remises qui étaient pertinentes relativement à l'enquête. Ces ordonnances ont été prononcées et exécutées le même jour.

Le 15 juin 1995, les intimées ont été accusées:

a) d'avoir immergé ou rejeté une substance nocive — ou d'en avoir permis l'immersion ou le rejet — dans des eaux où vivent des poissons, en contravention des par. 36(3) et 40(2) de la *Loi sur les pêches*;

b) d'avoir introduit des déchets dans l'environnement — ou d'en avoir causé ou permis l'introduction —, en contravention des par. 3(1.1) et 34(3) de la *Waste Management Act*, S.B.C. 1982, ch. 41 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 482).

Les intimées ont par la suite présenté une requête en annulation des mandats en faisant valoir que les limites du par. 487(1) du *Code criminel*

were broad enough to authorize a search for evidence of negligence which if found would negate a defence of due diligence.

II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1996), 138 D.L.R. (4th) 104

Sigurdson J. felt bound by *Re Domtar Inc.* (1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 106 (B.C.S.C.), which held that a s. 487 warrant could not be used to search for and seize evidence of negligence going to the defence of due diligence. As a result, he ruled that the documents seized pertaining to the issue of due diligence were not documents with respect to the commission of this particular offence and quashed both warrants.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 145 D.L.R. (4th) 427

In dismissing the appeal, Goldie J.A. (Carrothers J.A. concurring) held that the appellant had failed to demonstrate on any reasonable construction that s. 487(1)(*b*) authorizes the issuance of a warrant that includes a search for evidence with respect to due diligence in a regulatory offence. In dissent, Southin J.A. concluded that a warrant can issue upon proper evidence to search for and seize things relating to the question of due diligence.

III. Analysis

At issue is whether search warrants issued pursuant to s. 487(1) of the *Criminal Code* are limited only to evidence relevant to an element of the offence which is part of the Crown's *prima facie* case, or whether such warrants encompass evidence that may relate to potential defences, such as due diligence, which may or may not be raised at

avaient été outrepassées. La portée des mandats était assez large pour autoriser une perquisition pour rechercher des preuves de négligence qui, si elles étaient trouvées, feraient échouer une défense fondée sur la diligence raisonnable.

II. L'historique judiciaire

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1996), 138 D.L.R. (4th) 104

Le juge Sigurdson a estimé qu'il était lié par l'arrêt *Re Domtar Inc.* (1995), 18 C.E.L.R. (N.S.) 106 (C.S.C.-B.), statuant qu'un mandat décerné en vertu de l'art. 487 ne pouvait pas être utilisé pour effectuer une perquisition en vue de saisir des preuves de négligence se rapportant à la défense fondée sur la diligence raisonnable. Il a donc statué que les documents saisis relativement à la question de la diligence raisonnable n'étaient pas des documents touchant la commission de l'infraction reprochée, et il a annulé les deux mandats. 11

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 145 D.L.R. (4th) 427

Pour rejeter l'appel, le juge Goldie de la Cour d'appel (avec l'appui du juge Carrothers) a statué que l'appelant n'avait pas établi, selon une interprétation raisonnable, que l'al. 487(1)*b*) autorisait la délivrance d'un mandat permettant notamment d'effectuer une perquisition pour rechercher des éléments de preuve touchant la diligence raisonnable dans le contexte d'une infraction réglementaire. Dans ses motifs dissidents, le juge Southin a conclu qu'un mandat pouvait, sur la foi d'éléments de preuve suffisants, être décerné pour effectuer une perquisition et saisir des choses se rapportant à la question de la diligence raisonnable. 12

III. Analyse

La question litigieuse est de savoir si les mandats de perquisition décernés en vertu du par. 487(1) du *Code criminel* se limitent uniquement à la preuve se rapportant à un élément de l'infraction faisant partie de la preuve *prima facie* du ministère public, ou s'ils visent la preuve pouvant se rapporter à des moyens de défense 13

the trial. The relevant section of the *Code* provides:

> **487.** (1) A justice who is satisfied by information on oath in Form 1 that there are reasonable grounds to believe that there is in a building, receptacle or place
>
> . . .
>
> (*b*) anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence, or will reveal the whereabouts of a person who is believed to have committed an offence, against this Act or any other Act of Parliament,
>
> . . .
>
> may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer
>
> (*d*) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it . . . [Emphasis added.]

14 Statutory provisions should be read to give the words their most obvious ordinary meaning which accords with the context and purpose of the enactment in which they occur; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21-22. It is only when genuine ambiguity arises between two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute, that the courts need to resort to external interpretive aids. In our opinion there is no such ambiguity in s. 487(1).

A. *The Ordinary Meaning of the Words*

15 On a plain reading, the phrase "evidence with respect to the commission of an offence" is a broad statement, encompassing all materials which might shed light on the circumstances of an event which appears to constitute an offence. The natural and ordinary meaning of this phrase is that anything relevant or rationally connected to the incident under investigation, the parties involved, and their

possibles, telle la diligence raisonnable, qui peuvent être invoqués au procès ou non. La disposition pertinente du *Code* est ainsi conçue:

> **487.** (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment selon la formule 1, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, selon le cas:
>
> . . .
>
> *b*) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction ou révélera l'endroit où se trouve la personne qui est présumée avoir commis une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale;
>
> . . .
>
> peut à tout moment décerner un mandat sous son seing, autorisant une personne qui y est nommée ou un agent de la paix:
>
> *d*) d'une part, à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir;

Les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner aux mots leur sens ordinaire le plus évident qui s'harmonise avec le contexte et l'objet visé par la loi dans laquelle ils sont employés; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 21 et 22. C'est uniquement lorsque deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s'harmonisent chacune également avec l'intention du législateur, créent une ambiguïté véritable que les tribunaux doivent recourir à des moyens d'interprétation externes. Selon nous, le par. 487(1) ne contient pas semblable ambiguïté.

A. *Le sens ordinaire des mots*

D'après son sens ordinaire, l'expression «preuve touchant la commission d'une infraction» est compréhensive et englobe tous les éléments qui pourraient jeter la lumière sur les circonstances d'un événement qui paraît constituer une infraction. Selon le sens naturel et ordinaire de cette expression, est visé par le mandat tout ce qui a trait ou se rapporte logiquement à l'incident faisant

potential culpability falls within the scope of the warrant.

This reading is supported by Dickson J.'s interpretation of almost identical language in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39:

> The words "in respect of" are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as "in relation to", "with reference to" or "in connection with". The phrase "in respect of" is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters. [Emphasis added.]

We can assume that Parliament chose not to limit s. 487(1) to evidence establishing an element of the Crown's *prima facie* case. To conclude otherwise would effectively delete the phrase "with respect to" from the section. While s. 487(1) is broad enough to authorize the search in question even absent this phrase, the inclusion of these words plainly supports the validity of these warrants.

The respondents urged that s. 487(1) be given a restrictive reading in accordance with the principle that an ambiguous penal statute should be interpreted in a manner most favourable to an accused: see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 39. That argument was rejected as, in our opinion, this section is neither ambiguous, nor the type of penal provisions to which the rule should apply. Instead, s. 487 should be given a liberal and purposive interpretation; *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

While s. 487(1) is part of the *Criminal Code*, and may occasion significant invasions of privacy, the public interest requires prompt and thorough investigation of potential offences. It is with respect to that interest that all relevant information and evidence should be located and preserved as soon as possible. This interpretation accords with the purposes underlying the *Criminal Code* and the

l'objet de l'enquête, aux parties en cause et à leur culpabilité éventuelle.

Cette interprétation s'appuie sur le sens donné par le juge Dickson à une expression pratiquement identique dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 39: 16

> À mon avis, les mots «quant à» ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant», «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c'est probablement l'expression «quant à» qui est la plus large. [Je souligne.]

Nous pouvons présumer que le législateur a décidé de ne pas limiter le par. 487(1) à la preuve établissant un élément faisant partie de la preuve *prima facie* du ministère public. Parvenir à une autre conclusion reviendrait en réalité à retrancher le mot «touchant» de la disposition. Même amputé de ce mot, le par. 487(1) est suffisamment large pour autoriser la perquisition dont il est question, mais son insertion dans la disposition appuie manifestement la validité de ces mandats. 17

Les intimées soutiennent avec insistance que le par. 487(1) doit recevoir une interprétation restrictive conformément au principe voulant qu'une disposition pénale ambiguë soit interprétée de la façon qui favorisera le plus l'accusé: voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au par. 39. Nous avons rejeté cet argument parce que, selon nous, cette disposition n'est pas ambiguë et qu'il ne s'agit pas du type de dispositions pénales auquel ce principe doit s'appliquer. Il convient plutôt de donner à l'art. 487 une interprétation large et fondée sur l'objet visé; *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12. 18

Bien que le par. 487(1) fasse partie du *Code criminel* et puisse occasionner des atteintes importantes à la vie privée, l'intérêt public commande qu'une enquête prompte et approfondie soit menée s'il y a possibilité d'infraction. C'est par rapport à cet intérêt que tous les renseignements et éléments de preuve pertinents doivent être trouvés et conservés le plus rapidement possible. Cette interpré- 19

demands of a fair and expeditious administration of justice.

B. *Purpose of the Search Warrant Provisions of the Criminal Code*

20 A primary, though not exclusive, purpose of the *Criminal Code*, and penal statutes in general, is to promote a safe, peaceful and honest society. This is achieved by providing guidelines prohibiting unacceptable conduct, and providing for the just prosecution and punishment of those who transgress these norms. The prompt and comprehensive investigation of potential offences is essential to fulfilling that purpose. The point of the investigative phase is to gather all the relevant evidence in order to allow a responsible and informed decision to be made as to whether charges should be laid.

21 At the investigative stage the authorities are charged with determining the following: What happened? Who did it? Is the conduct criminally culpable behaviour? Search warrants are a staple investigative tool for answering those questions, and the section authorizing their issuance must be interpreted in that light.

22 The purpose of s. 487(1) is to allow the investigators to unearth and preserve as much relevant evidence as possible. To ensure that the authorities are able to perform their appointed functions properly they should be able to locate, examine and preserve all the evidence relevant to events which may have given rise to criminal liability. It is not the role of the police to investigate and decide whether the essential elements of an offence are made out — that decision is the role of the courts. The function of the police, and other peace officers, is to investigate incidents which might be criminal, make a conscientious and informed decision as to whether charges should be laid, and then present the full and unadulterated facts to the prosecutorial authorities. To that end an unnecessary and restrictive interpretation of s. 487(1) defeats its purpose. See *Re Church of Scientology*

tation est compatible avec les objets qui sous-tendent le *Code criminel* et les exigences d'une administration de la justice prompte et équitable.

B. *Objet des dispositions relatives au mandat de perquisition du Code criminel*

Le *Code criminel*, et les dispositions pénales en général, visent principalement, mais non exclusivement, à favoriser une société pacifique et intègre qui soit sûre. En vue de réaliser cet objectif, des lignes directrices interdisent les agissements inacceptables et prescrivent la poursuite et le châtiment justes de ceux qui transgressent ces normes. S'il y a possibilité d'infraction, une enquête prompte et approfondie est essentielle pour atteindre ce but. L'enquête vise à rassembler tous les éléments de preuve pertinents de manière à permettre une prise de décision judicieuse et éclairée sur l'opportunité de porter des accusations.

Au stade de l'enquête, il incombe aux autorités de trancher les points suivants: Que s'est-il passé? Qui est responsable? La conduite reprochée est-elle un comportement susceptible d'engager la responsabilité criminelle? Le mandat de perquisition est un instrument d'enquête de base qui permet de répondre à ces questions, et la disposition qui en autorise la délivrance doit être interprétée sous cet angle.

Le paragraphe 487(1) vise à permettre aux enquêteurs de découvrir et de conserver le plus d'éléments de preuve pertinents possible. Pour être en mesure d'exercer convenablement les fonctions qui leur ont été confiées, les autorités doivent pouvoir découvrir, examiner et conserver tous les éléments de preuve se rapportant à des événements susceptibles de donner lieu à une responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux policiers de mener une enquête pour décider si les éléments essentiels d'une infraction sont établis — cette décision relève des tribunaux. Le rôle des policiers et autres agents de la paix consiste à enquêter sur des incidents qui pourraient être criminels, à prendre une décision consciencieuse et éclairée sur l'opportunité de porter des accusations, puis à soumettre l'ensemble des faits sans les dénaturer aux autorités chargées des poursuites. À cette fin, une

and the Queen (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, at p. 475:

> Police work should not be frustrated by the meticulous examination of facts and law that is appropriate to a trial process. . . . There may be serious questions of law as to whether what is asserted amounts to a criminal offence. . . . However, these issues can hardly be determined before the Crown has marshalled its evidence and is in a position to proceed with the prosecution.

Moreover, extrinsic factors such as the accused's motive or the failure to exercise due diligence are often relevant to determining whether the event which triggered the investigation in the first place is criminally culpable. Everyone, including accused persons, who lacks the means of obtaining and preserving evidence prior to trial has an interest in seeing that these facts are brought to light. It would be undesirable if a narrow reading of s. 487(1) resulted in either inculpatory or exculpatory evidence being lost because of the investigators' inability to secure it. See *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, *per* Cory J., at p. 254:

> The essential role of the police is to investigate crimes. That role and function can and should continue after they have made a lawful arrest. The continued investigation will benefit society as a whole and not infrequently the arrested person. It is in the interest of the innocent arrested person that the investigation continue so that he or she may be cleared of the charges as quickly as possible.

It is important that an investigation unearth as much evidence as possible. It is antithetical to our system of justice to proceed on the basis that the police, and other authorities, should only search for evidence which incriminates their chosen suspect. Such prosecutorial "tunnel vision" would not be appropriate: see *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report*, vol. 1 (1998), *per* the Honourable F. Kaufman at pp. 479-82.

interprétation du par. 487(1) qui est restrictive et qui ne s'impose pas va à l'encontre du but recherché. Voir *Re Church of Scientology and the Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, à la p. 475:

> [TRADUCTION] Le travail des policiers ne devrait pas être gêné par l'examen minutieux des faits et du droit, exercice qui est pertinent dans le cadre d'un procès [. . .] La question de savoir si les faits déclarés constituent une infraction criminelle peut soulever d'importantes questions de droit [. . .] Toutefois, ces questions ne peuvent guère être tranchées tant que le ministère public n'a pas rassemblé ses éléments de preuve et qu'il n'est pas en mesure d'engager des poursuites.

23 De plus, des facteurs extrinsèques tel le mobile de l'accusé ou le défaut de faire preuve de diligence raisonnable sont souvent pertinents quant à la question de savoir si l'événement qui a déclenché l'enquête en premier lieu est de nature à engager la responsabilité criminelle. Toute personne, y compris le prévenu, qui est privée des moyens de recueillir et de conserver des éléments de preuve avant un procès a intérêt à ce que ces faits soient connus. Il ne serait pas souhaitable qu'une interprétation étroite du par. 487(1) entraîne la perte d'éléments de preuve inculpatoires ou disculpatoires parce que les enquêteurs ne peuvent les obtenir. Voir *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, motifs du juge Cory, à la p. 254:

> Le rôle de la police consiste essentiellement à faire enquête sur les crimes. C'est là une fonction qu'elle peut et devrait continuer à exercer après avoir effectué une arrestation légale. La continuation de l'enquête profitera à la société dans son ensemble et souvent aussi à la personne arrêtée. En effet, il est dans l'intérêt de la personne innocente arrêtée que l'enquête se poursuive afin que son innocence à l'égard des accusations puisse être établie dans les plus brefs délais.

24 Il est important que les enquêteurs découvrent le plus d'éléments de preuve possible. Admettre que les policiers, et d'autres autorités, ne doivent rechercher que les seuls éléments de preuve qui incriminent le suspect visé est incompatible avec notre système de justice. Un tel «manque d'objectivité» de la part du poursuivant serait inapproprié: voir *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin: Rapport*, t. 1 (1998), le commissaire F. Kaufman, aux pp. 559 à 562.

25 In *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, Lamer J. (later C.J.C.) stated for the majority, at pp. 191-92, that:

> Traditionally the Crown Attorney has been described as a "minister of justice" and "ought to regard himself as part of the Court rather than as an advocate". (Morris Manning, "Abuse of Power by Crown Attorneys", [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, at p. 580, quoting Henry Bull, Q.C.) As regards the proper role of the Crown Attorney, perhaps no more often quoted statement is that of Rand J. in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at pp. 23-24:
>
> > It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility.

Dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a déclaré au nom des juges majoritaires aux pp. 191 et 192:

> Le procureur de la Couronne a traditionnellement été décrit comme un [TRADUCTION] «représentant de la justice» qui «devrait se considérer plus comme un fonctionnaire de la cour que comme un avocat». (Morris Manning, «Abuse of Power by Crown Attorneys», [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, à la p. 580, citant Henry Bull, c.r.) Sur le rôle qui est propre au procureur de la Couronne, il n'y a probablement aucun passage qui soit aussi souvent cité que cet extrait des motifs du juge Rand dans l'affaire *Boucher v. The Queen,* [1955] R.C.S. 16, aux pp. 23 et 24:
>
> > [TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle.

26 The majority of the British Columbia Court of Appeal found that the word "commission" in s. 487(1) restricted its application to evidence that the accused had done those acts, or allowed those omissions, which constitute the elements of the offence. The criminal justice system is not solely concerned with whether a *prima facie* case can be made out against an accused, but whether he or she is ultimately guilty. The dissenting reasons of Southin J.A. are persuasive on both the purpose and meaning of s. 487(1). At para. 63 she stated:

> . . . I would translate the words in issue to mean "touching upon whether a breach of the law involving a penal sanction has occurred". Whether or not there can be said to have been such a breach depends upon whether there

Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que l'emploi du mot «commission» au par. 487(1) limitait son application aux éléments de preuve établissant que l'accusé avait commis les actes ou avait permis les omissions qui constituent les éléments de l'infraction. Le système de justice pénale ne se préoccupe pas uniquement de la question de savoir si une preuve *prima facie* peut être établie contre un accusé, il s'intéresse aussi à la question de savoir si l'accusé est coupable en définitive. Les motifs dissidents du juge Southin sont convaincants en ce qui concerne tant l'objet que le sens du par. 487(1). Au paragraphe 63, elle dit:

> [TRADUCTION] . . . je dirais que les mots en cause veulent dire «touchant la question de savoir si une violation de la loi entraînant une sanction pénale a été commise». La question de savoir si l'on peut affirmer ou non qu'une

can be a penal sanction and there can be no sanction without a conviction.

In addition, as pointed out by the intervener Attorney General for Ontario, denying the Crown the ability to gather evidence in anticipation of a defence would have serious consequences on the functioning of our justice system. In order to be fair, the criminal process must "enable the trier of fact to 'get at the truth and properly and fairly dispose of the case' while at the same time providing the accused with the opportunity to make a full defence"; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 486. This reciprocal fairness demands that the Crown be able to fairly seek and obtain evidence rebutting the accused's defences. If the respondents' submission on the interpretation of s. 487(1) were accepted, a search warrant would never be available for this purpose. This narrow interpretation would frustrate the basic imperative of trial fairness and the search for truth in the criminal process.

C. *Privacy Concerns*

There is no doubt that search warrants are highly intrusive, and that an investigation bearing on the issue of due diligence could, as Shaw J. pointed out in *Re Domtar*, *supra*, at p. 119, "entail a detailed inquiry into the affairs of a corporation over a period of several years". This Court has endorsed the importance of privacy and the need to constrain search powers within reasonable limits: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 889; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 520-22; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at pp. 436-37.

The broad powers contained in s. 487(1) do not authorize investigative fishing expeditions, nor do

telle violation a été commise dépend de la question de savoir s'il peut y avoir une sanction pénale, et il ne saurait y avoir de sanction sans déclaration de culpabilité.

27 De plus, comme l'a souligné l'intervenant, le procureur général de l'Ontario, refuser d'admettre que le ministère public peut rassembler des éléments de preuve en prévision de la présentation d'un moyen de défense aurait des conséquences graves sur le fonctionnement de notre système de justice. Pour être équitable, le processus pénal doit «permettre au juge des faits "de découvrir la vérité et de rendre une décision équitable" tout en accordant à l'accusé la possibilité de présenter une pleine défense»; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 486. Cette équité réciproque commande que le ministère public soit en mesure de rechercher et d'obtenir régulièrement des éléments de preuve pour réfuter les moyens de défense invoqués par l'accusé. Si la thèse des intimées concernant l'interprétation du par. 487(1) était acceptée, il serait impossible d'obtenir un mandat de perquisition à cette fin. Cette interprétation étroite ferait échec à l'impératif fondamental de l'équité du procès et à la recherche de la vérité dans le processus pénal.

C. *Questions touchant le droit à la vie privée*

28 Il est certain que le mandat de perquisition est très envahissant, et une enquête portant sur la question de la diligence raisonnable pourrait, ainsi que le juge Shaw l'a fait remarquer dans l'arrêt *Re Domtar*, précité, à la p. 119, [TRADUCTION] «comporter un examen approfondi des affaires d'une société sur une période de plusieurs années». Notre Cour a reconnu l'importance du droit à la vie privée et la nécessité de restreindre les pouvoirs de perquisition dans des limites raisonnables: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 889; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 520 à 522; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, aux pp. 436 et 437.

29 Les pouvoirs étendus qui sont visés au par. 487(1) n'autorisent pas les recherches à

they diminish the proper privacy interests of individuals or corporations. This is particularly true with respect to personnel records which may contain a great deal of highly personal information unrelated to the investigation at hand. Judges and magistrates should continue to apply the standards and safeguards which protect privacy from unjustified searches and seizures.

30 In this case, however, the specific terms of the warrant were not at issue, as the respondents challenged only the underlying authority to grant warrants for the purpose of investigating the presence of negligence. In our opinion both a plain reading of the relevant section and consideration of the role and obligations of state investigators support the conclusion that s. 487(1) authorized the granting of the warrants at issue.

IV. Disposition

31 The appeal is allowed, without costs, as agreed by counsel.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitor for the intervener: The Attorney General for Ontario, Toronto.

l'aveuglette dans le cadre d'une enquête et ne diminuent pas le droit légitime à la vie privée des personnes physiques ou morales. C'est particulièrement vrai dans le cas des dossiers des employés, qui peuvent contenir une foule de renseignements très personnels n'ayant aucun rapport avec l'enquête qui est menée. Les juges et les magistrats doivent continuer d'appliquer les normes et garanties qui protègent la vie privée contre les perquisitions, les fouilles et les saisies abusives.

En l'espèce, toutefois, les modalités précises du mandat n'étaient pas en jeu, puisque les intimées ont uniquement contesté le pouvoir fondamental de décerner des mandats en vue de faire enquête sur l'existence d'une négligence. À notre avis, le sens ordinaire de la disposition pertinente et la prise en compte du rôle et des obligations des enquêteurs de l'État appuient la conclusion que le par. 487(1) autorisait la délivrance des mandats litigieux en l'espèce.

IV. Dispositif

Le pourvoi est accueilli sans dépens, ainsi que les avocats en ont convenu.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Le procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs des intimées: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureur de l'intervenant: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Elaine Trombley *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* TROMBLEY

File No.: 26755.

1999: April 23.

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

Criminal law — Self-defence — Charge to jury.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 40 O.R. (3d) 382, 110 O.A.C. 329, 126 C.C.C. (3d) 495, [1998] O.J. No. 2680 (QL), allowing the accused's appeal from her conviction for manslaughter and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Susan Kyle, for the appellant.

Marie Henein, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — This appeal comes to us as of right. We all agree substantially with the reasons and disposition of the case by the majority of the Court of Appeal of Ontario. Accordingly, the appeal is therefore dismissed and the order for a new trial on the charge of manslaughter is confirmed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Elaine Trombley *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* TROMBLEY

N° du greffe: 26755.

1999: 23 avril.

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 criminel — Légitime défense — Exposé au jury.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 40 O.R. (3d) 382, 110 O.A.C. 329, 126 C.C.C. (3d) 495, [1998] O.J. No. 2680 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusée contre sa déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Susan Kyle, pour l'appelante.

Marie Henein, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Nous sommes d'accord, pour l'essentiel, avec les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario et avec la façon dont ils ont statué sur l'affaire. En conséquence, le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de nouveau procès relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable est confirmée.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the respondent: Greenspan, Henein & White, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Greenspan, Henein & White, Toronto.

Richter & Associés Inc. *Appellant*

v.

The Deputy Minister of Revenue of Quebec *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Mis en cause*

and between

Tremblay & Compagnie, syndics et gestionnaires ltée *Appellant*

v.

The Deputy Minister of Revenue of Quebec *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Mis en cause*

INDEXED AS: QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE) *v.* NOLISAIR INTERNATIONAL INC. (TRUSTEE OF); SÉCURITÉ SAGLAC (1992) INC. (TRUSTEE OF) *v.* QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE)

File No.: 26272.

1999: April 22; 1999: April 29.

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

Bankruptcy — Creditors — Provincial Crown — Deductions at source — Deemed trust.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal in the matter of the bankruptcy of Nolisair International Inc., [1997] R.J.Q. 2433, [1997] R.D.F.Q. 96, 98 D.T.C. 6153, 155 D.L.R.

Richter & Associés inc. *Appelante*

c.

Le sous-ministre du Revenu du Québec *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*

et entre

Tremblay & Compagnie, syndics et gestionnaires ltée *Appelante*

c.

Le sous-ministre du Revenu du Québec *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU) *c.* NOLISAIR INTERNATIONAL INC. (SYNDIC DE); SÉCURITÉ SAGLAC (1992) INC. (SYNDIC DE) *c.* QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU)

N° du greffe: 26272.

1999: 22 avril; 1999: 29 avril.

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

Faillite — Créanciers — Couronne provinciale — Retenues à la source — Fiducie présumé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire de la faillite de Nolisair International inc., [1997] R.J.Q. 2433, [1997] R.D.F.Q. 96, 98 D.T.C. 6153, 155 D.L.R. (4th) 58,

(4th) 58, [1997] Q.J. No. 2972 (QL), reversing a decision of the Superior Court, [1994] R.J.Q. 733, [1994] R.D.F.Q. 63, 42 C.B.R. (3d) 65, [1994] Q.J. No. 1201 (QL). Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal in the matter of the bankruptcy of Sécurité Saglac (1992) Inc., [1997] R.J.Q. 2448, [1997] R.D.F.Q. 110, 98 D.T.C. 6142, [1997] Q.J. No. 3097 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [1994] R.J.Q. 95, [1994] R.D.F.Q. 43. Appeal allowed.

Eugène Czolij and *Patrice Benoit*, for the appellants.

René Bourassa and *François Marcoux*, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

1 THE COURT — In the matter of the bankruptcy of Nolisair International Inc., the appeal is allowed essentially for the reasons given by Fish J.A. of the Quebec Court of Appeal, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment rendered by Durand J. of the Superior Court is restored with costs throughout.

2 In the matter of the bankruptcy of Sécurité Saglac (1992) Inc., the appeal is allowed essentially for the reasons given by Fish J.A. of the Quebec Court of Appeal, the judgment of the Court of Appeal is set aside and judgment is rendered in accordance with the conclusions of Fish J.A., the whole with costs throughout.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

Solicitors for the respondent: Veillette & Associés, Montréal.

[1997] A.Q. nº 2972 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1994] R.J.Q. 733, [1994] R.D.F.Q. 63, 42 C.B.R. (3d) 65, [1994] A.Q. nº 1201 (QL). Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire de la faillite de Sécurité Saglac (1992) inc., [1997] R.J.Q. 2448, [1997] R.D.F.Q. 110, 98 D.T.C. 6142, [1997] A.Q. nº 3097 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1994] R.J.Q. 95, [1994] R.D.F.Q. 43. Pourvoi accueilli.

Eugène Czolij et *Patrice Benoit*, pour les appelantes.

René Bourassa et *François Marcoux*, pour l'intimé.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR — Dans l'affaire de la faillite de Nolisair International inc., le pourvoi est accueilli essentiellement aux motifs du juge Fish de la Cour d'appel du Québec, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement rendu par le juge Durand de la Cour supérieure est rétabli avec dépens dans toutes les cours.

Dans l'affaire de la faillite de Sécurité Saglac (1992) inc., le pourvoi est accueilli essentiellement aux motifs du juge Fish de la Cour d'appel du Québec, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement est rendu conformément aux conclusions du juge Fish, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs des appelantes: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Veillette & Associés, Montréal.

N.H. and D.H. *Appellants*

v.

H.M., M.H. and Director of Child, Family and Community Services *Respondents*

INDEXED AS: H. (D.) *v.* M. (H.)

File No.: 26555.

1999: May 3.

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

MOTION FOR A REHEARING OF AN APPEAL

Practice — Supreme Court of Canada — Rehearing — Motion for rehearing brought on ground that appellants failed to serve application for leave to appeal and notice of appeal on Court of Appeal intervener — Application for leave to be served on "parties in the courts below" — "Party" as defined in British Columbia Court of Appeal Rules not including interveners — Applicant aware prior to original hearing in Supreme Court that intervener had not been served — No potential failure of justice at original hearing shown — Motion for rehearing dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 23 — Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, Rule 1.

Cases Cited

Referred to: *Sawridge Indian Band v. Canada*, [1997] S.C.C.A. No. 430 (QL); *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 167.

Statutes and Regulations Cited

Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, s. 4(2).
Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, Rules 1, 4(1).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 1, 18, 23.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 60.

N.H. et D.H. *Appelants*

c.

H.M., M.H. et Director of Child, Family and Community Services *Intimés*

RÉPERTORIÉ: H. (D.) *c.* M. (H.)

N° du greffe: 26555.

1999: 3 mai.

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

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION DE POURVOI

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouvelle audition — Requête en nouvelle audition déposée pour le motif que les appelants n'ont signifié ni la demande d'autorisation d'appel ni l'avis d'appel à un intervenant en Cour d'appel — Demande d'autorisation devant être signifiée «aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure» — Mot «partie» au sens des Court of Appeal Rules de la Colombie-Britannique n'incluant pas les intervenants — Requérant conscient de l'absence de signification à l'intervenant avant l'audience initiale en Cour suprême — Possibilité de déni de justice à l'audience initiale non démontrée — Requête en nouvelle audition rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 23 — Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, règle 1.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Bande indienne Sawridge c. Canada*, [1997] C.S.C.R. n° 430 (QL); *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 167.

Lois et règlements cités

Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 4(2).
Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, règles 1, 4(1).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 60.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1, 18, 23.

MOTION for a rehearing of an appeal, [1999] 1 S.C.R. 328. Motion dismissed.

Written submissions by *John B. Harvie* and *Amy R. Gough Farnworth*, for the applicant H.M.

Written submissions by *Julius H. Grey*, for N.H. and D.H., respondents on the motion.

The following is the order delivered by

1 THE COURT — This is a custody case. The applicant Hubert M. applies for a rehearing of this appeal, which was heard by the Court on February 17, 1999. At that time the Court unanimously allowed the appeal, set aside the decision of the British Columbia Court of Appeal ((1998), 156 D.L.R. (4th) 548), and restored the trial judgment of the Supreme Court of British Columbia, delivered September 26, 1997 ([1997] B.C.J. No. 2144 (QL)). The result was to grant permanent custody of the child, Ishmael Tavarres H., the applicant's grandson, to his other grandparents, Nancy H. and Duncan H., who are the respondents in this motion for rehearing, with continuing rights of access to the mother and to the applicant. The applicant seeks a rehearing on the basis that the respondents failed to serve the Sagkeeng First Nation, an intervener in the British Columbia Court of Appeal, with their application for leave to appeal to this Court and the notice of appeal herein. Ishmael is a member of the Swan Lake First Nation and is not a member of the Sagkeeng First Nation.

2 The facts of this case are as follows. Ishmael was born March 8, 1995 and is four years old. The putative father is an African-American who lives in the United States, where the adoptive grandparents, the respondents, also live. The mother, Melissa, is an aboriginal Canadian. At birth, she was a member of the Swan Lake First Nation of Manitoba. She and her sister passed through a long list of foster homes in their infancy and were given up for adoption by the applicant and were adopted by the respondents when they were four and six years old respectively. After Melissa became pregnant with Ishmael, she resided with the respon-

REQUÊTE en nouvelle audition de pourvoi, [1999] 1 R.C.S. 328. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *John B. Harvie* et *Amy R. Gough Farnworth*, pour le requérant H.M.

Argumentation écrite par *Julius H. Grey*, pour N.H. et D.H., intimés dans la requête.

Version française de l'ordonnance rendue par

LA COUR — Il est question en l'espèce d'une affaire de garde. Le requérant Hubert M. demande une nouvelle audition du présent pourvoi, que notre Cour a entendu le 17 février 1999. À cette date, la Cour à l'unanimité a accueilli le pourvoi, annulé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1998), 156 D.L.R. (4th) 548), et rétabli le jugement de première instance rendu, le 26 septembre 1997, par la Cour suprême de la Colombie-Britannique ([1997] B.C.J. No. 2144 (QL)). Notre Cour a alors accordé la garde permanente de l'enfant, Ishmael Tavarres H., petit-fils du requérant, à ses autres grands-parents, Nancy H. et Duncan H., intimés dans la présente requête en nouvelle audition, en l'assortissant de droits d'accès en faveur de la mère et du requérant. Ce dernier sollicite une nouvelle audition pour le motif que les intimés n'ont signifié à la première nation Sagkeeng, intervenante devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, ni leur demande d'autorisation d'appel devant notre Cour ni l'avis d'appel en l'espèce. Ishmael est un membre de la première nation de Swan Lake et non de la première nation Sagkeeng.

Les faits de la présente affaire sont les suivants. Ishmael est né le 8 mars 1995 et est maintenant âgé de quatre ans. Le père putatif est un Afro-Américain qui vit aux États-Unis, où habitent également les grands-parents adoptifs intimés. La mère, Melissa, est une Canadienne d'origine autochtone. À sa naissance, elle faisait partie de la première nation de Swan Lake au Manitoba. Sa sœur et elle ont été placées dans de nombreuses familles d'accueil pendant leur enfance et ont été données en adoption par le requérant et adoptées par les intimés lorsqu'elles étaient âgées de six et quatre ans respectivement. Lorsque Melissa est tombée

dents for some time both before and after his birth. Shortly following the birth, Melissa being unable or unwilling to look after Ishmael, the respondents took over his care. Ishmael was subsequently taken by his mother to British Columbia where, eventually, he came into the care of the British Columbia Ministry of Children and Families (as it now is).

enceinte d'Ishmael, elle a habité chez les intimés pendant un certain temps tant avant qu'après la naissance de son fils. Peu après la naissance d'Ishmael, les intimés l'ont pris en charge parce que Melissa était incapable ou refusait de s'en occuper. Ishmael a par la suite été emmené par sa mère en Colombie-Britannique, où il a fini par être confié aux soins du Ministry of Children and Families de la Colombie-Britannique (tel qu'on l'appelle aujourd'hui).

The trial judge found that both the applicant and the respondents were sincere and loving grandparents and each were capable of offering a good home to Ishmael. In his reasons, he gave considerable emphasis to the aboriginal heritage of Ishmael's mother's side. He said that "aboriginal heritage and the ability of his biological grandfather to preserve and enhance it are important considerations" (para. 46), and that the claims of the applicant to custody were soundly based on "ties of blood, his obvious love and affection for Ishmael, his aboriginal heritage, [and] his demonstrated ability to provide a home and care for his family" (para. 49). At the same time, the trial judge extensively reviewed the other circumstances of the parties, including the stability of the respective homes, and concluded that "[t]he submission that Ishmael's aboriginal heritage is virtually a determining factor here, oversimplifies a very complex case" (para. 47). The trial judge did not agree that an order granting custody of Ishmael to the respondents would uproot him from his culture. Ishmael is African-American on his putative father's side, aboriginal Canadian on his mother's side, and has lived a significant part of his life with his adoptive grandparents, who are neither. As the trial judge said, "[t]his is not a case of taking an aboriginal child and placing him with a non-aboriginal family in complete disregard for his culture and heritage. The fact is that Melissa is the [adopted] daughter of [the respondents] and Ishmael is their grandson" (para. 46).

Le juge de première instance a conclu que le requérant et les intimés étaient des grands-parents honnêtes et affectueux et que chacun était en mesure d'offrir un bon foyer à Ishmael. Dans ses motifs, il a insisté considérablement sur le patrimoine autochtone maternel d'Ishmael. Il a affirmé que [TRADUCTION] «le patrimoine autochtone de son grand-père biologique et sa capacité d'en promouvoir le maintien et la valorisation sont des facteurs importants» (par. 46), et que les demandes de garde de la part du requérant étaient fondées solidement sur «les liens du sang, l'affection et l'amour évidents qu'il avait pour Ishmael, son patrimoine autochtone, [et] sa capacité manifeste d'offrir un toit et des soins à sa famille» (par. 49). En même temps, le juge de première instance a examiné en profondeur les autres facettes de la situation des parties, y compris la stabilité des foyers respectifs, pour ensuite conclure que [TRADUCTION] «[l']argument selon lequel le patrimoine autochtone d'Ishmael est pratiquement un facteur déterminant en l'espèce simplifie à l'extrême une affaire très complexe» (par. 47). Il n'acceptait pas qu'une ordonnance accordant la garde d'Ishmael aux intimés le déracinerait de sa culture. Ishmael, qui est un Afro-Américain du côté paternel et Canadien d'origine autochtone du côté maternel, a passé une partie importante de sa vie avec ses grands-parents, qui ne sont ni l'un ni l'autre. Comme l'a affirmé le juge de première instance, [TRADUCTION] «[i]l ne s'agit pas, en l'espèce, du placement d'un enfant autochtone dans une famille non autochtone au mépris total de sa culture et de son patrimoine. Il reste que Melissa est la fille [adoptive des intimés] et que Ishmael est leur petit-fils» (par. 46).

3

4 The trial judgment was reversed by the Court of Appeal, which put emphasis on the apparent stability at the time of the appeal of the relationship between the applicant and J.S., and the fact Ishmael appeared "well integrated into the family unit of [the applicant], J.S., and their daughter, Sharleen. . . . J.S. is proving to be a resource of stability to [the applicant] and the family and is able, together with [the applicant], to provide a good home milieu for Ishmael. . . . As well, Ishmael has in his present home a young sibling, the child Sharleen, to whom he relates well" (pp. 551 and 554-55). We were advised at the hearing of the appeal that the applicant no longer lives with J.S. and Sharleen, but has returned to live in Manitoba.

Le jugement de première instance a été infirmé par la Cour d'appel, qui a insisté sur la stabilité apparente, à l'époque de l'appel, des rapports entre le requérant et J.S., et sur le fait que Ishmael paraissait [TRADUCTION] «bien intégré dans la cellule familiale [du requérant], de J.S. et de leur fille Sharleen. [. . .] J.S. s'avère une source de stabilité pour [le requérant] et la famille, et est en mesure, de concert avec [le requérant], de fournir un bon environnement familial à Ishmael. [. . .] De même, Ishmael compte, dans son foyer actuel, une jeune sœur, l'enfant Sharleen, avec qui il s'entend bien» (pp. 551, 554 et 555). Nous avons appris, pendant l'audition du pourvoi, que le requérant a quitté J.S. et Sharleen pour retourner vivre au Manitoba.

5 Both the trial judge and the Court of Appeal referred to the *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, which provides a statutory direction to public authorities in British Columbia to have careful regard to the cultural identity of aboriginal children. In particular, s. 4(2) provides that: "If the child is an aboriginal child, the importance of preserving the child's cultural identity must be considered in determining the child's best interests." The Court of Appeal noted that "[a]s a strict matter of law, the *Child, Family and Community Service Act* is not applicable to the proceedings" (p. 555). That court nevertheless concluded that the trial judge had "underemphasized ties of blood and culture" (p. 554). This Court, on appeal, disagreed. We concluded that in fact the trial judge had given careful attention to the aboriginal ancestry of Ishmael, together with all the other factors relevant to Ishmael's best interest, and that there was no error in his decision, which was reached after five days of evidence and two weeks of reflection, that justified its reversal by the Court of Appeal. The importance of the findings of the trial judge in custody cases cannot be forgotten. They should not be lightly set aside by appellate courts.

Le juge de première instance et la Cour d'appel se sont tous les deux référés à la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui enjoint aux autorités publiques de la Colombie-Britannique de tenir compte soigneusement de l'identité culturelle des enfants autochtones. En particulier, le par. 4(2) prévoit ceci: [TRADUCTION] «Si l'enfant est un autochtone, l'importance de préserver son identité culturelle doit être prise en considération au moment de décider ce qui est dans son intérêt.» La Cour d'appel a souligné que, [TRADUCTION] «[s]ur le plan strictement juridique, la *Child, Family and Community Service Act* ne s'applique pas aux présentes procédures» (p. 555). Cette cour a néanmoins conclu que le juge de première instance n'avait [TRADUCTION] «pas accordé l'importance nécessaire aux liens du sang et à la culture» (p. 554). Lors du pourvoi, notre Cour a exprimé son désaccord avec cette conclusion. Nous avons statué qu'en réalité le juge de première instance avait pris soigneusement en considération l'ascendance autochtone d'Ishmael, ainsi que tous les autres facteurs pertinents pour déterminer ce qui était dans son intérêt, et que sa décision, qui a été rendue après cinq jours de témoignages et deux semaines de réflexion, ne comportait aucune erreur qui justifiait la Cour d'appel de l'infirmer. On ne saurait oublier l'importance des conclusions du juge de première instance dans les affaires de garde. Les cours d'appel devraient s'abstenir de les écarter à la légère.

The question that now arises for decision is whether this appeal should be reheard because the respondents did not serve on the Sagkeeng First Nation a copy of the application for leave to appeal and the notice of appeal herein. Rule 23 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* requires service of the application for leave "on the parties in the courts below". The Sagkeeng First Nation did not participate at the trial level but was granted limited intervener status by the British Columbia Court of Appeal. Such interveners do not thereby acquire the rights of a party in this Court: *Sawridge Indian Band v. Canada*, [1997] S.C.C.A. No. 430 (QL). Rule 1 of the Supreme Court of Canada Rules defines "party" to include interveners "unless the context does not so permit". Rule 23 clearly refers to those who have "party" status "in the courts below". "Party" is defined in the British Columbia *Court of Appeal Rules*, B.C. Reg. 303/82, Rule 1, to mean "the appellant and each respondent who has filed a notice of appearance under rule 4(1)". The Sagkeeng First Nation did not bring itself within that definition. While it is good practice for parties seeking leave to appeal to this Court to serve interveners as well as parties in the courts below, the technical objection raised by the applicant is met by the technical answer of Rule 4(1) of the British Columbia *Court of Appeal Rules*. Equally, the respondents were not required by s. 60 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, to serve the Notice of Appeal on the Sagkeeng First Nation unless and until an order granting intervention status was made by a judge of this Court after application under Supreme Court Rule 18. This procedure was implemented by a change in the Rules to which the attention of the profession was drawn by the Court's Notice to the Profession dated January 16, 1984. No such order was made in favour of the Sagkeeng First Nation. More substantively, however, we do not think it fair for the applicant, who lives on the Sagkeeng First Nation Reserve, who received all proper notices and who fully participated in the proceedings in this Court, who knew of the absence of the Sagkeeng First Nation and who could if he had wished have provided notification on his own to the Sagkeeng First Nation, to now complain of the respondents' alleged oversight.

La question qui doit maintenant être tranchée est de savoir s'il y a lieu de réentendre le présent pourvoi parce que les intimés n'ont signifié à la première nation Sagkeeng ni un exemplaire de la demande d'autorisation d'appel ni l'avis d'appel en l'espèce. L'article 23 des *Règles de la Cour suprême du Canada* prescrit la signification de la demande d'autorisation «aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure». La première nation Sagkeeng n'était pas partie au litige en première instance, mais s'est vu accorder la simple qualité d'intervenante par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Ces intervenants n'acquièrent pas de ce fait les droits d'une partie à un litige devant notre Cour: *Bande indienne Sawridge c. Canada*, [1997] C.S.C.R. nº 430 (QL). L'article 1 des *Règles de la Cour suprême du Canada* définit le mot «partie» comme incluant les intervenants «sauf indication contraire du contexte». L'article 23 mentionne clairement ceux qui ont la qualité de «partie» «au litige devant le tribunal de juridiction inférieure». La règle 1 des *Court of Appeal Rules*, B.C. Reg. 303/82, de la Colombie-Britannique définit le mot [TRADUCTION] «partie» comme désignant «l'appelant et chaque intimé qui a déposé un avis de comparution en vertu de la règle 4(1)». La première nation Sagkeeng n'a rien fait pour que cette définition s'applique à elle. Même s'il est bon que les parties qui demandent l'autorisation d'appel devant notre Cour signifient leur demande aux intervenants et aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure, l'objection de nature procédurale soulevée par le requérant trouve sa réponse au par. 4(1) des *Court of Appeal Rules* de la Colombie-Britannique. L'article 60 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, n'obligeait pas non plus les intimés à signifier l'avis d'appel à la première nation Sagkeeng tant et aussi longtemps qu'elle n'aurait pas obtenu auprès d'un juge de notre Cour une ordonnance l'autorisant à intervenir, à la suite d'une demande fondée sur l'art. 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada*. Cette procédure a été implantée par une modification des Règles que notre Cour a portée à l'attention des membres de la profession dans son avis aux avocats daté du 16 janvier 1984. Aucune ordonnance de cette nature n'a été rendue en faveur de la pre-

The applicant's argument that the original hearing of the appeal was improperly constituted is rejected.

mière nation Sagkeeng. De manière plus substantielle, toutefois, nous pensons qu'il n'est pas juste que le requérant, qui vit dans la réserve de la première nation Sagkeeng, qui a reçu tous les avis appropriés et qui a participé pleinement aux procédures devant notre Cour, qui était au courant de l'absence de la première nation Sagkeeng et qui aurait pu, s'il l'avait voulu, effectuer lui-même une signification à la première nation Sagkeeng, vienne maintenant se plaindre de l'oubli qu'auraient commis les intimés. L'argument du requérant selon lequel l'audition initiale du pourvoi était irrégulière est rejeté.

7 The Court would, nevertheless, consider the grant of a rehearing if this were one of those truly exceptional cases where the applicant could show a potential failure of justice at the original hearing. No such potential has been identified. Both the applicant and the mother were ably represented by counsel at the hearing of February 17, 1999. At that time, counsel addressed the relevant arguments which the Sagkeeng First Nation now wishes to reargue, except for its demand for an updated psychological assessment of Ishmael, which the applicant himself did not request at the time of the hearing of February 17, 1999. Interveners address the general legal issues raised by an appeal. It is not their role to seek to expand the record of adjudicative facts beyond that which satisfies the immediate parties.

La Cour considérerait néanmoins la possibilité d'accorder une nouvelle audition, s'il s'agissait de l'un de ces cas vraiment exceptionnels où le requérant serait en mesure de démontrer qu'il a pu y avoir déni de justice à l'audition initiale. Aucune possibilité de cette nature n'a été identifiée. Le requérant et la mère ont tous les deux été bien représentés par avocat lors de l'audition du 17 février 1999. À ce moment, les avocats ont examiné les arguments pertinents que la première nation Sagkeeng souhaite maintenant débattre de nouveau, sauf en ce qui concerne sa demande d'évaluation psychologique à jour d'Ishmael, que le requérant lui-même n'avait pas sollicitée au moment de l'audition du 17 février 1999. Les intervenants abordent les questions de droit générales que soulève un appel. Il ne leur appartient pas de chercher à élargir le dossier des faits en litige au-delà de ce qui satisfait les parties immédiates.

8 In *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 167, the Court said, in terms equally applicable to the present application, at p. 168:

> In essence the applicants are saying that, when one considers all of the material before the Court, and more particularly certain items brought to its attention at the time of the application, one cannot but make . . . findings in a manner favourable to their case. Having found adversely to the applicants, the Court, argue [the] applicants, must have overlooked this material and therefore should rehear the case.

Dans l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 167, à la p. 168, la Cour a fait l'affirmation suivante, qui est tout aussi applicable à la présente demande:

> En substance, les requérantes disent que si on tient compte de toute la documentation soumise à la Cour, et plus particulièrement de certains éléments portés à son attention au moment de la requête, on ne peut que conclure en leur faveur sur ces deux points. Les requérantes plaident que, comme la Cour les a déboutées, elle n'a pas dû tenir compte de ces documents et qu'elle devrait donc ordonner une nouvelle audition.

That is an argument that any unsuccessful party could make seeking a rehearing. There is nothing here before us supportive of the fact that the Court misled itself or was misled as regards what was the record before it, the nature of the issues, or the questions to be addressed.

We conclude that no rehearing is justified. The motion for a rehearing is therefore dismissed with costs.

Motion dismissed with costs.

Solicitors for the applicant H.M.: Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.

Solicitors for N.H. and D.H., respondents on the motion: Grey, Casgrain, Montreal.

C'est un argument que toute partie déboutée pourrait faire valoir pour chercher à obtenir une nouvelle audition. On ne nous a rien soumis qui appuie le fait que la Cour s'est fourvoyée ou a été induite en erreur en ce qui concerne la teneur du dossier dont elle était saisie, la nature des questions en litige ou les questions à examiner.

Nous concluons qu'une nouvelle audition n'est pas justifiée. La requête en nouvelle audition est donc rejetée avec dépens. 9

Requête rejetée avec dépens.

Procureurs du requérant H.M.: Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.

Procureurs de N.H. et D.H., intimés dans la requête: Grey, Casgrain, Montréal.

Jean Victor Beaulac *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Commissioner of Official Languages, the Association des juristes d'expression française de l'Ontario and the Association des juristes d'expression française du Manitoba *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* BEAULAC

File No.: 26416.

1999: February 24; 1999: May 20.

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 — Trial — Language of accused — Right to be tried by judge and jury who speak both official languages — Interpretation of s. 530 of Criminal Code — Meaning of expressions "language of the accused" and "best interests of justice" — Factors to be considered in defining expression "best interests of justice" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 530(1), (4).

Criminal law — New trial — Language of accused — Right to be tried by judge and jury who speak both official languages — Whether s. 530(4) rather than s. 530(1) of Criminal Code applicable when new trial ordered — Proper judge before whom application must be made and proper time for making application when new trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 530(1), (4).

Criminal law — Trial — Language of accused — Accused's application to be tried by judge and jury who speak both official languages under s. 530(4) of Criminal Code dismissed — Accused convicted following trial in English — Whether Court of Appeal erred in upholding

Jean Victor Beaulac *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le Commissaire aux langues officielles, l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario et l'Association des juristes d'expression française du Manitoba *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* BEAULAC

N° du greffe: 26416.

1999: 24 février; 1999: 20 mai.

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 — Procès — Langue de l'accusé — Droit à un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Interprétation de l'art. 530 du Code criminel — Sens des expressions «langue de l'accusé» et «meilleurs intérêts de la justice» — Facteurs à considérer pour définir l'expression «meilleurs intérêts de la justice» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(1), (4).

Droit criminel — Nouveau procès — Langue de l'accusé — Droit à un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Doit-on appliquer l'art. 530(4) plutôt que l'art. 530(1) du Code criminel pour un nouveau procès? — À quel juge doit-on présenter la demande et dans quel délai dans le cas d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(1), (4).

Droit criminel — Procès — Langue de l'accusé — Rejet de la demande de l'accusé visant à obtenir un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles en vertu de l'art. 530(4) du Code criminel — Accusé reconnu coupable au terme d'un procès en

ing order dismissing accused's application — If so, whether s. 686 proviso of Criminal Code applicable — Whether new trial to be held before judge and jury who speak both official languages should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 530(4), 686(1)(b).

Criminal law — Appeals — Collateral attack — Language of accused — Accused's application to be tried by judge and jury who speak both official languages dismissed — Judge dismissing application at pre-trial conference not judge before whom accused tried — Accused convicted following trial in English — Whether Court of Appeal had jurisdiction to deal with language issue — Whether rule against collateral attack applicable.

The accused was charged with first degree murder. His first trial resulted in a mistrial and his conviction at the second trial was overturned by the Court of Appeal and a new trial was ordered. Despite unsuccessful applications in the earlier proceedings, the accused applied again, during a hearing prior to his third trial, for a trial before a judge and jury who speak both official languages of Canada pursuant to s. 530 of the *Criminal Code*. The judge, who was not the judge before whom the accused would be tried, dismissed the s. 530(4) application. The trial proceeded in English and the accused was convicted. On appeal, the Court of Appeal dismissed the appeal from conviction, upholding the decision of the judge at the pre-trial hearing on the language issue. This appeal deals solely with the question of the violation of the accused's language rights.

Held: The appeal should be allowed and a new trial to be held before a judge and jury who speak both official languages ordered.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: The rule against collateral attack had no application in the present case and the Court of Appeal had jurisdiction to deal with the language issue. An order under s. 530(4) governs the judicial process itself, rather than the conduct of the parties, such that traditional concerns as to certainty and the need for the orderly administration of justice are not brought into play. The order would have been subject to review if it had been made by the trial judge, and the accused should not be penalized for having brought the

anglais — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant le rejet de la demande de l'accusé? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice de l'art. 686 du Code criminel s'applique-t-elle? — Faut-il ordonner un nouveau procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(4), 686(1)b).

Droit criminel — Appels — Attaque indirecte — Langue de l'accusé — Rejet de la demande de l'accusé visant à obtenir un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Le juge qui a rejeté la demande à l'audience préparatoire n'était pas le juge devant lequel l'accusé devait subir son procès — Accusé reconnu coupable au terme d'un procès en anglais — La Cour d'appel avait-elle compétence sur la question de la langue? — La règle interdisant l'attaque indirecte s'appliquait-elle?

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. Son premier procès a été déclaré nul et sa déclaration de culpabilité au deuxième procès a été infirmée par la Cour d'appel, qui a ordonné un nouveau procès. Malgré le rejet de ses demandes antérieures, l'accusé a encore demandé, à une audience préalable à son troisième procès, un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles du Canada, en vertu de l'art. 530 du *Code criminel*. Le juge, qui n'était pas le juge devant lequel l'accusé devait subir son procès, a rejeté la demande fondée sur le par. 530(4). Le procès s'est tenu en anglais et l'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité, confirmant la décision rendue par le juge à l'audience préparatoire sur la question linguistique. Le présent pourvoi porte uniquement sur la question de la violation des droits linguistiques de l'accusé.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et est ordonné un nouveau procès devant un juge et un jury qui parlent les deux langues officielles du Canada.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache: La règle interdisant l'attaque indirecte ne s'appliquait pas en l'espèce et la Cour d'appel avait compétence pour traiter de la question de la langue. L'ordonnance prévue au par. 530(4) régit le processus judiciaire lui-même, plutôt que la conduite des parties, de sorte que les préoccupations traditionnelles en ce qui concerne la certitude et le besoin d'une administration ordonnée de la justice n'entrent pas en jeu. L'ordonnance aurait été susceptible de contrôle judiciaire si elle avait été rendue par le juge du

application in a timely manner prior to the trial rather than at the trial proper.

Language rights must in all cases be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada. To the extent that *Société des Acadiens* stands for a restrictive interpretation of language rights, it is to be rejected. The fear that a liberal interpretation of language rights will make provinces less willing to become involved in the geographical extension of those rights is inconsistent with the requirement that language rights be interpreted as a fundamental tool for the preservation and protection of official language communities where they do apply. Language rights are a particular kind of right, distinct from the principles of fundamental justice. They have a different purpose and a different origin. When s. 530 of the *Criminal Code* was promulgated in British Columbia in 1990, the scope of the language rights of the accused was not meant to be determined restrictively. The amendments were remedial and meant to form part of the unfinished edifice of fundamental language rights.

Section 530(1) of the *Code* creates an absolute right of the accused to equal access to designated courts in the official language that he considers to be his own, providing the application is timely. The courts called upon to deal with criminal matters are therefore required to be institutionally bilingual in order to provide for the equal use of the two official languages of Canada. This is a substantive right and not a procedural one that can be interfered with. When the application is not timely, s. 530(4) applies and confers on the trial judge a discretion to grant an application if he is satisfied that it is in the best interests of justice.

When a new trial is ordered, the application should be made under s. 530(4) of the *Code*. While an accused ordered to face a new trial is in a position similar to that of an accused who is ordered to stand trial for the first time, as contemplated by s. 530(1), it is possible that certain circumstances will have to be considered when a new trial is ordered. This is the main reason why, in a case of a retried accused, s. 530(4) must apply to this situation rather than s. 530(1).

procès, et l'accusé ne devrait pas être pénalisé pour avoir présenté sa demande en temps opportun avant le procès plutôt qu'au procès lui-même.

Les droits linguistiques doivent dans tous les cas recevoir une interprétation fondée sur leur objet, d'une façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada. Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens* préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté. La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fera que les provinces seront moins disposées à prendre part à l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un instrument essentiel dans le maintien et la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent. Les droits linguistiques sont un type particulier de droits, qui se distinguent des principes de justice fondamentale. Ils ont un objectif différent et une origine différente. Quand l'art. 530 du *Code criminel* est entré en vigueur en Colombie-Britannique en 1990, l'étendue des droits linguistiques de l'accusé ne devait pas être définie de façon restrictive. Les modifications devaient apporter une solution de droit et étaient censées faire partie de la structure inachevée des droits linguistiques fondamentaux.

Le paragraphe 530(1) du *Code* donne à l'accusé le droit absolu à l'accès égal aux tribunaux désignés dans la langue officielle qu'il estime être la sienne, pourvu qu'il présente une demande en temps opportun. Les tribunaux saisis d'affaires criminelles sont donc tenus d'être institutionnellement bilingues afin d'assurer l'emploi égal des deux langues officielles du Canada. Il s'agit d'un droit substantiel et non d'un droit procédural auquel on peut déroger. Lorsque la demande n'est pas présentée à temps, le par. 530(4) s'applique et donne au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de faire droit à une demande s'il est convaincu que cela est dans les meilleurs intérêts de la justice.

Quand un nouveau procès est ordonné, la demande doit être présentée en vertu du par. 530(4) du *Code*. Bien que l'accusé tenu de se présenter à un nouveau procès se trouve dans une situation très semblable à celle d'une personne renvoyée pour subir son procès pour la première fois — le cas prévu au par. 530(1) — il se peut qu'il faille tenir compte de certaines circonstances lorsqu'un nouveau procès est ordonné. C'est la principale raison pour laquelle, dans le cas d'un accusé qui subit un nouveau procès, le par. 530(4) doit s'appliquer plutôt que le par. 530(1).

The "language of the accused" is very personal in nature; it is an important part of his cultural identity. Under s. 530 of the *Code*, an accused must be afforded the right to make a choice between the two official languages based on his subjective ties with the language itself and to freely assert which official language is his own language. An accused's own language, for the purposes of s. 530(1) and (4), is either official language to which that person has a sufficient connection. It does not have to be the dominant language. If the accused has sufficient knowledge of an official language to instruct counsel, he will be able to assert that that language is his language, regardless of his ability to speak the other official language. The Crown may challenge the assertion made, but it will have the onus of showing that the assertion is unfounded. The court, in such a case, will not inquire into specific criteria to determine a dominant cultural identity, nor into the personal language preferences of the accused. It will only satisfy itself that the accused is able to instruct counsel and follow the proceedings in the chosen language. The assertion of language is a prerequisite to an application under s. 530(1) and s. 530(4). Once entitlement is established and an application is made under s. 530(4), the judge will be required to determine whether the best interests of justice will be served by granting the application.

In order to determine whether it is in the "best interests of justice" that a s. 530(4) application be accepted, the trial judge should consider, foremost, the reasons for the delay in bringing the application. He must then consider a number of factors that relate to the conduct of the trial. Consideration of the requirements of s. 530.1 will provide a good indication of the relevant matters. Mere administrative inconvenience is not a relevant factor. In the case of a retrial, the only relevant factors to consider under s. 530(4) are the additional difficulties caused by an untimely application. Lastly, since language rights are distinct from trial fairness, trial fairness is not to be considered and is certainly not a threshold that, if satisfied, can be used to deny the accused his language rights under s. 530. Generally, the best interests of justice will be served by accepting the accused's application to be tried or retried in his official language. It is the denial of the application that is exceptional and that needs to be justified. The burden of this demonstration should fall on the Crown.

La «langue de l'accusé» est de nature très personnelle; elle forme une partie importante de son identité culturelle. En vertu de l'art. 530 du *Code*, il faut donner à l'accusé le droit de faire un choix entre les deux langues officielles en fonction des liens subjectifs qu'il entretient avec la langue elle-même, et d'affirmer librement quelle langue officielle est la sienne. Aux fins des par. 530(1) et 530(4), la langue de l'accusé est l'une ou l'autre des deux langues officielles avec laquelle cette personne a des liens suffisants. Ce n'est pas forcément la langue dominante. Si l'accusé a une connaissance suffisante d'une langue officielle pour donner des directives à son avocat, il pourra affirmer cette langue comme sa langue, indépendamment de sa capacité de parler l'autre langue officielle. Le ministère public peut contester l'affirmation mais il lui incombe alors de démontrer qu'elle est sans fondement. Dans un tel cas, le tribunal n'entreprendra pas l'examen de critères spécifiques en vue de déterminer une identité culturelle dominante ni l'examen des préférences linguistiques personnelles de l'accusé. Il s'assurera seulement que l'accusé est capable de donner des directives à son avocat et de suivre le déroulement des procédures dans la langue choisie. L'affirmation de la langue est une condition préalable à une demande fondée sur les par. 530(1) et 530(4). Dès qu'est établi le droit et qu'une demande est faite en vertu du par. 530(4), le juge doit décider s'il est dans les meilleurs intérêts de la justice d'accorder la demande.

Pour déterminer s'il est dans les «meilleurs intérêts de la justice» d'accueillir une demande fondée sur le par. 530(4), le juge du procès devrait examiner avant tout les motifs du retard dans la présentation de la demande. Il doit ensuite évaluer plusieurs facteurs qui se rapportent au déroulement du procès. Les exigences prévues à l'art. 530.1 sont une bonne indication des questions pertinentes. Un simple inconvénient administratif n'est pas un facteur pertinent. Dans le cas d'un nouveau procès, les seuls facteurs pertinents à considérer en vertu du par. 530(4) sont les difficultés supplémentaires que cause une demande tardive. Enfin, étant donné que les droits linguistiques sont distincts du droit à un procès équitable, l'équité du procès n'est pas une considération, et n'est certainement pas un critère qui, s'il y est satisfait, permettra de priver l'accusé des droits linguistiques que lui confère l'art. 530. En général, il sera dans les meilleurs intérêts de la justice d'accepter la demande par l'accusé d'un procès ou d'un nouveau procès dans la langue officielle de son choix. C'est le rejet de la demande qui constitue l'exception et qui doit être justifié. Le fardeau de justifier un tel rejet devrait incomber au ministère public.

The Court of Appeal's decision upholding the dismissal of the s. 530(4) application is based exclusively on the ability of the accused to speak English. The accused's ability to express himself in English is irrelevant because the choice of language is not meant to support the legal right to a fair trial, but to assist the accused in gaining equal access to a public service that is responsive to his linguistic and cultural identity. In the circumstances of this case, the application under s. 530(4) should have been accepted since no valid reason for refusing the application was raised. The violation of s. 530 constitutes a substantial wrong and not a procedural irregularity. Accordingly, s. 686(1)(*b*) has no application in this case and a new trial must be ordered. Since the language in which the new trial is to be held is the very object of this appeal, and since the accused has affirmed his request for a trial to be held before a judge and jury who speak both official languages of Canada, the accused's application is granted.

Per Lamer C.J. and Binnie J.: It is not an appropriate case to revisit the Court's constitutional interpretation of the language guarantees contained in s. 16 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and to re-assess the Court's approach developed in *Société des Acadiens*. It is a well-established rule of prudence that courts ought not to pronounce on constitutional issues unless they are squarely raised for decision. This is not a constitutional case. It is a case of statutory construction. Section 12 of the *Interpretation Act* deems s. 530 of the *Criminal Code* to be remedial and requires it to be given such "fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects". This principle of interpretation is sufficient to dispose of this appeal. On the statutory interpretation issue, there is agreement with the majority's analysis of s. 530.

Cases Cited

By Bastarache J.

Not followed: *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *R. v. Yancey* (1899), 2 C.C.C. 320; *Piperno v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 292; *Saraga v. The Queen*, Que. Sup. Ct., No. 500-01-01624L-876, November 18, 1988; *R. v. Brown*, Que. Sup. Ct., No. 700-01-3172-840, March 28, 1985, R.J.P.Q. 85-215; *R. v. Lorentz-Aflalo*, Que. Sup. Ct., No. 500-01-006114-877, October 8, 1987; **referred to:**

La décision de la Cour d'appel de confirmer le rejet de la demande fondée sur le par. 530(4) reposait exclusivement sur l'aptitude de l'accusé à parler l'anglais. L'aptitude de l'accusé à s'exprimer en anglais n'est pas pertinente parce que le choix de la langue n'a pas pour but d'étayer la garantie juridique d'un procès équitable, mais de permettre à l'accusé d'obtenir un accès égal à un service public qui répond à son identité linguistique et culturelle. Dans les circonstances de l'espèce, la demande fondée sur le par. 530(4) aurait dû être acceptée vu qu'aucune raison valable de la rejeter n'avait été soulevée. La violation de l'art. 530 est un tort important et non une irrégularité de procédure. Par conséquent, l'al. 686(1)*b*) ne s'applique pas en l'espèce et un nouveau procès doit être ordonné. Comme la langue dans laquelle le nouveau procès se tiendra est l'objet même du présent pourvoi, et que l'accusé a confirmé sa demande de procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles du Canada, la demande de l'accusé est accueillie.

Le juge en chef Lamer et le juge Binnie: Le présent pourvoi n'est pas l'occasion appropriée de réexaminer l'interprétation constitutionnelle par notre Cour des garanties linguistiques énoncées à l'art. 16 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et de réévaluer la position adoptée par la Cour dans *Société des Acadiens*. En vertu d'une règle de prudence bien établie, les tribunaux ne devraient pas se prononcer sur des questions constitutionnelles tant qu'elles ne sont pas nettement soumises à leur décision. Le pourvoi n'est pas une affaire constitutionnelle. Il s'agit d'interprétation législative. Suivant l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, l'art. 530 du *Code criminel* est censé apporter une solution de droit et «s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». Ce principe d'interprétation suffit pour trancher le pourvoi. Sur la question de l'interprétation des textes législatifs, l'accord est donné à l'analyse de l'art. 530 par la majorité.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts non suivis: *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *R. c. Yancey* (1899), 2 C.C.C. 320; *Piperno c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 292; *Saraga c. The Queen*, C.S. Qué., nº 500-01-01624L-876, 18 novembre 1988; *R. c. Brown*, C.S. Qué., nº 700-01-3172-840, 28 mars 1985, R.J.P.Q. 85-215; *R. c. Lorentz-Aflalo*, C.S. Qué., nº 500-01-006114-877, 8 octobre 1987; **arrêts mentionnés:** *R. c. Litchfield*,

R. v. Litchfield, [1993] 4 S.C.R. 333; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 S.C.R. 449; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *R. v. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 116; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *Robin v. Collège de St-Boniface* (1984), 15 D.L.R. (4th) 198; *Paquette v. The Queen in Right of Canada* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951.

By Lamer C.J. and Binnie J.

Referred to: *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1977-78, c. 36, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 14, 16(1), (3).
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 133.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.9 [ad. 1997, c. 30, s. 1], 530 [am. c. 27 (1st Supp.), ss. 94 and 203], 530.1 [ad. c. 31 (4th Supp.), s. 94], 686(1)(*b*)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (iv) [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 145], (5) [am. *idem*], (8).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Official Languages Act, R.S.C., 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 2, 94.

[1993] 4 R.C.S. 333; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *R. c. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 97; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *Robin c. Collège de St-Boniface* (1984), 15 D.L.R. (4th) 198; *Paquette c. The Queen in Right of Canada* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951.

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Binnie

Arrêts mentionnés: *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 14, 16(1), (3).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.9 [aj. 1997, ch. 30, art. 1], 530 [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 94 et 203], 530.1 [aj. ch. 31 (4e suppl.), art. 94], 686(1)*b*)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (iv) [aj. ch. 27 (1er suppl.), art. 145], (5) [mod. *idem*], (8).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 133.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1977-1978, ch. 36, art. 1.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), ch. 31 (4e suppl.), art. 2, 94.

Authors Cited

Canada. Commissioner of Official Languages. *The Equitable Use of English and French Before the Courts in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, November 1995.
Canada. *House of Commons Debates*, vol. V, 3rd sess., 30th Parl., May 2, 1978, p. 5087.
Canada. *House of Commons Debates*, vol. IX, 1st sess., 33rd Parl., May 6, 1986, p. 12999.
Canada. *House of Commons Debates*, vol. XIV, 2nd sess., 33rd Parl., July 7, 1988, p. 17220.
Cholewinski, Ryszard. "State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?" (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344.
Jones, Peter. "Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80.
Oestreich, Joel E. "Liberal Theory and Minority Group Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108.
Pelletier, Benoît. "Bilan des droits linguistiques au Canada" (1995), 55 *R. du B.* 611.
Riddell, Alan. "À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80" (1988), 29 *C. de D.* 829.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 98 B.C.A.C. 271, 161 W.A.C. 271, 120 C.C.C. (3d) 16, [1997] B.C.J. No. 2379 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

David Griffiths, for the appellant.

William F. Ehrcke, *Q.C.*, and *Geoffrey R. Gaul*, for the respondent.

Bernard Laprade and *Michel Francœur*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean-Yves Bernard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Richard Tardif and *Ingride Roy*, for the intervener the Commissioner of Official Languages.

Nathalie Des Rosiers, for the intervener the Association des juristes d'expression française de l'Ontario.

Doctrine citée

Canada. Commissaire aux langues officielles. *L'utilisation équitable du français et de l'anglais devant les tribunaux au Canada*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, novembre 1995.
Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 3e sess., 30e lég., 2 mai 1978, p. 5087.
Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 1re sess., 33e lég., 6 mai 1986, p. 12999.
Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 2e sess., 33e lég., 7 juillet 1988, p. 17220.
Cholewinski, Ryszard. «State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?» (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344.
Jones, Peter. «Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights» (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80.
Oestreich, Joel E. «Liberal Theory and Minority Group Rights» (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108.
Pelletier, Benoît. «Bilan des droits linguistiques au Canada» (1995), 55 *R. du B.* 611.
Riddell, Alan. «À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80» (1988), 29 *C. de D.* 829.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 98 B.C.A.C. 271, 161 W.A.C. 271, 120 C.C.C. (3d) 16, [1997] B.C.J. No. 2379 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

David Griffiths, pour l'appelant.

William F. Ehrcke, *c.r.*, et *Geoffrey R. Gaul*, pour l'intimée.

Bernard Laprade et *Michel Francœur*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean-Yves Bernard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Richard Tardif et *Ingride Roy*, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles.

Nathalie Des Rosiers, pour l'intervenante l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario.

Laurent J. Roy, Q.C., and *Michel L. J. Chartier*, for the intervener the Association des juristes d'expression française du Manitoba.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BINNIE J. — We agree with the conclusion and with the analysis of s. 530 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, set out in the reasons of Bastarache J. However, with respect, we do not consider this to be an appropriate case to revisit the Court's constitutional interpretation of the language guarantees contained in s. 16 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is a well-established rule of prudence that courts ought not to pronounce on constitutional issues unless they are squarely raised for decision. This is not a constitutional case. It is a case of statutory construction. Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, deems s. 530 to be remedial and requires it to be given such "fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects". This principle of interpretation is sufficient to dispose of this appeal.

At paragraph 25, our colleague Bastarache J. undertakes an examination of constitutional language rights and proposes that "[t]o the extent that *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick* [*Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549], at pp. 579-80, stands for a restrictive interpretation of language rights, it is to be rejected." The reference is to that portion of the judgment of Beetz J. where he discussed s. 16 of the *Charter* and highlighted the political and historic origins of language rights in our Constitution and observed that:

The legislative process, unlike the judicial one, is a political process and hence particularly suited to the advancement of rights founded on political compromise.

. . .

Laurent J. Roy, c.r., et *Michel L. J. Chartier*, pour l'intervenante l'Association des juristes d'expression française du Manitoba.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE BINNIE — Nous souscrivons à la conclusion du juge Bastarache et à son analyse de l'art. 530 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Toutefois, nous ne pensons pas, avec égards, que le présent pourvoi est l'occasion appropriée de réexaminer l'interprétation constitutionnelle par notre Cour des garanties linguistiques énoncées à l'art. 16 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En vertu d'une règle de prudence bien établie, les tribunaux ne devraient pas se prononcer sur des questions constitutionnelles tant qu'elles ne sont pas nettement soumises à leur décision. Le présent pourvoi n'est pas une affaire constitutionnelle. Il s'agit ici d'interprétation législative. Suivant l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, l'art. 530 est censé apporter une solution de droit et «s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». Ce principe d'interprétation suffit pour trancher le pourvoi. 1

Notre collègue le juge Bastarache, au par. 25, entreprend l'examen des droits linguistiques en vertu de la Constitution et avance la proposition selon laquelle «[d]ans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick* [*Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549], aux pp. 579 et 580, préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté.» Il fait allusion à la partie du jugement où le juge Beetz, traitant de l'art. 16 de la *Charte*, met l'accent sur les origines politiques et historiques des droits linguistiques dans notre Constitution et fait observer que: 2

Comme le processus législatif est, à la différence du processus judiciaire, un processus politique, il se prête particulièrement bien à l'avancement des droits fondés sur un compromis politique.

. . .

If however the provinces were told that the scheme provided by ss. 16 to 22 of the *Charter* was inherently dynamic and progressive, apart from legislation and constitutional amendment, and that the speed of progress of this scheme was to be controlled mainly by the courts, they would have no means to know with relative precision what it was that they were opting into. This would certainly increase their hesitation in so doing and would run contrary to the principle of advancement contained in s. 16(3).

In my opinion, s. 16 of the *Charter* confirms the rule that the courts should exercise restraint in their interpretation of language rights provisions. [Emphasis added.]

3 The foundation of Beetz J.'s caution, i.e., that language rights reflect a political compromise, was recently spelled out by this Court in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 79:

There are a number of specific constitutional provisions protecting minority language, religion and education rights. Some of those provisions are, as we have recognized on a number of occasions, the product of historical compromises.... [T]he protection of minority religious education rights was a central consideration in the negotiations leading to Confederation. In the absence of such protection, it was felt that the minorities in what was then Canada East and Canada West would be submerged and assimilated.... Similar concerns animated the provisions protecting minority language rights.... [Citations omitted.]

4 In *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, Dickson C.J., for a unanimous Court, stated at p. 365 that "Beetz J.'s warning that courts should be careful in interpreting language rights is a sound one", a point of view that was reiterated by the Court in *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839, at pp. 851-52.

5 This is not to say that language rights are not to be given a purposive approach. On the contrary, it is clearly open to the Court, as Wilson J. put it in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1176, "to breathe life into a compromise that is clearly

Si toutefois on disait aux provinces que le régime créé par les art. 16 à 22 de la *Charte* est dynamique et progressif en soi, indépendamment de toute législation et de toute modification de la Constitution, et qu'il appartient surtout aux tribunaux de régler le rythme d'évolution de ce régime, elles se trouveraient alors dans l'impossibilité de savoir avec une exactitude relative ce à quoi elles adhèrent. Pareille situation les rendrait assurément plus réticentes à adhérer et irait à l'encontre du principe de progression énoncé au par. 16(3).

Selon moi, l'art. 16 de la *Charte* confirme la règle selon laquelle les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans leur interprétation des dispositions relatives aux droits linguistiques. [Nous soulignons.]

Récemment, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 79, la Cour a expliqué le fondement de la mise en garde du juge Beetz, selon laquelle les droits linguistiques reflètent un compromis politique:

Plusieurs dispositions constitutionnelles protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités. Comme nous l'avons reconnu en plusieurs occasions, certaines de ces dispositions sont le résultat de compromis historiques. [. . .] [L]a protection des droits des minorités religieuses en matière d'éducation avait été une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération. On craignait qu'en l'absence de protection, les minorités de l'Est et de l'Ouest du Canada d'alors soient submergées et assimilées. [. . .] Des inquiétudes semblables ont inspiré les dispositions protégeant les droits linguistiques des minorités. . . [Citations omises.]

Dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, à la p. 365, le juge en chef Dickson a déclaré au nom de la Cour unanime: «C'est à très juste titre que le juge Beetz invite les tribunaux à la prudence dans l'interprétation de droits linguistiques»; la Cour a réitéré ce point de vue dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, aux pp. 851 et 852.

Cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas donner aux droits linguistiques une interprétation fondée sur leur objet. Au contraire, comme l'a déclaré le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1176, il est

expressed". In fact, the process envisaged by Beetz J. and the majority in *Société des Acadiens*, *supra*, is illustrated by the enactment of s. 530 itself, which addresses a particular aspect of language rights and develops a comprehensive statutory procedure to vindicate those rights in the context of a balanced recognition of the various interests at stake. A re-assessment of the Court's approach to *Charter* language rights developed in *Société des Acadiens* and reiterated in subsequent cases is not necessary or desirable in this appeal which can and should be resolved according to the ordinary principles of statutory interpretation mentioned above.

clairement loisible à la Cour «d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé». En réalité, le processus que le juge Beetz et la majorité envisageaient dans l'arrêt *Société des Acadiens*, précité, est illustré par l'adoption même de l'art. 530 qui traite d'un aspect particulier des droits linguistiques et établit une procédure légale détaillée et complète pour faire valoir ces droits dans le contexte d'une reconnaissance équilibrée des divers intérêts en jeu. Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de réévaluer ici la position adoptée par la Cour dans l'arrêt *Société des Acadiens* et réitérée dans des arrêts ultérieurs quant aux droits linguistiques garantis par la *Charte*; le présent pourvoi peut et doit être tranché conformément aux principes ordinaires d'interprétation des lois mentionnés précédemment.

On the statutory interpretation issue, we agree with our colleague's analysis of s. 530 of the *Code* and we therefore agree with the disposition of the appeal he proposes. 6

Pour ce qui est de l'interprétation des textes législatifs, nous sommes d'accord avec l'analyse que fait notre collègue de l'art. 530 du *Code* et nous souscrivons donc au résultat qu'il propose dans le pourvoi.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

BASTARACHE J. —

LE JUGE BASTARACHE —

1. General Introduction and Procedural History

1. Introduction générale et historique des procédures

This is the first time this Court has been called upon to interpret the language rights afforded by s. 530 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. This case concerns the right to be heard by a judge or a judge and jury who speak the official language of Canada that is the language of the accused, or both official languages of Canada. The unique circumstances of the accused provide an opportunity to clarify the scope of the right in ss. 530(1) and 530(4) of the *Code* and to determine the proper scheme of the legislation in cases where a new trial is ordered. For the purposes of this introduction, I will only mention that s. 530(1) creates an absolute right, while s. 530(4) subjects that right to the discretion of the trial judge. 7

Notre Cour est appelée pour la première fois à interpréter les droits linguistiques prévus par l'art. 530 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La présente affaire porte sur le droit d'être entendu par un juge seul ou un juge et un jury qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé, ou les deux langues officielles du Canada. La situation exceptionnelle de l'accusé nous donne l'occasion de clarifier la portée du droit prévu aux par. 530(1) et 530(4) du *Code* et de déterminer le régime législatif applicable lorsqu'un nouveau procès est ordonné. Aux fins de la présente introduction, je me borne à dire que le par. 530(1) crée un droit absolu alors que le par. 530(4) assujettit le droit au pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

8 The appellant, Jean Victor Beaulac, was charged in 1988 with first degree murder for an offence that occurred in 1981 and went unsolved for many years. He was subsequently tried three times in the Supreme Court of British Columbia for this same murder. His first trial ended in a mistrial because of a conversation between a juror and his wife who had overheard prejudicial information. The second trial resulted in the conviction of the appellant, but this conviction was overturned by the Court of Appeal on the basis of errors in the jury charge concerning the issue of self-induced intoxication. The third trial also ended in a conviction. The current appeal deals solely with the question of the violation of the accused's language rights.

9 Section 530 was declared in force in British Columbia on January 1, 1990. Thus, it was not in force until after the January 1989 preliminary hearing at which this accused was ordered to stand trial for the first time. In fact, the first application for a trial before a judge and jury who speak both official languages of Canada was made by the appellant on October 30, 1990 during a *voir dire*, five days into the first trial, but was denied by Skipp J. After the mistrial ruling, the appellant applied for a retrial before a court composed of a judge and jury who spoke both official languages of Canada. Macdonell J. dismissed the application with written reasons on February 11, 1991: [1991] B.C.J. No. 277 (QL). An application for leave to appeal to the Supreme Court *per saltum* was dismissed without reasons. Although Macdonell J.'s reasons are not directly on appeal, they were relied upon in the subsequent rulings and are therefore highly relevant. Macdonell J. considered what was in the best interests of justice. As discussed later in these reasons, this is the criterion governing the exercise of the judge's discretion under s. 530(4) of the *Code*. Macdonell J. assessed the appellant's fluency in English based on the transcripts of his evidence at the first trial, which was held in English. He found that his English was not the most refined, but that his message gets across clearly and forcefully. He concluded that no injustice would result from a new trial in English. He also

L'appelant, Jean Victor Beaulac, a été accusé en 1988 de meurtre au premier degré par suite d'événements survenus en 1981 mais non élucidés pendant plusieurs années. Il a depuis subi trois procès devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique concernant ce meurtre. Son premier procès a été déclaré nul en raison d'une conversation entre un juré et son épouse, qui avait entendu par hasard des renseignements préjudiciables. À son deuxième procès, l'appelant a été reconnu coupable, mais cette décision a été infirmée par la Cour d'appel sur le fondement d'erreurs dans les directives au jury sur la question de l'intoxication volontaire. Le troisième procès a aussi abouti à une déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi porte uniquement sur la question de la violation des droits linguistiques de l'accusé.

L'article 530 est entré en vigueur en Colombie-Britannique le 1er janvier 1990, soit après l'enquête préliminaire de janvier 1989 au cours de laquelle l'accusé a été renvoyé pour subir son procès pour la première fois. En fait, la première demande de procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles du Canada a été présentée par l'appelant le 30 octobre 1990, pendant un voir-dire, cinq jours après le début du premier procès, mais elle a été rejetée par le juge Skipp. Après l'annulation du procès, l'appelant a demandé un nouveau procès devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury parlant les deux langues officielles du Canada. Le juge Macdonell a rejeté la demande en soumettant des motifs écrits le 11 février 1991: [1991] B.C.J. No. 277 (QL). Une demande d'autorisation de pourvoi *per saltum* devant la Cour suprême a été rejetée sans motifs. Bien que les motifs du juge Macdonell ne fassent pas directement l'objet du présent pourvoi, ils ont servi de fondement aux décisions rendues par la suite et sont donc très pertinents. Le juge Macdonell a examiné ce qui serait dans les meilleurs intérêts de la justice. Comme on le verra plus loin, il s'agit du critère qui régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge prévu au par. 530(4) du *Code*. Le juge Macdonell a évalué la capacité de l'appelant de s'exprimer en anglais en se fondant sur la transcription de son témoignage au premier procès, qui s'est déroulé en anglais. Il a jugé

commented on the logistical difficulties connected with mounting a complete trial in French in British Columbia. He finally mentioned that the appellant was in custody and that it was the general policy to proceed with trials of people in custody as quickly as possible. In all of the circumstances, Macdonell J. found that it was not in the best interests of justice that the appellant be tried before a judge and jury who speak both English and French.

que l'anglais de l'appelant n'était pas des plus raffinés, mais qu'il se faisait comprendre clairement et vigoureusement. Il a conclu qu'aucune injustice ne résulterait de la tenue d'un nouveau procès en anglais. Il a également souligné les difficultés logistiques liées à la tenue d'un procès complètement en français en Colombie-Britannique. Il a enfin mentionné que l'appelant était détenu et que la politique générale était de tenir le plus rapidement possible le procès de personnes détenues. Le juge Macdonell a conclu que, vu les circonstances, il n'était pas dans les meilleurs intérêts de la justice de tenir le procès de l'appelant devant un juge et un jury parlant l'anglais et le français.

The application for a trial before a judge and jury who speak both official languages of Canada was renewed, but dismissed by Rowles J. on June 18, 1991. I note here that she was not the "judge before whom the accused is to be tried", as prescribed by s. 530(4). She decided that s. 530(1) does not apply to a retrial before dealing with the application of s. 530(4). The second trial was heard by Murray J. who dismissed yet another application on October 7, 1991. The conviction of the accused was overturned by the Court of Appeal, which declined to rule on the language of proceedings in its decision of January 21, 1994: (1994), 40 B.C.A.C. 236.

10 La demande de procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles du Canada a été renouvelée, mais elle a été rejetée par le juge Rowles le 18 juin 1991. Je note qu'elle n'était pas «le juge devant qui l'accusé doit subir son procès», selon les termes du par. 530(4). Elle a jugé que le par. 530(1) ne s'appliquait pas à un nouveau procès, avant de se prononcer sur l'application du par. 530(4). Le deuxième procès a été entendu par le juge Murray, qui a rejeté une autre demande le 7 octobre 1991. La déclaration de culpabilité de l'accusé a été infirmée par la Cour d'appel qui a refusé de trancher la question de la langue de l'instance dans sa décision du 21 janvier 1994: (1994), 40 B.C.A.C. 236.

During the pre-trial hearing of July 4, 1994, the accused applied again for a trial before a judge and jury who speak both official languages of Canada. Owen-Flood J., who, like Rowles J., was not the judge before whom the accused would be tried, dismissed the application. The trial proceeded in English and the appellant was convicted. The Court of Appeal assumed that the order made pursuant to s. 530(4) was an order pertaining to the judicial process and that it could therefore be attacked collaterally under the principles articulated in *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333. It dismissed the appeal from conviction on October 29, 1997, upholding the decision of Owen-Flood J. on the language issue: (1997), 120 C.C.C. (3d) 16. It is this decision that is currently under appeal. The respondent did not argue against the appellant's

11 Pendant l'audience préparatoire du 4 juillet 1994, l'accusé a encore demandé un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles du Canada. Le juge Owen-Flood a rejeté la demande. Comme le juge Rowles, il n'était pas le juge devant lequel l'accusé subirait son procès. Le procès s'est tenu en anglais et l'appelant a été déclaré coupable. La Cour d'appel a présumé que l'ordonnance rendue aux termes du par. 530(4) se rapportait au processus judiciaire et pouvait donc être attaquée indirectement en vertu des principes de l'arrêt *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333. Elle a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité le 29 octobre 1997, confirmant la décision du juge Owen-Flood sur la question linguistique: (1997), 120 C.C.C. (3d) 16. Il s'agit de la décision portée en appel devant notre Cour. L'intimée n'a pas

appeal on the basis of the rule against collateral attack. Although it is not technically necessary to deal with this latter issue, I would lift the uncertainty of the Court of Appeal's decision by saying that the order under s. 530(4) governs the judicial process itself, rather than the conduct of the parties, such that traditional concerns as to certainty and the need for the orderly administration of justice are not brought into play. The order would have been subject to review if it had been made by the trial judge, and the appellant should not be penalized for having brought the application in a timely manner prior to the trial rather than at the trial proper. I would therefore conclude that the rule against collateral attack had no application in the present case and that the Court of Appeal had jurisdiction to deal with the language issue.

plaidé contre le pourvoi de l'appelant en se fondant sur la règle interdisant l'attaque indirecte. Bien qu'il ne soit pas techniquement nécessaire de traiter cette question, je suis d'avis de dissiper l'incertitude soulevée par l'arrêt de la Cour d'appel en affirmant que l'ordonnance prévue au par. 530(4) régit le processus judiciaire lui-même, plutôt que la conduite des parties, de sorte que les préoccupations traditionnelles en ce qui concerne la certitude et le besoin d'une administration ordonnée de la justice n'entrent pas en jeu. L'ordonnance aurait été susceptible de contrôle judiciaire si elle avait été rendue par le juge du procès et l'appelant ne devrait pas être pénalisé pour avoir présenté sa demande en temps opportun avant le procès plutôt qu'au procès lui-même. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que la règle interdisant l'attaque indirecte ne s'appliquait pas en l'espèce et que la Cour d'appel avait compétence pour se prononcer sur la question de la langue.

2. Relevant Constitutional and Legislative Provisions

2. Dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

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

530. (1) On application by an accused whose language is one of the official languages of Canada, made not later than

(*a*) the time of the appearance of the accused at which his trial date is set, if

(i) he is accused of an offence mentioned in section 553 or punishable on summary conviction, or

(ii) the accused is to be tried on an indictment preferred under section 577,

(*b*) the time of his election, if the accused elects under section 536 to be tried by a provincial court judge, or

(*c*) the time when the accused is ordered to stand trial, if the accused

(i) is charged with an offence listed in section 469,

(ii) has elected to be tried by a court composed of a judge or a judge and jury, or

(iii) is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury,

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

530. (1) Sur demande d'un accusé dont la langue est l'une des langues officielles du Canada, faite au plus tard:

a) au moment où la date du procès est fixée:

(i) s'il est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 553 ou punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

(ii) si l'accusé doit être jugé sur un acte d'accusation présenté en vertu de l'article 577;

b) au moment de son choix, s'il choisit de subir son procès devant un juge de la cour provinciale en vertu de l'article 536;

c) au moment où il est renvoyé pour subir son procès:

(i) s'il est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 469,

(ii) s'il a choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge seul ou d'un juge et d'un jury,

(iii) s'il est réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury,

a justice of the peace or provincial court judge shall grant an order directing that the accused be tried before a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury, as the case may be, who speak the official language of Canada that is the language of the accused or, if the circumstances warrant, who speak both official languages of Canada.

. . .

(4) Where an accused fails to apply for an order under subsection (1) or (2) and the justice of the peace, provincial court judge or judge before whom the accused is to be tried, in this Part referred to as "the court", is satisfied that it is in the best interests of justice that the accused be tried before a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury who speak the official language of Canada that is the language of the accused or, if the language of the accused is not one of the official languages of Canada, the official language of Canada in which the accused, in the opinion of the court, can best give testimony, the court may, if it does not speak that language, by order remand the accused to be tried by a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury, as the case may be, who speak that language or, if the circumstances warrant, who speak both official languages of Canada.

. . .

530.1 Where an order is granted under section 530 directing that an accused be tried before a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury who speak the official language that is the language of the accused or in which the accused can best give testimony,

(*a*) the accused and his counsel have the right to use either official language for all purposes during the preliminary inquiry and trial of the accused;

(*b*) the accused and his counsel may use either official language in written pleadings or other documents used in any proceedings relating to the preliminary inquiry or trial of the accused;

(*c*) any witness may give evidence in either official language during the preliminary inquiry or trial;

(*d*) the accused has a right to have a justice presiding over the preliminary inquiry who speaks the official language that is the language of the accused;

un juge de paix ou un juge de la cour provinciale rend une ordonnance à l'effet que l'accusé subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury, selon le cas, qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé ou, si les circonstances le justifient, qui parlent les deux langues officielles du Canada.

. . .

(4) Lorsqu'un accusé ne présente aucune demande pour une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) et que le juge de paix, le juge de la cour provinciale ou le juge devant qui l'accusé doit subir son procès — appelés «tribunal» dans la présente partie — est convaincu qu'il est dans les meilleurs intérêts de la justice que l'accusé subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé ou, si la langue de l'accusé n'est pas l'une des langues officielles du Canada, la langue officielle du Canada qui, de l'avis du tribunal, permettra à l'accusé de témoigner le plus facilement, le tribunal peut, par ordonnance, s'il ne parle pas cette langue, renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury qui parlent cette langue ou, si les circonstances le justifient, qui parlent les deux langues officielles du Canada.

. . .

530.1 Lorsqu'il est ordonné, sous le régime de l'article 530, qu'un accusé subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury qui parlent la langue officielle qui est celle de l'accusé ou la langue officielle qui permettra à l'accusé de témoigner le plus facilement:

a) l'accusé et son avocat ont le droit d'employer l'une ou l'autre langue officielle au cours de l'enquête préliminaire et du procès;

b) ils peuvent utiliser l'une ou l'autre langue officielle dans les actes de procédure ou autres documents de l'enquête préliminaire et du procès;

c) les témoins ont le droit de témoigner dans l'une ou l'autre langue officielle à l'enquête préliminaire et au procès;

d) l'accusé a droit à ce que le juge présidant l'enquête parle la même langue officielle que lui;

(*e*) except where the prosecutor is a private prosecutor, the accused has a right to have a prosecutor who speaks the official language that is the language of the accused;

(*f*) the court shall make interpreters available to assist the accused, his counsel or any witness during the preliminary inquiry or trial;

(*g*) the record of proceedings during the preliminary inquiry or trial shall include

(i) a transcript of everything that was said during those proceedings in the official language in which it was said,

(ii) a transcript of any interpretation into the other official language of what was said, and

(iii) any documentary evidence that was tendered during those proceedings in the official language in which it was tendered; and

(*h*) any trial judgment, including any reasons given therefor, issued in writing in either official language, shall be made available by the court, in the official language that is the language of the accused.

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

. . .

(*b*) may dismiss the appeal where

. . .

(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;

. . .

e) l'accusé a droit à ce que le poursuivant — quand il ne s'agit pas d'un poursuivant privé — parle la même langue officielle que lui;

f) le tribunal est tenu d'offrir des services d'interprétation à l'accusé, à son avocat et aux témoins tant à l'enquête préliminaire qu'au procès;

g) le dossier de l'enquête préliminaire et celui du procès doivent comporter la totalité des débats dans la langue officielle originale et la transcription de l'interprétation, ainsi que toute la preuve documentaire dans la langue officielle de sa présentation à l'audience;

h) le tribunal assure la disponibilité, dans la langue officielle qui est celle de l'accusé, du jugement — exposé des motifs compris — rendu par écrit dans l'une ou l'autre langue officielle.

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:

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

. . .

(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;

. . .

(5) Where an appeal is taken in respect of proceedings under Part XIX and the court of appeal orders a new trial under this Part, the following provisions apply:

(*a*) if the accused, in his notice of appeal or notice of application for leave to appeal, requested that the new trial, if ordered, should be held before a court composed of a judge and jury, the new trial shall be held accordingly;

(*b*) if the accused, in his notice of appeal or notice of application for leave to appeal, did not request that the new trial, if ordered, should be held before a court composed of a judge and jury, the new trial shall, without further election by the accused, be held before a judge or provincial court judge, as the case may be, acting under Part XIX, other than a judge or provincial court judge who tried the accused in the first instance, unless the court of appeal directs that the new trial be held before the judge or provincial court judge who tried the accused in the first instance;

(*c*) if the court of appeal orders that the new trial shall be held before a court composed of a judge and jury, the new trial shall be commenced by an indictment in writing setting forth the offence in respect of which the new trial was ordered; and

(*d*) notwithstanding paragraph (*a*), if the conviction against which the accused appealed was for an offence mentioned in section 553 and was made by a provincial court judge, the new trial shall be held before a provincial court judge acting under Part XIX, other than the provincial court judge who tried the accused in the first instance, unless the court of appeal directs that the new trial be held before the provincial court judge who tried the accused in the first instance.

. . .

(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.

Official Languages Act, R.S.C., 1985, c. 31 (4th Supp.)

2. The purpose of this Act is to

(*a*) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all federal institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and

(5) Lorsqu'un appel est porté à l'égard de procédures prévues par la partie XIX et que la cour d'appel ordonne un nouveau procès aux termes de la présente partie, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) si l'accusé, dans son avis d'appel ou avis de demande d'autorisation d'appel, a demandé que le nouveau procès, s'il est ordonné, soit instruit devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury, le nouveau procès s'instruit en conséquence;

b) si l'accusé, dans son avis d'appel ou avis de demande d'autorisation d'appel, n'a pas demandé que le nouveau procès, s'il est ordonné, soit instruit devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury, le nouveau procès s'instruit, sans nouveau choix par l'accusé, devant un juge ou juge de la cour provinciale, selon le cas, agissant en vertu de la partie XIX, autre qu'un juge ou juge de la cour provinciale qui a jugé l'accusé en première instance, à moins que la cour d'appel n'ordonne que le nouveau procès ait lieu devant le juge ou juge de la cour provinciale qui a jugé l'accusé en première instance;

c) si la cour d'appel ordonne que le nouveau procès soit instruit devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury, le nouveau procès doit commencer par un acte d'accusation écrit énonçant l'infraction à l'égard de laquelle le nouveau procès a été ordonné;

d) nonobstant l'alinéa *a*), si la déclaration de culpabilité dont l'accusé a interjeté appel visait une infraction mentionnée à l'article 553 et a été prononcée par un juge de la cour provinciale, le nouveau procès s'instruit devant un juge de la cour provinciale agissant en vertu de la partie XIX, autre que celui qui a jugé l'accusé en première instance, sauf si la cour d'appel ordonne que le nouveau procès s'instruise devant le juge de la cour provinciale qui a jugé l'accusé en première instance.

. . .

(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.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), ch. 31 (4e suppl.)

2. La présente loi a pour objet:

a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les

other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

(*b*) support the development of English and French linguistic minority communities and generally advance the equality of status and use of the English and French languages within Canadian society; and

(*c*) set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada.

Constitution Act, 1867

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

. . .

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

b) d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d'une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais;

c) de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles.

Loi constitutionnelle de 1867

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Charte canadienne des droits et libertés

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

. . .

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

3. Legislative Interpretation

(a) *The Constitutional Background*

13 Before I get to the specific statutory questions raised in this appeal, it will be helpful to consider the constitutional background that has been so important to the recent interpretation of official language provisions.

3. L'interprétation des textes législatifs

a) *L'historique constitutionnel*

Avant de traiter de textes législatifs précis, il est utile d'examiner l'historique constitutionnel qui a été d'une grande importance dans l'interprétation récente des dispositions relatives aux langues officielles.

The power to make laws with regard to the use of official languages has not been formally inscribed in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is an ancillary power to the exercise of legislative authority over a class of subjects assigned to Parliament or to provincial legislatures. But the backdrop against which language provisions have been examined remains the language rights that are established by the Constitution.

In 1975, when this Court confirmed that language guarantees in s. 133 of the *Constitution Act, 1867* were minimal provisions and did not preclude the extension of language rights by either the federal or the provincial legislatures (*Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, at pp. 192-93), a purposive and liberal approach to the interpretation of language rights was adopted. This approach was re-affirmed and expanded in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 (*Blaikie No. 1*), and *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*). In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, the Court wrote, at p. 739:

> If more evidence of Parliament's intent is needed, it is necessary only to have regard to the purpose of both s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, which was to ensure full and equal access to the legislatures, the laws and the courts for francophones and anglophones alike. [Emphasis added.]

In 1986, three decisions dealing with language rights in the courts appeared to have reversed the tendency to adopt a liberal approach to the interpretation of constitutional language guarantees: *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, and *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 S.C.R. 449. In those cases, the majority of the Court held that s. 133 of the *Constitution Act, 1867* guarantees a limited and precise group of rights resulting from a political compromise, and that, contrary to legal

Le pouvoir de faire des lois concernant l'emploi des langues officielles n'a pas été formellement inscrit dans les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est un pouvoir accessoire à l'exercice de la compétence législative du Parlement ou des législatures provinciales dans les domaines qui leur sont assignés. Toutefois, la toile de fond de l'examen des dispositions linguistiques demeure les droits linguistiques créés par la Constitution. 14

En 1975, quand notre Cour a confirmé que les garanties linguistiques de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* étaient des dispositions minimales et n'empêchaient pas l'extension des droits linguistiques par le Parlement ou les législatures provinciales (*Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, aux pp. 192 et 193), elle a adopté une interprétation des droits linguistiques libérale et fondée sur leur objet. Cette interprétation a été réaffirmée et étendue dans les arrêts *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 (*Blaikie n° 1*), et *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (*Blaikie n° 2*). Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la Cour dit, à la p. 739: 15

> S'il faut ajouter à la preuve de l'intention du Parlement, il suffit simplement de considérer l'objet de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui est d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux. [Je souligne.]

En 1986, trois arrêts portant sur les droits linguistiques devant les tribunaux paraissent avoir renversé la tendance à adopter une interprétation libérale des garanties linguistiques constitutionnelles: *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, et *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449. Dans ces arrêts, notre Cour, à la majorité, a statué que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit un groupe restreint et précis de droits résultant d'un compromis politique 16

rights incorporated in ss. 7 to 14 of the *Charter*, they should be interpreted with "restraint" (*Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, at p. 580). The majority judgments went on to say that progression towards equality of official languages is a goal to be pursued through the legislative process. The Court held that the right to use one's language in s. 133 does not impose a corresponding obligation on the State or any other individual to use the language so chosen, other than the obligation not to prevent those who wish to do so from exercising those rights; see *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, at pp. 574-75. In dissent on the constitutional question, Dickson C.J. wrote, at p. 560: "In interpreting *Charter* provisions, this Court has firmly endorsed a purposive approach." Noting the willingness of the Court to expand the definition of the words "Acts" and "Courts" in *Blaikie No. 1* and *Blaikie No. 2*, Dickson C.J. re-affirmed, at p. 563, that the purpose of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867* was based on equality. He then quoted from the *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, at p. 744:

> Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* is a specific manifestation of the general right of Franco-Manitobans to use their own language. The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

17 Immediately after the trilogy, the Court seemed to depart from its restrictive position. While this more liberal approach to language rights was not always directed at s. 133 of the *Constitution Act, 1867* or the similar provisions of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, the new language cases are significant because they re-affirm the importance of language rights as supporting official language communities and their culture. In *Ford v. Quebec*

et que, contrairement aux garanties juridiques inscrites aux art. 7 à 14 de la *Charte*, ces droits devraient être interprétés avec «retenue» (*Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, à la p. 580). Les juges majoritaires disent ensuite que la progression vers l'égalité des langues officielles est un but qui doit être poursuivi par le processus législatif. Notre Cour a statué que le droit d'employer la langue de son choix prévu à l'art. 133 n'impose pas d'obligation correspondante pour l'État ou un autre individu d'employer la langue ainsi choisie, autre que l'obligation de ne pas empêcher ceux qui souhaitent le faire d'exercer ces droits; voir *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, aux pp. 574 et 575. Dissident sur la question constitutionnelle, le juge en chef Dickson écrit, à la p. 560: «En interprétant les dispositions de la *Charte*, cette Cour a approuvé sans réserve une méthode qui consiste à examiner l'objet visé.» Notant la volonté de notre Cour d'élargir la définition des mots «lois» et «tribunaux» dans *Blaikie n° 1* et *Blaikie n° 2*, le juge en chef Dickson a réaffirmé, à la p. 563, que l'objet de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* était fondé sur l'égalité. Il a alors cité le passage suivant de la p. 744 du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité:

> L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est une manifestation spécifique du droit général qu'ont les Franco-manitobains de s'exprimer dans leur propre langue. L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

Immédiatement après ces trois arrêts, notre Cour a semblé s'écarter de sa position restrictive. Bien que cette interprétation plus libérale des droits linguistiques n'ait pas toujours visé l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ni les dispositions similaires de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, les nouveaux arrêts en matière linguistique sont intéressants parce qu'ils réaffirment l'importance des droits linguistiques comme

(Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 748-49, the Court wrote:

Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression. It is, as the preamble of the *Charter of the French Language* itself indicates, a means by which a people may express its cultural identity. It is also the means by which the individual expresses his or her personal identity and sense of individuality.

Again, in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, Dickson C.J. stated, at p. 365, after noting the caution of Beetz J. in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, *supra*:

. . . however, this does not mean that courts should not "breathe life" into the expressed purpose of the section, or avoid implementing the possibly novel remedies needed to achieve that purpose.

This approach was confirmed subsequently in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212, at p. 222, where s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* was interpreted to apply to a large category of decrees and delegated legislation. Another reference, with regard to education this time, *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839, reinforced the cultural purpose of language guarantees. At p. 850, the Court said:

Several interpretative guidelines are endorsed in *Mahe* for the purposes of defining s. 23 rights. Firstly, courts should take a purposive approach to interpreting the rights. Therefore, in accordance with the purpose of the right as defined in *Mahe*, the answers to the questions should ideally be guided by that which will most effectively encourage the flourishing and preservation of the French-language minority in the province. Secondly, the right should be construed remedially, in recognition of previous injustices that have gone unredressed and

soutien des collectivités de langue officielle et de leur culture. Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 748 et 749, la Cour dit:

La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la *Charte de la langue française* elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. C'est aussi le moyen par lequel un individu exprime son identité personnelle et son individualité.

Encore, dans *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, le juge en chef Dickson dit, à la p. 365, après avoir signalé la mise en garde formulée par le juge Beetz dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, précité: 18

. . . cela ne veut pas dire que les tribunaux ne devraient pas «insuffler la vie» à l'objet exprimé ou devraient se garder d'accorder les réparations, nouvelles peut-être, nécessaires à la réalisation de cet objet.

Cette démarche est confirmée par la suite dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, à la p. 222, qui interprète l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* comme s'appliquant à une grande catégorie de décrets et de législation déléguée. Un autre renvoi, en matière d'éducation cette fois-ci, le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, confirme l'objectif culturel des garanties linguistiques. Notre Cour dit ceci à la p. 850: 19

L'arrêt *Mahe* entérine plusieurs principes d'interprétation aux fins de définir les droits garantis par l'art. 23. Premièrement, les tribunaux devraient adopter une analyse fondée sur l'objet lorsqu'ils interprètent les droits. En conséquence, conformément à l'objet du droit défini dans l'arrêt *Mahe*, les réponses aux questions devraient idéalement être formulées en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province. Deuxièmement, le droit conféré devrait être interprété d'une façon réparatrice, compte tenu des injustices passées qui n'ont pas été redressées et qui ont nécessité

which have required the entrenchment of protection for minority language rights.

20 These pronouncements are a reflection of the fact that there is no contradiction between protecting individual liberty and personal dignity and the wider objective of recognizing the rights of official language communities. The objective of protecting official language minorities, as set out in s. 2 of the *Official Languages Act*, is realized by the possibility for all members of the minority to exercise independent, individual rights which are justified by the existence of the community. Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees; see J. E. Oestreich, "Liberal Theory and Minority Group Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, at p. 112; P. Jones, "Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, at p. 83: "[A] right . . . is conceptually tied to a duty"; and R. Cholewinski, "State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?" (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344.

21 This interpretative framework is important to a true understanding of language rights and the determination of the scope of s. 530 of the *Code*. It is relevant in this appeal because the conflicting messages of the 1986 trilogy and following cases have permeated the interpretation of language provisions that are incorporated in various statutes, including the *Code*; see B. Pelletier, "Bilan des droits linguistiques au Canada" (1995), 55 *R. du B.* 611, at pp. 620-27. I have found evidence of this, for instance, in *R. v. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 116 (Ont. C.A.), at pp. 129-30, and *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, at pp. 386-87, where the Federal Court of Appeal relates the 1986 trilogy to language rights created by statute:

> The 1988 *Official Languages Act* is not an ordinary statute. It reflects both the Constitution of the country

l'enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité.

Ces déclarations témoignent du fait qu'il n'existe pas de contradiction entre la protection de la liberté individuelle et de la dignité personnelle et l'objectif plus étendu de reconnaître les droits des collectivités de langue officielle. L'objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est atteint par le fait que tous les membres de la minorité peuvent exercer des droits indépendants et individuels qui sont justifiés par l'existence de la collectivité. Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques; voir J. E. Oestreich, «Liberal Theory and Minority Group Rights» (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, à la p. 112; P. Jones, «Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights» (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, à la p. 83: [TRADUCTION] «[U]n droit . . . est conceptuellement lié à un devoir»; et R. Cholewinski, «State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?» (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344.

Ce contexte interprétatif est important pour bien comprendre les droits linguistiques et déterminer la portée de l'art. 530 du *Code*. Il est pertinent dans ce pourvoi parce que les messages contradictoires de la trilogie de 1986 et des arrêts qui ont suivi ont influencé l'interprétation des dispositions linguistiques de diverses lois, dont le *Code criminel*; voir B. Pelletier, «Bilan des droits linguistiques au Canada» (1995), 55 *R. du B.* 611, aux pp. 620 et 627. Cela est démontré, par exemple, dans les arrêts *R. c. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 97 (C.A. Ont.), aux pp. 110 et 111, et *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373, aux pp. 386 et 387, où la Cour d'appel fédérale fait un lien entre la trilogie de 1986 et des droits linguistiques créés par des lois:

> La *Loi sur les langues officielles de 1988* n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du

and the social and political compromise out of which it arose. To the extent that it is the exact reflection of the recognition of the official languages contained in subsections 16(1) and (3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows the rules of interpretation of that Charter as they have been defined by the Supreme Court of Canada. To the extent also that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the Charter, and by virtue of its preamble, its purpose as defined in section 2 and its taking precedence over other statutes in accordance with subsection 82(1), it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects "certain basic goals of our society" and must be so interpreted "as to advance the broad policy considerations underlying it". To the extent, finally, that it is legislation regarding language rights, which have assumed the position of fundamental rights in Canada but are nonetheless the result of a delicate social and political compromise, it requires the courts to exercise caution and to "pause before they decide to act as instruments of change", as Beetz J. observed in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.* . . . [Emphasis added.]

pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette Charte telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada. Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la Charte, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment «certains objectifs fondamentaux de notre société» et qui doivent être interprétées «de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent.» Dans la mesure, enfin, où elle constitue une loi relative à des droits linguistiques qui, au Canada, ont pris valeur de droits fondamentaux mais n'en demeurent pas moins le fruit d'un compromis social et politique fragile, elle invite les tribunaux à faire preuve de prudence, et à «hésiter à servir d'instruments de changement» ainsi que le rappelait le juge Beetz dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres*. . . [Je souligne.]

The *Official Languages Act* of 1988 and s. 530.1 of the *Criminal Code*, which was adopted as a related amendment by s. 94 of the same *Official Languages Act*, constitute an example of the advancement of language rights through legislative means provided for in s. 16(3) of the *Charter*; see *Simard*, *supra*, at pp. 124-25. The principle of advancement does not however exhaust s. 16 which formally recognizes the principle of equality of the two official languages of Canada. It does not limit the scope of s. 2 of the *Official Languages Act*. Equality does not have a lesser meaning in matters of language. With regard to existing rights, equality must be given true meaning. This Court has recognized that substantive equality is the correct norm to apply in Canadian law. Where institutional bilingualism in the courts is provided for, it refers to equal access to services of equal quality for members of both official language communities in Canada. Parliament and the provincial legislatures were well aware of this when they reacted to the trilogy (*House of Commons Debates*, vol. IX, 1st sess., 33rd Parl., May 6, 1986, at p. 12999) and accepted that the 1988 provisions

22 La *Loi sur les langues officielles* de 1988 et l'art. 530.1 du *Code criminel*, introduit comme modification connexe par l'art. 94 de cette loi, illustrent la progression des droits linguistiques par des moyens législatifs selon le par. 16(3) de la *Charte*; voir *Simard*, précité, à la p. 105. Le principe de la progression n'épuise toutefois pas l'art. 16 qui reconnaît officiellement le principe de l'égalité des deux langues officielles du Canada. Il ne limite pas la portée de l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*. L'égalité n'a pas un sens plus restreint en matière linguistique. En ce qui concerne les droits existants, l'égalité doit recevoir son sens véritable. Notre Cour a reconnu que l'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada. Le Parlement et les législatures provinciales le savaient quand ils ont réagi à la trilogie (*Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 1re sess., 33e lég., 6 mai 1986, à la p. 12999) et ont reconnu que les dispositions de 1988 seraient

would be promulgated through transitional mechanisms and accompanied by financial assistance directed at providing the required institutional services.

23 When s. 530 was promulgated in British Columbia, on January 1, 1990, the scope of the language rights of the accused was not meant to be determined restrictively. The amendments were remedial (see *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12), and meant to form part of the unfinished edifice of fundamental language rights (*House of Commons Debates*, vol. XIV, 2nd sess., 33rd Parl., July 7, 1988, at p. 17220). There was nothing new in this regard. In the House of Commons, the Minister of Justice had clearly articulated the purpose of the original language of the provisions when he introduced amendments to the *Criminal Code* on May 2, 1978, to add Part XIV.1 (*An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1977-78, c. 36, s. 1). He said:

> It seems to me that all persons living in a country which recognizes two official languages must have the right to use and be understood in either of those languages when on trial before courts of criminal jurisdiction. I repeat that a trial before a judge or jury who understand the accused's language should be a fundamental right and not a privilege. The right to be heard in a criminal proceeding by a judge or a judge and jury who speak the accused's own official language, even if it is the minority official language in a given province, surely is a right that is a bare minimum in terms of serving the interests of both justice and Canadian unity. It is essentially a question of fairness that is involved. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. V, 3rd sess., 30th Parl., at p. 5087.)

24 Though constitutional language rights result from a political compromise, this is not a characteristic that uniquely applies to such rights. A. Riddell, in "À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80" (1988), 29 *C. de D.* 829, at p. 846, underlines that a political compromise also led to the adoption of ss. 7 and 15 of the *Charter* and argues, at p. 848, that

promulguées par des mécanismes de transition, accompagnés d'une aide financière qui permettrait de fournir les services institutionnels nécessaires.

Quand l'art. 530 est entré en vigueur en Colombie-Britannique le 1er janvier 1990, l'étendue des droits linguistiques de l'accusé ne devait pas être définie de façon restrictive. Les modifications devaient apporter une réparation (voir la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12), et étaient censées faire partie de la structure inachevée des droits linguistiques fondamentaux (*Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 2e sess., 33e lég., 7 juillet 1988, à la p. 17220). Il n'y avait rien de nouveau à cet égard. À la Chambre des communes, le ministre de la Justice avait clairement énoncé l'objet du libellé original des dispositions au moment du dépôt des modifications au *Code criminel*, le 2 mai 1978, qui y ajoutaient la partie XIV.1 (*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1977-1978, ch. 36, art. 1):

> Il me semble que toute personne vivant dans un pays qui reconnaît deux langues officielles doit avoir le droit de se servir de l'une ou l'autre de ces langues, et d'être comprise dans la langue de son choix, lorsqu'elle est traduite devant les tribunaux de compétence criminelle. Je répète qu'un procès devant un juge ou un jury qui comprenne la langue de l'accusé devrait être un droit fondamental et non un privilège. Le droit d'être entendu dans une cause criminelle par un juge ou un juge et un jury parlant la langue officielle de l'accusé, même si cette langue officielle est celle de la minorité dans une province donnée, constitue certes un droit qui est le strict minimum dans l'intérêt de la justice et de l'unité canadienne. C'est essentiellement une question d'équité qui est en cause. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 3e sess., 30e lég., à la p. 5087.)

Même si les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique, ceci n'est pas une caractéristique qui s'applique uniquement à ces droits. A. Riddell, dans «À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80» (1988), 29 *C. de D.* 829, à la p. 846, souligne que l'adoption des art. 7 et 15 de la *Charte* résulte aussi d'un compromis politique et

there is no basis in the constitutional history of Canada for holding that any such political compromises require a restrictive interpretation of constitutional guarantees. I agree that the existence of a political compromise is without consequence with regard to the scope of language rights. The idea that s. 16(3) of the *Charter*, which has formalized the notion of advancement of the objective of equality of the official languages of Canada in the *Jones* case, *supra*, limits the scope of s. 16(1) must also be rejected. This subsection affirms the substantive equality of those constitutional language rights that are in existence at a given time. Section 2 of the *Official Languages Act* has the same effect with regard to rights recognized under that Act. This principle of substantive equality has meaning. It provides in particular that language rights that are institutionally based require government action for their implementation and therefore create obligations for the State; see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 412; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 73; *Mahe*, *supra*, at p. 365. It also means that the exercise of language rights must not be considered exceptional, or as something in the nature of a request for an accommodation. This being said, I note that this case is not concerned with the possibility that constitutionally based language rights may conflict with some specific statutory rights.

Language rights must in all cases be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada; see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, *supra*, at p. 850. To the extent that *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, *supra*, at pp. 579-80, stands for a restrictive interpretation of language rights, it is to be rejected. The fear that a liberal interpretation of language rights will make provinces less willing to become involved in the geographical extension of those rights is inconsistent with the requirement that

soutient, à la p. 848, que l'histoire constitutionnelle du Canada ne fournit aucune raison de penser qu'un tel compromis politique exige une interprétation restrictive des garanties constitutionnelles. Je conviens que l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques. L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahe*, précité, à la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement. Cela dit, il faut noter que la présente affaire ne porte pas sur la possibilité que des droits linguistiques d'origine constitutionnelle soient en conflit avec des droits particuliers prévus par la loi.

Les droits linguistiques doivent dans tous les cas 25
être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada; voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, à la p. 850. Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 579 et 580, préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté. La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fera que les provinces seront moins disposées à prendre part à

language rights be interpreted as a fundamental tool for the preservation and protection of official language communities where they do apply. It is also useful to re-affirm here that language rights are a particular kind of right, distinct from the principles of fundamental justice. They have a different purpose and a different origin. I will return to this point later.

26 With this background in mind, I now turn to the discussion of the legislative provisions directly applicable in this case.

(b) *The Interpretation of Section 530*

27 For convenience, I will reproduce s. 530:

530. (1) On application by an accused whose language is one of the official languages of Canada, made not later than

(*a*) the time of the appearance of the accused at which his trial date is set, if

(i) he is accused of an offence mentioned in section 553 or punishable on summary conviction, or

(ii) the accused is to be tried on an indictment preferred under section 577,

(*b*) the time of his election, if the accused elects under section 536 to be tried by a provincial court judge, or

(*c*) the time when the accused is ordered to stand trial, if the accused

(i) is charged with an offence listed in section 469,

(ii) has elected to be tried by a court composed of a judge or a judge and jury, or

(iii) is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury,

a justice of the peace or provincial court judge shall grant an order directing that the accused be tried before a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury, as the case may be, who speak the official language of Canada that is the language of the accused or, if the circumstances warrant, who speak both official languages of Canada.

. . .

l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent. Il est également utile de réaffirmer ici que les droits linguistiques sont un type particulier de droits, qui se distinguent des principes de justice fondamentale. Ils ont un objectif différent et une origine différente. Je reviens plus tard sur ce point.

Avec ce contexte à l'esprit, je passe maintenant à l'analyse des dispositions législatives directement applicables en l'espèce.

b) *L'interprétation de l'art. 530*

Par souci de commodité, je reproduis l'art. 530:

530. (1) Sur demande d'un accusé dont la langue est l'une des langues officielles du Canada, faite au plus tard:

a) au moment où la date du procès est fixée:

(i) s'il est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 553 ou punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

(ii) si l'accusé doit être jugé sur un acte d'accusation présenté en vertu de l'article 577;

b) au moment de son choix, s'il choisit de subir son procès devant un juge de la cour provinciale en vertu de l'article 536;

c) au moment où il est renvoyé pour subir son procès:

(i) s'il est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 469,

(ii) s'il a choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge seul ou d'un juge et d'un jury,

(iii) s'il est réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury,

un juge de paix ou un juge de la cour provinciale rend une ordonnance à l'effet que l'accusé subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury, selon le cas, qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé ou, si les circonstances le justifient, qui parlent les deux langues officielles du Canada.

. . .

(4) Where an accused fails to apply for an order under subsection (1) or (2) and the justice of the peace, provincial court judge or judge before whom the accused is to be tried, in this Part referred to as "the court", is satisfied that it is in the best interests of justice that the accused be tried before a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury who speak the official language of Canada that is the language of the accused or, if the language of the accused is not one of the official languages of Canada, the official language of Canada in which the accused, in the opinion of the court, can best give testimony, the court may, if it does not speak that language, by order remand the accused to be tried by a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury, as the case may be, who speak that language or, if the circumstances warrant, who speak both official languages of Canada.

(4) Lorsqu'un accusé ne présente aucune demande pour une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) et que le juge de paix, le juge de la cour provinciale ou le juge devant qui l'accusé doit subir son procès — appelés «tribunal» dans la présente partie — est convaincu qu'il est dans les meilleurs intérêts de la justice que l'accusé subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé ou, si la langue de l'accusé n'est pas l'une des langues officielles du Canada, la langue officielle du Canada qui, de l'avis du tribunal, permettra à l'accusé de témoigner le plus facilement, le tribunal peut, par ordonnance, s'il ne parle pas cette langue, renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury qui parlent cette langue ou, si les circonstances le justifient, qui parlent les deux langues officielles du Canada.

(i) Should an Application Be Made Under Section 530(1) or Section 530(4) of the *Criminal Code* in the Case of a New Trial?

(i) La demande doit-elle être fondée sur le par. 530(1) ou sur le par. 530(4) du *Code criminel* dans le cas d'un nouveau procès?

Section 530(1) creates an absolute right of the accused to equal access to designated courts in the official language that he or she considers to be his or her own. The courts called upon to deal with criminal matters are therefore required to be institutionally bilingual in order to provide for the equal use of the two official languages of Canada. In my view, this is a substantive right and not a procedural one that can be interfered with. The interpretation given here accords with the interpretative background discussed earlier. It is also an important factor in the interpretation of s. 530(4) because that subsection simply provides for the application of the same right in situations where a delay has prevented the application of the absolute right in subs. (1). One of the main questions facing this Court is the interpretation of this scheme when it interacts with the requirement of a new trial. In reading s. 530, I am left with the impression that the drafters of the section did not consider the particular situation of the retried accused. This leaves the courts with a very unsatisfactory set of rules to apply in such a case. Nevertheless, we must endeavour to provide a solution that will not only

28 Le paragraphe 530(1) donne à l'accusé le droit absolu à l'accès égal aux tribunaux désignés dans la langue officielle qu'il estime être la sienne. Les tribunaux saisis d'affaires criminelles sont donc tenus d'être institutionnellement bilingues afin d'assurer l'emploi égal des deux langues officielles du Canada. À mon avis, il s'agit d'un droit substantiel et non d'un droit procédural auquel on peut déroger. Cette interprétation concorde avec le contexte interprétatif décrit plus tôt. Il s'agit également d'un facteur important dans l'interprétation du par. 530(4) parce que ce paragraphe prévoit simplement l'application du même droit dans les cas où un retard a empêché l'application du droit absolu prévu au par. (1). L'une des principales questions auxquelles notre Cour doit faire face concerne l'interprétation de ce régime en fonction de l'exigence de tenir un nouveau procès. La lecture de l'art. 530 me laisse l'impression que les rédacteurs de l'article n'ont pas envisagé la situation particulière de l'accusé qui subit un nouveau procès, ce qui a pour effet de fournir aux tribunaux un ensemble très insatisfaisant de règles à appliquer dans un tel cas. Néanmoins, nous devons

respect as much as possible the words of the provision, but most importantly its spirit.

29 The first issue is therefore to decide if s. 530(1) applies to a new trial or if it falls more properly under the ambit of s. 530(4). Rowles J. dealt summarily with this issue and did not agree that "the subsection should be interpreted in such a way that whenever an order is made for an accused to stand trial [i.e., when a new trial is ordered by a court of appeal], that if application is made by an accused directing that he or she be tried by a court speaking one or both official languages of Canada, the granting of the order should not be a discretionary matter". As a superior court judge, it was her view that the structure of s. 530 takes into account the available modes of trial and requires that only a justice of the peace or provincial court judge make the order sought under s. 530(1).

30 In my view, this argument does not address the substantive issue raised and is therefore not sufficient to justify the decision. After all, Rowles J. herself was neither a "justice of the peace" nor a "provincial court judge", nor was she the "judge before whom the accused [was] to be tried" at the time she made her decision; yet, she took jurisdiction over the s. 530(4) application. Considering the importance of language rights and the obvious desire of the legislator that language issues be decided as soon as possible in the trial process, I believe Rowles J. was empowered to make such an order. The same reasoning, however, applies to s. 530(1). Furthermore, since the date of her reasons, this Court has had the opportunity of dealing with directions for a new trial. In *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, at para. 22, Lamer C.J. explains that to order a new trial must mean a "full" new proceeding. It is consistent with this reasoning to hold that the accused ordered to face a new trial is in a position quite similar to that of an accused who is ordered to stand trial for the first time, as contemplated by s. 530(1).

trouver une solution qui non seulement respectera le mieux possible le libellé de la disposition, mais, chose encore plus importante, son esprit.

Il faut donc déterminer en premier si le par. 530(1) s'applique à un nouveau procès ou s'il faut plutôt appliquer le par. 530(4) dans un tel cas. Le juge Rowles a brièvement abordé cette question et n'a pas admis que [TRADUCTION] «le paragraphe devrait être interprété de façon telle que, dès lors qu'une ordonnance renvoie un accusé à procès [par exemple, quand un nouveau procès est ordonné par une cour d'appel], et que l'accusé demande d'être jugé par un tribunal qui parle l'une ou les deux langues officielles du Canada, la délivrance de l'ordonnance ne devrait pas être une affaire discrétionnaire». En sa qualité de juge de cour supérieure, elle était d'avis que la structure de l'art. 530 tient compte des modes de procès disponibles et demande que seul un juge de paix ou un juge de cour provinciale rende l'ordonnance demandée en vertu du par. 530(1).

À mon avis, cet argument ne répond pas à la question de fond et ne suffit pas à justifier la décision. Après tout, le juge Rowles elle-même n'était ni «juge de paix», ni «juge de cour provinciale», ni «le juge devant qui l'accusé [devait] subir son procès» lorsqu'elle a rendu sa décision; pourtant, elle estimait que la demande fondée sur le par. 530(4) relevait de sa compétence. Vu l'importance des droits linguistiques et le fait que le législateur souhaite manifestement que les questions de langue soient tranchées le plus tôt possible dans le cadre du procès, j'estime que le juge Rowles avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Le même raisonnement s'applique cependant au par. 530(1). En outre, depuis qu'elle a exposé ses motifs, notre Cour a eu l'occasion de se prononcer sur des directives relatives à un nouveau procès. Dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, au par. 22, le juge en chef Lamer explique qu'ordonner un nouveau procès doit signifier une nouvelle instance «complète». Selon ce raisonnement, on peut dire que l'accusé tenu de se présenter à un nouveau procès est dans une situation très semblable à celle de l'accusé renvoyé pour subir son procès pour la première fois, le cas prévu au par. 530(1).

The object of s. 530(1) is to provide an absolute right to a trial in one's official language, providing the application is timely. As mentioned earlier, when a new trial is ordered, conceptually and practically, the situation is almost the same as if the parties were at the beginning of the original trial process. But, there are some differences. One can imagine, for example, the situation of an accused who made no s. 530 application at a first trial on a particular charge, and then requested a second trial in the other official language. In such an eventuality, the Crown prosecutor, who would have gone through the first trial, might have to be replaced for the retrial. The same might be true for a complainant's counsel when dealing with an application under ss. 278.1-278.9 of the *Criminal Code* and for the co-accused's, if applicable. Thus, in my view, it is possible that some circumstances will have to be considered when a new trial is ordered. That is the main reason why s. 530(4) must apply to this situation rather than s. 530(1). That said, I will now examine the question of the proper application of this provision in general and in the case of a retried accused.

Le but du par. 530(1) est de prescrire un droit absolu à un procès dans la langue officielle de son choix, à condition que la demande soit présentée à temps. Comme je l'ai dit plus haut, quand un nouveau procès est ordonné, théoriquement et pratiquement, les parties se trouvent dans presque la même situation qu'au début du premier procès. Cependant, il y a quelques différences. Prenons l'exemple de l'accusé qui ne présente pas de demande fondée sur l'art. 530 à un premier procès relatif à une accusation particulière et qui, par la suite, demande que son deuxième procès se déroule dans l'autre langue officielle. Dans un tel cas, il se peut que le procureur du ministère public chargé du premier procès doive être remplacé pour le nouveau procès. Cela pourrait aussi être le cas pour ce qui est de l'avocat du plaignant dans le cadre d'une demande faite en vertu des art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel* et celui du coaccusé, le cas échéant. À mon avis, il se peut donc qu'il faille tenir compte de certaines circonstances lorsqu'un nouveau procès est ordonné. C'est la principale raison pour laquelle le par. 530(4) doit s'appliquer à la présente situation plutôt que le par. 530(1). Cela dit, je vais maintenant examiner comment s'applique cette disposition, en général et dans le cas d'un nouveau procès. 31

(ii) The Language of the Accused

There are two phrases that pose an interpretative challenge in s. 530: "the language of the accused" and the "best interests of justice". The expression "language of the accused" was not addressed at trial or in the Court of Appeal because it posed no problem to the parties. Admittedly, French was the maternal language of the accused and that fact was accepted as justification for invoking s. 530(4). The Attorney General of Canada explained that the definition of the language of the accused has been a contentious issue for many years. In *R. v. Yancey* (1899), 2 C.C.C. 320 (Que. Q.B. (Crown side)), at p. 323, the "habitua[l]" language of the accused was adopted. This solution was accepted in *Piperno v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 292, at p. 296, and more recently in *Saraga v. The Queen*, Que. Sup. Ct., No. 500-01-01624L-876, November 18, 1988. Other courts have adopted the maternal language, or first language learned and still

(ii) La langue de l'accusé

Deux expressions de l'art. 530 posent un problème d'interprétation: «langue de l'accusé» et «meilleurs intérêts de la justice». On n'a pas traité en première instance ni en Cour d'appel de l'expression «langue de l'accusé», parce que cela ne posait pas de problème aux parties. Il est admis que le français était la langue maternelle de l'accusé et ce fait justifiait que soit invoqué le par. 530(4). Le procureur général du Canada a expliqué que la définition de la langue de l'accusé est une question litigieuse depuis de nombreuses années. Dans *R. c. Yancey* (1899), 2 C.C.C. 320 (B.R. Qué. (juridiction criminelle)), à la p. 323, la langue [TRADUCTION] «habituell[e]» de l'accusé a été retenue. Cette solution a été retenue dans *Piperno c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 292, à la p. 296, et plus récemment dans *Saraga c. The Queen*, C.S. Qué., nº 500-01-01624L-876, 18 novembre 1988. D'autres tribunaux ont adopté la 32

spoken; see *R. v. Brown*, Que. Sup. Ct., No. 700-01-3172-840, March 28, 1985, R.J.P.Q. 85-215; *R. v. Lorentz-Aflalo*, Que. Sup. Ct., No. 500-01-006114-877, October 8, 1987. In those cases, the court considered the language of education, the language used at home, the language used for social contacts and the language of the community to which the accused identifies. In *Saraga*, *supra*, Martin J. accepted the language of the preferred form of communication.

33 A simple approach, such as maternal language or language used in the home, is inappropriate *inter alia* because it does not provide a solution for many situations encountered in a multicultural society and does not respond to the fact that language is not a static characteristic. Some persons insist that they have two maternal languages. Some persons have a maternal language that is neither French nor English, and use in the home either the maternal language, or the maternal language and French, or English, or both English and French. Their language at work may be English or French. Their language in social contacts may not be the same as their language of work. Language of use can change when a person changes employment, marries or divorces, or makes new friends. Many other situations of this nature could be described. This is not necessary.

34 The solution to the problem, in my view, is to look at the purpose of s. 530. It is, as mentioned earlier, to provide equal access to the courts to accused persons speaking one of the official languages of Canada in order to assist official language minorities in preserving their cultural identity; *Ford*, *supra*, at p. 749. The language of the accused is very personal in nature; it is an important part of his or her cultural identity. The accused must therefore be afforded the right to make a choice between the two official languages based on his or her subjective ties with the language itself. The principles upon which the language right is founded, the fact that the basic right is absolute, the requirement of equality with regard to the

langue maternelle, ou la première langue apprise et encore parlée; voir *R. c. Brown*, C.S. Qué., nº 700-01-3172-840, 28 mars 1985, R.J.P.Q. 85-215; *R. c. Lorentz-Aflalo*, C.S. Qué., nº 500-01-006114-877, 8 octobre 1987. Dans ces décisions, le tribunal a tenu compte de la langue des études, de la langue employée à la maison, de la langue employée dans les contacts sociaux et de la langue de la communauté à laquelle l'accusé s'identifie. Dans *Saraga*, précité, le juge Martin a accepté la langue de préférence.

Une méthode simple, comme la langue maternelle ou la langue employée à la maison, ne convient pas, notamment parce qu'elle n'offre pas de solution pour de nombreuses situations possibles dans une société multiculturelle et ne répond pas au fait que la langue n'est pas une caractéristique statique. Certaines personnes soutiennent qu'elles ont deux langues maternelles. Certaines personnes ont une langue maternelle qui n'est ni le français ni l'anglais, et parlent à la maison soit leur langue maternelle, soit leur langue maternelle et le français ou l'anglais, ou le français et l'anglais. Il se peut que leur langue au travail soit l'anglais ou le français. Il se peut que leur langue de contacts sociaux ne soit pas la même que leur langue au travail. La langue d'usage d'une personne peut changer lorsque cette personne change d'emploi, se marie ou divorce, ou se fait de nouveaux amis. On pourrait décrire beaucoup d'autres situations de ce genre, mais cela n'est pas nécessaire.

J'estime que pour trouver la solution au problème, il suffit d'examiner l'objectif de l'art. 530. Cet objectif vise, comme je l'ai déjà dit, à donner un accès égal aux tribunaux aux accusés qui parlent l'une des langues officielles du Canada afin d'aider les minorités de langue officielle à préserver leur identité culturelle; *Ford*, précité, à la p. 749. La langue de l'accusé est de nature très personnelle; elle forme une partie importante de son identité culturelle. Il faut donc donner à l'accusé le droit de faire un choix entre les deux langues officielles en fonction des liens subjectifs qu'il entretient avec la langue elle-même. Les principes sur lesquels le droit linguistique est fondé, le fait que le droit de base est absolu, l'exigence d'égalité

provision of services in both official languages of Canada and the substantive nature of the right all point to the freedom of Canadians to freely assert which official language is their own language. I note that s. 530(2) will apply to individuals who do not speak either of the two official languages. An accused's own language, for the purposes of s. 530(1) and (4), is either official language to which that person has a sufficient connection. It does not have to be the dominant language. If the accused has sufficient knowledge of an official language to instruct counsel, he or she will be able to assert that that language is his or her language, regardless of his or her ability to speak the other official language. The Crown may challenge the assertion made, but it will have the onus of showing that the assertion is unfounded. The court, in such a case, will not inquire into specific criteria to determine a dominant cultural identity, nor into the personal language preferences of the accused. It will only satisfy itself that the accused is able to instruct counsel and follow the proceedings in the chosen language.

dans la prestation de services dans les deux langues officielles au Canada et la nature substantielle du droit indiquent tous que les Canadiens sont libres d'affirmer que l'une ou l'autre langue officielle est la leur. Je souligne que le par. 530(2) s'appliquera à des personnes qui ne parlent ni l'une ni l'autre des deux langues officielles. Aux fins des par. 530(1) et 530(4), la langue de l'accusé est l'une ou l'autre des deux langues officielles avec laquelle cette personne a des liens suffisants. Ce n'est pas forcément la langue dominante. Si l'accusé a une connaissance suffisante d'une langue officielle pour donner des directives à son avocat, il pourra affirmer cette langue comme sa langue, indépendamment de sa capacité de parler l'autre langue officielle. Le ministère public peut contester l'affirmation mais il lui incombe alors de démontrer qu'elle est sans fondement. Dans un tel cas, le tribunal n'entreprendra pas l'examen de critères spécifiques en vue de déterminer une identité culturelle dominante ni l'examen des préférences linguistiques personnelles de l'accusé. Il vérifiera seulement que l'accusé est en mesure de donner des directives à son avocat et de suivre le déroulement des procédures dans la langue choisie.

The assertion of language is a prerequisite to an application under s. 530(1) or s. 530(4). Once entitlement is established and an application is made under s. 530(4), the judge will be required to determine whether the best interests of justice will be served by granting the application.

35 L'affirmation de la langue est une condition préalable à une demande fondée sur le par. 530(1) ou 530(4). Dès qu'est établi le droit et qu'une demande est présentée en vertu du par. 530(4), le juge doit décider s'il est dans les meilleurs intérêts de la justice d'accorder la demande.

(iii) The Best Interests of Justice and the Judicial Discretion Afforded Under Section 530(4)

(iii) Les meilleurs intérêts de la justice et le pouvoir judiciaire discrétionnaire prévu au par. 530(4)

36 The expression "best interests of justice" is the one that has caused difficulty in this case. In another context, the expression has been held to take into consideration both the interests of the accused as well as those of the State; see *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (Ont. C.A.), at p. 131.

L'expression «meilleurs intérêts de la justice» est celle qui a occasionné des difficultés en l'espèce. Dans un autre contexte, on a statué que l'expression visait à la fois les intérêts de l'accusé et ceux de l'État; voir *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (C.A. Ont.), à la p. 131.

37 In order to determine the proper definition that is applicable, the object of s. 530 must again be considered. Since the rule is the automatic access to a trial in one's official language when an

Afin de décider quelle est la définition correcte, il faut de nouveau étudier l'objet de l'art. 530. Comme la règle est d'accorder automatiquement à l'accusé un procès dans la langue officielle de son

application is made in a timely manner, and a discretionary access when such an application is not timely, the trial judge should therefore consider, foremost, the reasons for the delay. The first inquiry that comes to mind is directed at the knowledge of the right by the accused. When was he or she made aware of his or her right? Did he or she waive the right and later change his or her mind? Why did he or she change his or her mind? Was it because of difficulties encountered during the proceedings? It is worth mentioning at this point that the right of the accused to be informed of his or her right under s. 530(3) is of questionable value because it applies only when the accused is unrepresented. The assumption that counsel is aware of the right and will in fact advise his or her client of that right in all circumstances, absent a duty to do so, is unrealistic, as confirmed by the report of the Commissioner of Official Languages of Canada, *The Equitable Use of English and French Before the Courts in Canada* (1995), at p. 105.

choix lorsqu'il présente une demande à temps, et de pouvoir l'accorder, par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, lorsqu'elle n'est pas présentée à temps, le juge du procès devrait donc examiner avant tout les motifs du retard. La première question qui vient à l'esprit est ce que l'accusé sait du droit. Quand a-t-il été mis au courant de son droit? A-t-il renoncé à ce droit et changé d'avis par la suite? Pourquoi a-t-il changé d'avis? Est-ce à cause des difficultés auxquelles il a dû faire face pendant l'instance? Il est important de souligner ici que le droit de l'accusé d'être informé de son droit prévu au par. 530(3) est d'une valeur douteuse parce qu'il s'applique seulement à l'accusé qui n'est pas représenté par un avocat. Il est peu réaliste de présumer que l'avocat est au courant du droit et qu'il en avisera effectivement son client dans tous les cas en l'absence d'obligation lui incombant à cet égard, comme le confirme le rapport du Commissaire aux langues officielles du Canada, *L'utilisation équitable du français et de l'anglais devant les tribunaux au Canada* (1995), à la p. 105.

38 Once the reason for the delay has been examined, the trial judge must consider a number of factors that relate to the conduct of the trial. Among these factors are whether the accused is represented by counsel, the language in which the evidence is available, the language of witnesses, whether a jury has been empanelled, whether witnesses have already testified, whether they are still available, whether proceedings can continue in a different language without the need to start the trial afresh, the fact that there may be co-accuseds (which would indicate the need for separate trials), changes of counsel by the accused, the need for the Crown to change counsel and the language ability of the presiding judge. In fact, a consideration of the requirements of s. 530.1(*a*) to (*h*) will provide a good indication of relevant matters.

Une fois que le motif du retard a été étudié, le juge du procès doit évaluer plusieurs facteurs qui se rapportent au déroulement du procès. Parmi ces facteurs, le fait que l'accusé est représenté ou non par un avocat, la langue dans laquelle les éléments de preuve sont disponibles, la langue des témoins, le fait que le jury a ou n'a pas été formé, que certains témoins peuvent avoir déjà témoigné, qu'ils soient encore disponibles ou non, que l'instance peut se poursuivre ou non dans une langue différente sans qu'il soit nécessaire de tenir un nouveau procès, la présence d'un coaccusé (et la nécessité de procès distincts), la nécessité pour l'accusé ou le ministère public de changer d'avocat, et la compétence linguistique du juge qui préside. En fait, les exigences prévues aux al. 530.1*a*) à *h*) sont une bonne indication des questions pertinentes.

39 I wish to emphasize that mere administrative inconvenience is not a relevant factor. The availability of court stenographers and court reporters, the workload of bilingual prosecutors or judges, the additional financial costs of rescheduling are not to be considered because the existence of

Je tiens à souligner qu'un simple inconvénient administratif n'est pas un facteur pertinent. La disponibilité de sténographes judiciaires, la charge de travail des procureurs ou des juges bilingues et les coûts financiers supplémentaires de modification d'horaire ne doivent pas être pris en considération

language rights requires that the government comply with the provisions of the Act by maintaining a proper institutional infrastructure and providing services in both official languages on an equal basis. As mentioned earlier, in the context of institutional bilingualism, an application for service in the language of the official minority language group must not be treated as though there was one primary official language and a duty to accommodate with regard to the use of the other official language. The governing principle is that of the equality of both official languages.

parce que l'existence de droits linguistiques exige que le gouvernement satisfasse aux dispositions de la Loi en maintenant une infrastructure institutionnelle adéquate et en fournissant des services dans les deux langues officielles de façon égale. Comme je l'ai dit plus tôt, dans un cadre de bilinguisme institutionnel, une demande de service dans la langue de la minorité de langue officielle ne doit pas être traitée comme s'il y avait une langue officielle principale et une obligation d'accommodement en ce qui concerne l'emploi de l'autre langue officielle. Le principe directeur est celui de l'égalité des deux langues officielles.

The retried accused does not have to justify why he or she is requesting a second trial in his or her official language when he or she failed to do so in the first. The granting of such a request is not an exceptional favour given to the accused by the State; rather, it is the norm. The only relevant factors to consider under s. 530(4) are the additional difficulties caused by an untimely application.

40 L'accusé qui subit un nouveau procès n'a pas à justifier la demande d'un deuxième procès dans la langue officielle de son choix lorsqu'il ne l'a pas demandé à son premier procès. L'acceptation d'une telle demande n'est pas une faveur exceptionnelle accordée par l'État à l'accusé; c'est la norme à appliquer. Les seuls facteurs pertinents à considérer en vertu du par. 530(4) sont les difficultés supplémentaires que cause une demande tardive.

Another important consideration with regard to the interpretation of the "best interests of justice" is the complete distinctiveness of language rights and trial fairness. Unfortunately, the distinctions are not always recognized, as can be seen from the reasons of Southin J.A. of the Court of Appeal:

41 Une autre considération importante dans l'interprétation des «meilleurs intérêts de la justice» tient au fait que les droits linguistiques sont totalement distincts de l'équité du procès. Malheureusement, cette distinction n'est pas toujours reconnue, comme l'indiquent les motifs du juge Southin de la Cour d'appel:

> The phrase "the best interests of justice" [encompasses several further principles] . . . :
>
> 1. An accused is entitled to make full answer and defence.
>
> 2. He is entitled to be present at his trial . . . .
>
> 3. . . . the jurors . . . must be mentally competent and capable of understanding the evidence given before them. . . . [T]he language of the trial must be a language that the jurors and, . . . the judge, understand.
>
> . . .
>
> Can it be said that an accused who understands both official languages is deprived of his right to make full answer and defence or, to put it another way, that his trial is not fair, if his trial against his wishes is in the

> [TRADUCTION] L'expression «meilleurs intérêts de la justice» [comprend plusieurs autres principes] . . . :
>
> 1. L'accusé a le droit de présenter une défense pleine et entière.
>
> 2. Il a le droit d'assister à son procès . . .
>
> 3. . . . les jurés [. . .] doivent être mentalement capables et en mesure de comprendre la preuve qui leur est présentée [. . .] [L]e procès doit se dérouler dans une langue que les jurés et, [. . .] le juge, comprennent.
>
> . . .
>
> Peut-on dire qu'un accusé qui comprend les deux langues officielles est privé de son droit à une défense pleine et entière ou, autrement dit, que son procès n'est pas équitable, si son procès est tenu, contrairement à ce

other official language, albeit he had an interpreter throughout? If the answer is "yes", it may be argued that the right to make full answer and defence is different for those whose language is English or French from those persons who possess neither language, for instance, many First Nations persons.

((1997), 120 C.C.C. (3d) 16, at paras. 63 and 66.)

The right to full answer and defence is linked with linguistic abilities only in the sense that the accused must be able to understand and must be understood at his trial. But this is already guaranteed by s. 14 of the *Charter*, a section providing for the right to an interpreter. The right to a fair trial is universal and cannot be greater for members of official language communities than for persons speaking other languages. Language rights have a totally distinct origin and role. They are meant to protect official language minorities in this country and to insure the equality of status of French and English. This Court has already tried to dissipate this confusion on several occasions. Thus, in *MacDonald v. City of Montreal*, *supra*, Beetz J., at pp. 500-501, states that:

> It would constitute an error either to import the requirements of natural justice into . . . language rights . . . or vice versa, or to relate one type of right to the other . . . . Both types of rights are conceptually different. . . . To link these two types of rights is to risk distorting both rather than reenforcing either.

I re-affirm this conclusion here in the hope that these rights will no longer be confused. Fairness of the trial is not to be considered at this stage and is certainly not a threshold that, if satisfied, can be used to deny the accused his language rights under s. 530.

42 While no set infallible method can be provided to ascertain whether it is in the best interests of justice that an application under s. 530(4) be accepted, some guidelines can be provided. I have already explained that trial fairness should not be considered; nor should institutional inconvenience. Additional difficulties caused by a late application, as well as the reasons for this delay, are however

qu'il souhaite, dans l'autre langue officielle, bien qu'il ait eu un interprète pendant toute la durée du procès? Si la réponse est «oui», on peut soutenir que le droit à une défense pleine et entière est différent pour ceux dont la langue est l'anglais ou le français par rapport aux personnes qui ne maîtrisent ni l'un ni l'autre, par exemple, beaucoup d'autochtones.

((1997), 120 C.C.C. (3d) 16, aux par. 63 et 66.)

Le droit à une défense pleine et entière est lié aux aptitudes linguistiques uniquement en ce que l'accusé doit être en mesure de comprendre son procès et de s'y faire comprendre. Toutefois, ce droit est déjà garanti par l'art. 14 de la *Charte*, une disposition qui prévoit le droit à l'assistance d'un interprète. Le droit à un procès équitable est universel et il ne peut pas être plus important dans le cas de membres des collectivités des deux langues officielles au Canada que dans celui de personnes qui parlent d'autres langues. Les droits linguistiques ont une origine et un rôle complètement distincts. Ils visent à protéger les minorités de langue officielle du pays et à assurer l'égalité de statut du français et de l'anglais. Notre Cour a déjà tenté d'éliminer cette confusion à plusieurs occasions. Ainsi, dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, précité, le juge Beetz dit, aux pp. 500 et 501:

> Ce serait une erreur que de rattacher les exigences de la justice naturelle aux droits linguistiques [. . .] ou vice versa, ou de relier un genre de droit à un autre. [. . .] Ces deux genres de droits sont différents sur le plan des concepts. [. . .] Les lier, c'est risquer de les dénaturer tous les deux, plutôt que de les renforcer l'un et l'autre.

Je réaffirme cette conclusion dans l'espoir de mettre fin à cette confusion. L'équité du procès n'est pas une considération à ce stade, et n'est certainement pas un critère qui, s'il y est satisfait, permettra de priver l'accusé des droits linguistiques que lui confère l'art. 530.

On ne peut fournir aucune méthode infaillible pour déterminer s'il est dans les meilleurs intérêts de la justice d'accueillir une demande fondée sur le par. 530(4), mais on peut donner des directives. J'ai déjà expliqué qu'il ne devait être tenu compte ni de l'équité du procès, ni des inconvénients sur le plan institutionnel. Les difficultés supplémentaires causées par une demande tardive de même

relevant factors. The basic principle, however, is that, generally, owing to the importance of language rights and the stated intention of Parliament to insure the equality of French and English in Canada, the best interests of justice will be served by accepting the application of the accused to be tried in his official language. Therefore, it is the denial of the application that is exceptional and that needs to be justified. The burden of this demonstration should fall on the Crown.

That said, it remains that the later the application is made in the trial process, the better must be the reason for the delay in order for the application to be accepted. If the accused makes his or her application in the middle of the trial and can provide no reason for his or her lateness, it may not be accepted, depending on the circumstances.

When a new trial is ordered, however, the presumption in favour of the accused is much stronger because of the similarity between this situation and the one contemplated in s. 530(1). As mentioned in a prior example, although the need to replace the Crown prosecutor is a relevant factor to be considered in such a case, this alone will not be enough to justify the denial of the application, even in the absence of any reason provided by the accused for not making a similar application before the first trial. As stated earlier, the accused is under no obligation to justify his or her actions in that regard, as he or she was under no obligation to make an application in the first trial. Therefore, even if the retried accused must make an application pursuant to s. 530(4), the granting of his or her application will be assured unless, in exceptional circumstances, the Crown is able to show that the application should be denied, based on relevant s. 530(4) considerations.

(c) *The Application of Section 530(4) in this Case*

In the present instance, much discussion was centered on the ability of the accused to express himself in English. This ability is irrelevant because the choice of language is not meant to

que les raisons du retard sont toutefois des facteurs pertinents. Le principe de base est cependant qu'en général, vu l'importance des droits linguistiques et l'intention du législateur d'assurer l'égalité du français et de l'anglais au Canada, il sera dans les meilleurs intérêts de la justice d'accepter la demande faite par l'accusé d'un procès dans la langue officielle de son choix. C'est donc le rejet de la demande qui constitue l'exception et qui doit être justifié. Le fardeau de justifier un tel rejet devrait incomber au ministère public.

Cela étant, il demeure que plus la demande est présentée tardivement dans le cadre du procès, plus la raison justifiant le retard doit être bonne pour que la demande soit accordée. Si l'accusé présente sa demande au milieu du procès et ne peut fournir aucune raison pour son retard, il se peut que la demande ne soit pas accueillie, dépendant des circonstances. 43

Lorsqu'un nouveau procès est ordonné, cependant, la présomption en faveur de l'accusé est beaucoup plus forte, vu la similitude entre cette situation et celle que vise le par. 530(1). Comme il a déjà été mentionné dans un exemple, bien que la nécessité de remplacer le procureur du ministère public soit un facteur pertinent dont il faut tenir compte dans un tel cas, cela seulement ne suffit pas pour justifier le rejet de la demande, même si l'accusé n'explique pas pourquoi il ne l'a pas faite avant le premier procès. Comme je l'ai déjà dit, l'accusé n'est aucunement obligé de justifier ses actes à cet égard, pas plus qu'il n'était obligé de présenter une demande au premier procès. En conséquence, même si l'accusé qui subit un nouveau procès doit présenter une demande fondée sur le par. 530(4), celle-ci sera automatiquement accueillie, sauf si, dans des circonstances exceptionnelles, le ministère public peut établir que la demande doit être rejetée en se fondant sur des considérations pertinentes aux fins du par. 530(4). 44

c) *L'application du par. 530(4) en l'espèce*

On a beaucoup discuté, en l'espèce, de l'aptitude de l'accusé à s'exprimer en anglais. Cette aptitude n'est pas pertinente parce que le choix de la langue n'a pas pour but d'étayer la garantie 45

support the legal right to a fair trial, but to assist the accused in gaining equal access to a public service that is responsive to his linguistic and cultural identity. It would indeed be surprising if Parliament intended that the right of bilingual Canadians should be restricted when in fact official language minorities, who have the highest incidence of bilingualism (84 percent for francophones living outside Quebec compared to 7 percent for anglophones according to Statistics Canada 1996 Census), are the first persons that the section was designed to assist.

46 It is very clear, on the record, that the Court of Appeal based its decision exclusively on the ability of the appellant to speak English. It says, at para. 73:

> Mr. Justice Owen-Flood was satisfied that the appellant was bilingual and fluent in English. Although he does not expressly say so, I take him to mean that the appellant was sufficiently fluent for the purpose at hand, namely, to make full answer and defence at this trial relating to the events in question.

47 Language rights are not subsumed by the right to a fair trial. If the right of the accused to use his or her official language in court proceedings was limited because of language proficiency in the other official language, there would in effect be no distinct language right. The Court of Appeal fell into error, no doubt because there is a natural relationship between the ability to express oneself and taking full advantage of the possibility of convincing the court of the merits of one's case; see *Robin v. Collège de St-Boniface* (1984), 15 D.L.R. (4th) 198 (Man. C.A.), at pp. 208-9 (Monnin C.J.M., in dissent), and *Paquette v. The Queen in Right of Canada* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38 (Q.B.), at p. 68. But language rights are not meant to enforce minimum conditions under which a trial will be considered fair, or even to ensure the greatest efficiency of the defence. Language rights may no doubt enhance the quality of the legal proceedings, but their source lies elsewhere.

juridique d'un procès équitable, mais de permettre à l'accusé d'obtenir un accès égal à un service public qui répond à son identité linguistique et culturelle. En fait, il serait surprenant que l'intention du Parlement ait été de restreindre le droit des Canadiens bilingues quand, dans la réalité, les minorités de langue officielle, qui ont le taux le plus élevé de bilinguisme (84 p. 100 des francophones vivant à l'extérieur du Québec comparativement à 7 p. 100 des anglophones, selon le recensement de 1996 de Statistique Canada), sont les personnes auxquelles l'article devait avant tout venir en aide.

Il ressort très clairement du dossier que la Cour d'appel a fondé sa décision exclusivement sur l'aptitude de l'appelant à parler l'anglais. Elle dit au par. 73:

> [TRADUCTION] Le juge Owen-Flood était convaincu que l'appelant était bilingue et qu'il parlait couramment l'anglais. Bien qu'il ne l'ait pas expressément dit, j'estime qu'il voulait dire que l'appelant parlait assez couramment pour les besoins de l'affaire, savoir, présenter une défense pleine et entière au procès se rapportant aux événements en litige.

Les droits linguistiques ne sont pas une sous-catégorie du droit à un procès équitable. Si le droit de l'accusé d'employer sa langue officielle dans une instance judiciaire était limité en raison de ses aptitudes linguistiques dans l'autre langue officielle, il n'y aurait pas en réalité de droit linguistique distinct. La Cour d'appel a commis une erreur, sans aucun doute parce qu'il y a un lien naturel entre la capacité de s'exprimer et la possibilité de convaincre le tribunal du bien-fondé de son cas; voir *Robin c. Collège de St-Boniface* (1984), 15 D.L.R. (4th) 198 (C.A. Man.), aux pp. 208 et 209 (le juge en chef Monnin, dissident), et *Paquette c. The Queen in Right of Canada* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 38 (B.R.), à la p. 68. Toutefois, les droits linguistiques ne visent pas à imposer des conditions minimales en vertu desquelles un procès sera considéré équitable, ni même à assurer la plus grande efficacité de la défense. Les droits linguistiques peuvent sans aucun doute améliorer la qualité des instances judiciaires, mais leur origine est ailleurs.

The Court of Appeal applied the wrong criteria. In this case, the Crown adduced no specific evidence showing that the appellant's application would adversely affect the trial process. Furthermore, Mr. Beaulac was not responsible for any delay in the initial application, given the date of implementation of s. 530 in British Columbia. Following the first denial, the accused diligently reapplied for a trial in both official languages at every opportunity in the subsequent judicial process. The application under s. 530(4) should have been accepted since no valid reason for refusing the application was raised.

No argument was made concerning the discretion of the judge to order a trial before a judge and jury who speak both official languages of Canada as opposed to a trial before a judge and jury who speak only the language of the accused. There is therefore no issue to be decided with regard to the type of order that should have been made in the present case. I would only say on this question that the basic right of the accused is met in both cases. Therefore, s. 530.1 applies in both cases. Its provisions provide a useful backdrop against which the trial judge can determine, in his discretion, whether the circumstances of the case warrant the appointment of a judge, or a judge and jury who speak both official languages of Canada.

4. Procedural Considerations

The text of s. 530 does not provide a clear indication of the proper judge or tribunal before whom an application must be made or the proper time for making an application when a new trial is ordered. In my view, the answers to these questions must therefore be found in the legislative intent. The purpose of s. 530(4) will best be served if the application is made as soon as possible. This suggests that the ideal time and place for the application is before the Court of Appeal itself, in a manner similar to the one prescribed by s. 686(5) of the *Code*. Such an order can be made by the court pursuant to s. 686(8) of the *Code*. An application can be made, or inferred, in a case like this one when

48 La Cour d'appel n'a pas appliqué le bon critère. En l'espèce, le ministère public n'a pas apporté de preuve précise indiquant que la demande de l'appelant nuirait au déroulement du procès. De plus, M. Beaulac n'était responsable d'aucun retard dans la présentation de la demande initiale, vu la date d'entrée en vigueur de l'art. 530 en Colombie-Britannique. Par suite du premier rejet, l'accusé a redemandé avec diligence un procès dans les deux langues officielles à chaque fois que l'occasion s'est présentée dans le processus judiciaire qui a suivi. La demande fondée sur le par. 530(4) aurait dû être acceptée vu qu'aucune raison valable de la rejeter n'avait été soulevée.

49 Aucun argument n'a été présenté concernant le pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles du Canada, par opposition à un procès devant un juge et un jury parlant seulement la langue de l'accusé. Il n'y a donc aucune question à trancher concernant le type d'ordonnance qui aurait dû être rendue en l'espèce. Je me contenterai de dire sur ce point que le droit fondamental de l'accusé est respecté dans les deux cas. Par conséquent, l'art. 530.1 s'applique dans les deux cas. Ses dispositions fournissent un guide utile au juge du procès lorsqu'il détermine, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, si les circonstances de l'affaire justifient la désignation d'un juge seul ou d'un juge et d'un jury qui parlent les deux langues officielles du Canada.

4. Considérations de procédure

50 Le texte de l'art. 530 ne dit pas clairement à quel juge ou à quel tribunal il faut présenter la demande, ni le délai pour le faire, lorsqu'un nouveau procès est ordonné. À mon avis, les réponses à ces questions doivent donc être déduites de l'intention du législateur. L'objet du par. 530(4) sera le mieux atteint si la demande est présentée le plus tôt possible, ce qui permet de penser que le moment et l'endroit idéal pour présenter la demande est devant la Cour d'appel même, d'une façon semblable à ce que prévoit le par. 686(5) du *Code criminel*. L'ordonnance peut être prise par la cour conformément au par. 686(8) du *Code*. Une demande pourra être présentée, ou réputée l'avoir

the language right is at the heart of the appeal. It is not likely that an application will be made in other cases. I would therefore suggest that it would be good judicial policy for courts of appeal to systematically ask the accused if he or she wants to make an application under s. 530 before they order a new trial if there are obvious signs that this is a possibility.

51 If no application is made at the time when the new trial is ordered, it would be appropriate for the accused to make an application before or at the time when the trial date is set. This application must be considered timely under s. 530(4) in the case of the retried accused. The provision makes it clear that the accused can apply for a trial in his official language at a later time, but delays constitute important factors to be weighed by the judge exercising the discretion.

5. The Remedy

52 The respondent relies on s. 686(1)(*b*)(iii) and s. 686(1)(*b*)(iv) of the *Criminal Code*. Her position is that the trial was fair. The position of the appellant is based on the contrary premise. He argues that the language used at trial has a strong impact on findings of credibility and that there is a real possibility that the jury could have come to another result had it heard the evidence presented in French and the evidence presented in English directly, in the French and English languages.

53 Section 530 is not concerned with assuring a fairer trial or a more reliable verdict. In my view, there is an analogy to be made in this case with *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, where the Court refused to apply the s. 686 *proviso* to a violation of s. 14 of the *Charter*. Lamer C.J. said, at p. 1008:

> Section 686(1)(*b*)(iii) is designed to avoid the necessity of setting aside a conviction for minor or "harmless" errors of law where the Crown can establish that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. Section 686(1)(*b*)(iv), a relatively new provi-

été, dans un cas comme l'espèce, dans lequel le droit linguistique est au cœur de l'appel. Il est peu probable qu'une demande soit présentée dans d'autres cas. Je dirais donc que ce serait une bonne politique que les cours d'appel demandent systématiquement à l'accusé s'il souhaite présenter une demande fondée sur l'art. 530 avant d'ordonner un nouveau procès, s'il y a des signes manifestes qu'une telle possibilité existe.

S'il ne présente pas de demande au moment où le nouveau procès est ordonné, l'accusé devrait la présenter au moment où la date du procès est fixée ou avant cette date. Une telle demande sera considérée faite en temps opportun, aux fins du par. 530(4) dans le cas d'un nouveau procès. La disposition dit clairement que l'accusé peut demander ultérieurement un procès dans la langue officielle de son choix, mais les retards sont d'importants facteurs à considérer par le juge avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire.

5. La réparation

L'intimée se fonde sur les sous-al. 686(1)*b*)(iii) et 686(1)*b*)(iv) du *Code criminel*. Elle estime que le procès était équitable. L'appelant invoque la prémisse opposée. Il soutient que la langue employée au procès a un impact important sur les conclusions de crédibilité et qu'il y avait réellement une possibilité que le jury serait parvenu à un autre résultat s'il avait entendu les témoignages présentés en français et les témoignages présentés en anglais directement, dans les langues française et anglaise.

L'article 530 ne vise pas à assurer un procès plus équitable ou un verdict plus fiable. J'estime qu'il y a lieu de faire une analogie entre la présente affaire et *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, dans lequel notre Cour a refusé d'appliquer la disposition réparatrice de l'art. 686 à une violation de l'art. 14 de la *Charte*. Le juge en chef Lamer dit, à la p. 1008:

> Le sous-alinéa 686(1)*b*)(iii) est conçu pour éviter d'avoir à annuler une déclaration de culpabilité pour des erreurs de droit négligeables ou «inoffensives» lorsque le ministère public peut établir qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. Le

sion of the *Code* introduced in 1985, is also designed to permit a court to dismiss an appeal from a conviction, but in cases of procedural irregularity where the Crown can show that the accused suffered no prejudice.

At p. 1009, he continues:

While denial of a *Charter* right constitutes an error of law, it is by its very constitutional nature a serious error of law, and certainly not one which, for *Criminal Code* purposes, can be characterized as minor or harmless, or as a "procedural irregularity". Therefore, I find as a matter of law that a violation of s. 14 of the *Charter* precludes application of both s. 686(1)(*b*)(iii) and s. 686(1)(*b*)(iv) of the *Code*.

Given the nature of language rights, the requirement of substantive equality, the purpose of s. 530, as described here, and the objective of s. 686, I believe that the violation of s. 530 constitutes a substantial wrong and not a procedural irregularity. Accordingly, s. 686(1)(*b*) has no application in this case and a new trial must be ordered. Clearly, there must be an effective remedy available for breach of s. 530 rights. The application of the s. 686 *proviso* would make it illusory.

Since the language in which the new trial is to be held is the very object of this appeal and the appellant has affirmed his request for a trial to be held before a judge or judge and jury who speak both official languages of Canada, I would hold that the appellant's application be granted.

6. Summary

Courts must give effect to s. 530 of the *Code* in light of its remedial character, its substantive nature and its object, which is foremost to assist members of the two official language communities to enjoy equal access to specific services, in specific courts, in their own language. Absent evidence that the accused does not speak the language chosen, an accused is free to make his or her choice of the official language spoken by the judge or judge and jury by whom he or she will be tried, providing his or her application is timely. The

sous-alinéa 686(1)*b*)(iv), une disposition relativement nouvelle du *Code* introduite en 1985, vise également à permettre à un tribunal de rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité, mais dans les cas d'irrégularité de procédure où le ministère public peut établir que l'accusé n'a subi aucun préjudice.

Il poursuit, à la p. 1009:

Bien que la négation d'un droit garanti par la *Charte* constitue une erreur de droit, il s'agit, de par sa nature constitutionnelle même, d'une erreur de droit grave qui, aux fins du *Code criminel*, ne peut certainement pas être qualifiée de négligeable ou d'inoffensive, ni d'«irrégularité de procédure». Par conséquent, je conclus que, du point de vue juridique, la violation de l'art. 14 de la *Charte* empêche l'application des sous-al. 686(1)*b*)(iii) et (iv) du *Code*.

54 Compte tenu de la nature des droits linguistiques, de l'exigence d'une égalité réelle, de l'objet de l'art. 530, décrit en l'espèce, et de l'objet de l'art. 686, je crois que la violation de l'art. 530 est un tort important et non une irrégularité de procédure. Par conséquent, l'al. 686(1)*b*) ne s'applique pas en l'espèce et un nouveau procès doit être ordonné. Il faut une réparation efficace dans les cas de violation des droits prévus à l'art. 530. L'application de l'art. 686 rendrait cela illusoire.

55 Comme la langue dans laquelle le nouveau procès se tiendra est l'objet même du présent pourvoi, et que l'appelant a confirmé sa demande de procès devant un juge ou un juge et un jury parlant les deux langues officielles du Canada, il y a lieu d'ordonner que la demande de l'appelant soit accueillie.

6. Résumé

56 Les tribunaux doivent donner effet à l'art. 530 du *Code* en tenant compte de son caractère réparateur, de sa nature substantielle et de son objet, qui vise d'abord et avant tout à aider les membres des collectivités des deux langues officielles à obtenir un accès égal à des services particuliers, dans des tribunaux particuliers, dans leur propre langue. En l'absence de preuve établissant qu'il ne parle pas la langue choisie, l'accusé est libre de choisir la langue officielle que devront utiliser le juge ou le juge et le jury devant lesquels il subira son procès, s'il

exercise of discretion by the judge under s. 530(4) of the *Code* is based on the additional difficulties caused by an untimely application and the reasons for the delay. Administrative inconvenience is not a relevant factor, nor is the language proficiency of the accused in the official language not chosen by him or her; fairness of the trial is not a language rights issue. Any denial of the s. 530(4) right is exceptional and must be justified; the burden of this demonstration is on the Crown. In the case of a new trial, there is an even stronger presumption in favour of the accused because of the similarity between that situation and the one contemplated in s. 530(1).

agit à temps. L'exercice par le juge du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 530(4) du *Code* est fondé sur les difficultés supplémentaires causées par une demande tardive et les raisons du retard. Les inconvénients administratifs ne sont pas un facteur pertinent, pas plus que ne le sont les aptitudes linguistiques de l'accusé dans la langue officielle qu'il n'a pas choisie; l'équité du procès n'est pas une question de droits linguistiques. Toute privation du droit prévu au par. 530(4) est exceptionnelle et doit être justifiée; le fardeau de justifier une telle privation incombe au ministère public. Lorsqu'un nouveau procès est ordonné, il y a une présomption encore plus forte en faveur de l'accusé, vu la similitude qui existe entre cette situation et celle que vise le par. 530(1).

7. Disposition

57 As a result, the appeal is allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal is set aside and a new trial to be held before a judge and jury who speak both official languages of Canada is ordered.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Wilson & Buck, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-Yves Bernard and Monique Rousseau, Montréal.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages: Richard Tardif, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Association des juristes d'expression française de l'Ontario: Nathalie Des Rosiers, London; Peel & Colvin, London.

7. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulé et un nouveau procès devant se tenir devant un juge et un jury qui parlent les deux langues officielles du Canada est ordonné.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appelant: Wilson & Buck, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-Yves Bernard et Monique Rousseau, Montréal.

Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles: Richard Tardif, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario: Nathalie Des Rosiers, London; Peel & Colvin, London.

Solicitors for the intervener the Association des juristes d'expression française du Manitoba: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association des juristes d'expression française du Manitoba: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Donald Bond *Appellant*

v.

Barbara Novak and Anton Novak *Respondents*

INDEXED AS: NOVAK *v.* BOND

File No.: 26811.

1999: March 18; 1999: May 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Limitation of actions — Patient suing doctor — Action started outside ordinary period — Postponement possible until a reasonable person would consider that the plaintiff "ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action" — Patient delaying action and focusing on healing process — Proper approach to be taken when interpreting postponement provision — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 6(4)(b).

The defendant (appellant) allegedly misdiagnosed a lump on the plaintiff's (respondent B.N.'s) breast as a benign condition from October 1989 until October 1990 when a specialist diagnosed breast cancer, performed a partial radical mastectomy, and discovered that the cancer had spread to most of B.N.'s lymph nodes. After recovering from a year of illness and debilitating cancer treatment, the plaintiff considered suing the defendant and discussed the matter with her parish priest. She decided not to sue at the time, preferring to concentrate on maintaining her health and a positive belief that she had been cured. The cancer recurred four years later (May 1995), this time spreading to the spine, liver and lung.

This action was started on April 9, 1996. Although s. 3(2)(a) of the *Limitation Act* provided for a two-year limitation period for this type of personal injury action, s. 6(4)(b) allowed for the postponement of the running of the limitation period until a properly advised reasonable person would consider that the plaintiff "ought, in

Donald Bond *Appelant*

c.

Barbara Novak et Anton Novak *Intimés*

RÉPERTORIÉ: NOVAK *c.* BOND

N° du greffe: 26811.

1999: 18 mars; 1999: 20 mai.

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

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

Prescription — Poursuite d'un médecin par son patient — Exercice de l'action hors du délai normal — Report possible jusqu'au moment où une personne raisonnable estimerait que le demandeur «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action» — Exercice de l'action différé par le patient qui essaie avant tout de guérir — Méthode d'analyse à adopter pour interpréter la disposition de report — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 6(4)b).

Le défendeur (l'appelant) aurait établi un diagnostic erroné en affirmant que la grosseur au sein de la demanderesse (l'intimée B.N.) était bénigne du mois d'octobre 1989 jusqu'au mois d'octobre 1990, époque à laquelle un spécialiste a diagnostiqué un cancer du sein, a procédé à une mastectomie radicale partielle et a découvert que le cancer avait envahi la plupart des ganglions lymphatiques de la demanderesse. Après avoir été malade pendant un an et avoir subi des traitements anticancéreux qui l'ont affaiblie, la demanderesse a songé à poursuivre le défendeur et en a parlé au curé de sa paroisse. Elle a décidé de ne pas intenter d'action à l'époque, préférant se consacrer à son rétablissement et mettre l'accent sur la croyance positive qu'elle était guérie. Le cancer est réapparu quatre ans plus tard (mai 1995), s'étendant cette fois à la colonne vertébrale, au foie et aux poumons.

La présente action a été intentée le 9 avril 1996. L'alinéa 3(2)a) de la *Limitation Act* prévoit que ce type d'action pour préjudice corporel se prescrit par deux ans, mais l'al. 6(4)b) autorise le report du point de départ du délai de prescription jusqu'au moment où une personne raisonnable, correctement informée, estimerait que le

the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action".

Before trial, the defendant successfully sought an order dismissing the action as statute-barred. The Court of Appeal, however, held that the motions judge had not given proper attention to s. 6(4)(b) and allowed the appeal, holding that this provision allowed the running of time to be postponed. At issue here is the proper approach to be taken when interpreting s. 6(4)(b) of the *Limitation Act*.

Held (Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The British Columbia Court of Appeal has in different cases suggested at least four approaches to s. 6(4)(b): (1) a broad subjective/objective approach, that asks when a reasonable person would hold that the plaintiff should bring an action, taking into account his or her own circumstances and interests; (2) a restrictive subjective/objective approach, that asks when a reasonable person would hold that the plaintiff could bring an action, taking into account the plaintiff's "important and substantial interests"; (3) a restrictive objective approach, that simply looks to the individual plaintiff's legal capacity to bring an action; and (4) a discretionary approach, that holds that s. 6(4)(b) gives the court the discretion to assess the particular action and decide whether the plaintiff "ought . . . to be able to bring" it outside the usual limitation period.

Given the scheme and purpose of the Act, the appropriate test is a variant of the second approach. Section 6(4)(b) requires the court to adopt the perspective of a reasonable person who knows the facts that are within the plaintiff's knowledge and has taken the appropriate advice a reasonable person would seek on those facts. Time does not begin to run until this reasonable person would conclude that someone in the plaintiff's position could, acting reasonably in light of his or her own circumstances and interests, bring an action. The question posed by s. 6(4)(b) therefore becomes: "in light of his or her own particular circumstances and interests, at what point could the plaintiff reasonably have brought an action?" The reasonable person would only consider that the plaintiff could not have brought an action at the time the right to do so first arose if the plaintiff's own

demandeur «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action».

Avant le procès, le défendeur a obtenu une ordonnance rejetant l'action pour le motif qu'elle était prescrite. La Cour d'appel, toutefois, a décidé que le juge des requêtes n'avait pas suffisamment tenu compte de l'al. 6(4)b) et a accueilli l'appel, statuant que cette disposition permettait le report du point de départ du délai de prescription. Le point en litige en l'espèce est la méthode d'analyse qu'il convient d'adopter pour interpréter l'al. 6(4)b) de la *Limitation Act*.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Au moins quatre méthodes d'analyse de l'al. 6(4)b) se dégagent de la jurisprudence de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: 1) une analyse subjective/objective large suivant laquelle il faut se demander à quel moment du point de vue d'une personne raisonnable le demandeur devrait intenter une action, compte tenu des intérêts et des circonstances qui lui sont propres; 2) une analyse subjective/objective stricte selon laquelle il faut se demander à quel moment, du point de vue d'une personne raisonnable, le demandeur pourrait intenter une action, compte tenu des «intérêts qui sont importants» pour lui; 3) une analyse objective stricte qui ne tient compte que de la capacité juridique du demandeur d'intenter une action; 4) une analyse discrétionnaire selon laquelle l'al. 6(4)b) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'évaluer l'action en cause et de décider si le demandeur «devrait [. . .] être en mesure [de l']intenter» après l'expiration du délai de prescription normal.

Étant donné l'esprit et l'objet de la Loi, le critère approprié est une variante de la deuxième méthode d'analyse. L'alinéa 6(4)b) exige du tribunal qu'il adopte le point de vue d'une personne raisonnable qui connaît les faits dont le demandeur peut prendre connaissance et qui a pris l'avis approprié qu'une personne raisonnable obtiendrait relativement à ces faits. Le délai de prescription ne commence à courir qu'au moment où cette personne raisonnable estimerait qu'une personne placée dans la situation du demandeur pourrait, en agissant de manière raisonnable compte tenu des circonstances et des intérêts qui lui sont propres, intenter une action. La question que pose l'al. 6(4)b) devient donc la suivante: «Compte tenu des circonstances et des intérêts qui lui sont propres, à quel moment le demandeur aurait-il pu raisonnablement intenter une action?» La personne

interests and circumstances were serious, significant, and compelling. Purely tactical concerns have no place in this analysis.

This approach recognizes the special problems injured persons may encounter and the intense stresses and strains involved in litigation. It recognizes that in some cases, the plaintiff's own circumstances and interests may be so compelling that it cannot be reasonably said that he or she could bring an action within the prescribed limitation period. Finally, it makes practical sense. People ought to be encouraged to take steps short of litigation to deal with their problems. They should not be compelled to sue when to do so runs counter to a vital interest, such as the need to maintain their health in the face of a life-threatening disease.

In light of the proposed test, the plaintiff's concerns were so serious, substantial and compelling that, taking into account all of her circumstances and interests, she could not reasonably have commenced a suit at the time the cause of action first arose. The plaintiff's interests and circumstances changed dramatically in May 1995 and the circumstances that precluded a decision to sue earlier — the need to maintain a positive outlook and believe herself cured — were no longer operative. The plaintiff's need to redress the serious wrong allegedly done to her and her consequent willingness to undergo the stresses and strains of litigation outweighed her intensely felt desire to concentrate on regaining her health. Litigation became a realistic option. Section 6(4)(b) of the *Limitation Act* therefore postponed the running of time to at least that date.

Per Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. (dissenting): The test put forward by McLachlin J. was correct. That test, however, was not the test applied to reach the result.

The postponement provisions envisage an objective test applied to the plaintiff's particular position. The court must find the point in time when a reasonable person would say that the plaintiff could have brought a lawsuit, taking into account the plaintiff's interests and circumstances. There was no evidence that it would not

raisonnable n'arrivera à la conclusion que le demandeur n'aurait pas pu intenter une action au moment où le droit de le faire a pris naissance que si les circonstances et les intérêts propres au demandeur étaient sérieux, importants et impérieux. Les préoccupations d'ordre purement stratégique demeurent étrangères à cette analyse.

Cette méthode d'analyse tient compte des problèmes particuliers que peut rencontrer la victime d'un préjudice corporel, ainsi que des tensions et du stress occasionnés par l'exercice d'une action en justice. Elle reconnaît que, dans certains cas, les circonstances et les intérêts propres au demandeur peuvent être si impérieux qu'on ne peut raisonnablement conclure que le demandeur pouvait intenter une action dans le délai de prescription prévu. Enfin, c'est tout à fait sensé en pratique. Les gens doivent être encouragés à régler leurs problèmes en recourant le moins possible aux tribunaux. Personne ne devrait être contraint d'intenter une poursuite lorsque cela va à l'encontre d'un intérêt vital, comme la nécessité de préserver sa santé face à une maladie mortelle.

À la lumière du critère proposé, les préoccupations de la demanderesse étaient si sérieuses, importantes et impérieuses que, compte tenu des circonstances et des intérêts qui lui sont propres, elle n'aurait pas pu raisonnablement intenté une poursuite à la naissance de la cause d'action. Les intérêts et les circonstances propres à la demanderesse ont radicalement changé en mai 1995 et les circonstances qui l'avaient auparavant empêchée de poursuivre — la nécessité d'adopter une attitude positive et de croire à sa guérison — ne tenaient plus. Son besoin d'obtenir réparation pour le grave préjudice qui lui aurait été infligé et sa volonté d'affronter les tensions et le stress inhérents à une action en justice l'emportaient sur son profond désir de se consacrer à son rétablissement. Le procès était devenu une option réaliste. L'alinéa 6(4)b) de la *Limitation Act* a donc reporté le point de départ du délai jusqu'à cette date à tout le moins.

Le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major (dissidents): Le critère avancé par le juge McLachlin est le critère approprié. Cependant, ce n'est pas le critère qui a été appliqué pour trancher l'affaire.

Les dispositions relatives au report du délai de prescription envisagent un critère objectif appliqué à la situation particulière du demandeur. Le tribunal doit déterminer le moment où une personne raisonnable dirait que le demandeur aurait pu intenter une poursuite, compte tenu des intérêts et des circonstances de ce

have been reasonable for the plaintiff to bring an action in the fall of 1991.

The evidence relied on by the majority does not support a conclusion that a lawsuit could not reasonably have been brought. Rather, it only showed that the plaintiff acted reasonably in delaying the lawsuit. The fact that the particular plaintiff's own behaviour was reasonable is irrelevant. The factors advanced by the plaintiff in support of postponement, although relevant to personal decisions that a person must make in his or her life, should not be considered in interpreting a statute of limitations.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *Evans v. Vancouver Port Corp.* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174, and additional reasons (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 334; *Karsanjii Estate v. Roque*, [1990] 3 W.W.R. 612; *Frosch Construction Ltd. v. Volrich* (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72; *Vance v. Peglar* (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 251, leave to appeal refused, [1997] 1 S.C.R. x; *Royal North Shore Hospital v. Henderson* (1986), 7 N.S.W.L.R. 283; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1; *Zeidan v. British Columbia*, [1989] B.C.J. No. 598 (QL); *Trueman v. Ripley*, [1998] B.C.J. No. 2060 (QL).

By Iacobucci and Major JJ. (dissenting)

Peixeiro v. Haberman, [1997] 3 S.C.R. 549; *Frosch Construction Ltd. v. Volrich* (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72; *Evans v. Vancouver Port Corp.* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174; *Royal North Shore Hospital v. Henderson* (1986), 7 N.S.W.L.R. 283; *Karsanjii Estate v. Roque*, [1990] 3 W.W.R. 612.

Statutes and Regulations Cited

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 8.
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 3(2)(a), (3), (5), (6), 6(2), (3)(a), (c), (4)(a), (b), (5)(a), (b), (6), 7(1)(a), (b), (2), (3)(a), (b), (4), (5)(a), (b), 8(1)(b), (c), (2), 9(1).

dernier. Rien ne prouve qu'il n'aurait pas été raisonnable pour la demanderesse d'intenter une action à l'automne 1991.

Les éléments de preuve invoqués par les juges majoritaires n'appuient pas la conclusion qu'une poursuite n'aurait pas pu être raisonnablement intentée. Ils montrent seulement que la demanderesse a agi de façon raisonnable en retardant sa poursuite. Le fait que le comportement de la demanderesse en cause ait été raisonnable n'a rien à voir. S'ils sont pertinents en ce qui concerne les décisions personnelles que chacun doit prendre dans la vie, les facteurs invoqués par la demanderesse à l'appui du report ne devraient pas être pris en compte pour interpréter une loi sur la prescription des actions.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *Evans c. Vancouver Port Corp.* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174, et motifs supplémentaires (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 334; *Karsanjii Estate c. Roque*, [1990] 3 W.W.R. 612; *Frosch Construction Ltd. c. Volrich* (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72; *Vance c. Peglar* (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 251, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 1 R.C.S. x; *Royal North Shore Hospital c. Henderson* (1986), 7 N.S.W.L.R. 283; **arrêts mentionnés:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Bera c. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1; *Zeidan c. British Columbia*, [1989] B.C.J. No. 598 (QL); *Trueman c. Ripley*, [1998] B.C.J. No. 2060 (QL).

Citée par les juges Iacobucci et Major (dissidents)

Peixeiro c. Haberman, [1997] 3 R.C.S. 549; *Frosch Construction Ltd. c. Volrich* (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72; *Evans c. Vancouver Port Corp.* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174; *Royal North Shore Hospital c. Henderson* (1986), 7 N.S.W.L.R. 283; *Karsanjii Estate c. Roque*, [1990] 3 W.W.R. 612.

Lois et règlements cités

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 8.
Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(2)a), (3), (5), (6), 6(2), (3)a), c), (4)a), b), (5)a), b), (6), 7(1)a), b), (2), (3)a), b), (4), (5)a), b), 8(1)b), c), (2), 9(1).

Authors Cited

Alberta. Law Reform Institute. *Limitations*. Report No. 55. Edmonton: The Institute, 1989.

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Limitations, Part 2: General*. Victoria: Queen's Printer, 1974.

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8*. Vancouver: The Commission, 1990.

Legate, Barbara. "Limitation Periods in Medical Negligence Actions Post-*Peixeiro*" (1998), 20 *Advocates' Q.* 326.

New South Wales. Law Reform Commission. *Report of the Law Reform Commission being the First Report on the Limitation of Actions*. Sydney, N.S.W.: V.C.N. Blight, Government Printer, 1967.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 110 B.C.A.C. 103, 178 W.A.C. 103, 161 D.L.R. (4th) 577, [1998] B.C.J. No. 1508 (QL), allowing an appeal from a judgment of Holmes J., [1997] B.C.J. No. 1900 (QL), allowing a motion for summary judgment and dismissing the action. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *Raj Samtani*, for the appellant.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Catherine J. Parker*, for the respondents.

The reasons of Lamer C.J. and Iacobucci and Major JJ. were delivered by

1 IACOBUCCI AND MAJOR JJ. (dissenting) — We have had the benefit of Justice McLachlin's reasons in this case and agree with her review of the statute and with the test summarized in para. 39 of the majority reasons. It is our view that that test is not the test applied in reaching her result. Consequently, we respectfully dissent.

Doctrine

Alberta. Law Reform Institute. *Limitations*. Report No. 55. Edmonton: The Institute, 1989.

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Limitations, Part 2: General*. Victoria: Queen's Printer, 1974.

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8*. Vancouver: The Commission, 1990.

Legate, Barbara. «Limitation Periods in Medical Negligence Actions Post-*Peixeiro*» (1998), 20 *Advocates' Q.* 326.

New South Wales. Law Reform Commission. *Report of the Law Reform Commission being the First Report on the Limitation of Actions*. Sydney, N.S.W.: V.C.N. Blight, Government Printer, 1967.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 110 B.C.A.C. 103, 178 W.A.C. 103, 161 D.L.R. (4th) 577, [1998] B.C.J. No. 1508 (QL), qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Holmes, [1997] B.C.J. No. 1900 (QL), accueillant la requête tendant à obtenir un jugement sommaire et rejetant l'action. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci et Major sont dissidents.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *Raj Samtani*, pour l'appelant.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Catherine J. Parker*, pour les intimés.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Iacobucci et Major rendus par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR (dissidents) — Nous avons eu l'avantage de prendre connaissance des motifs exposés par le juge McLachlin dans la présente affaire et nous souscrivons à l'examen qu'elle fait de la loi de même qu'au critère résumé au par. 39 des motifs des juges majoritaires. À notre avis, il ne s'agit pas du critère qu'elle a appliqué pour trancher l'affaire. En toute déférence, nous exprimons donc notre dissidence.

The plaintiff, Barbara Novak, alleges that she suffered damage because the defendant, Dr. Donald Bond, negligently failed to diagnose her breast cancer. She became aware of Dr. Bond's alleged error in October 1990. Around that time, she also became aware that the breast cancer had spread to her lymph nodes and that heavy "lymph node involvement" would significantly increase the likelihood that her cancer would recur. Between October 1990 and April 1991, she underwent a partial radical mastectomy, chemotherapy and radiation therapy in the hope of treating the cancer. From April 1991 to May 1995, she showed no symptoms of cancer at all.

La demanderesse, Barbara Novak, soutient qu'elle a subi un préjudice du fait que le défendeur, le Dr Donald Bond, a omis par négligence de diagnostiquer chez elle un cancer du sein. Elle s'est aperçue de l'erreur que le Dr Bond aurait commise en octobre 1990. À cette époque, elle a également appris que le cancer du sein avait gagné les ganglions lymphatiques et qu'une [TRADUCTION] «atteinte [grave] aux ganglions lymphatiques» augmentait de façon significative le risque de réapparition du cancer. Entre octobre 1990 et avril 1991, elle a subi une mastectomie radicale partielle et des traitements de chimiothérapie et de radiothérapie, dans l'espoir de se débarrasser de son cancer. D'avril 1991 à mai 1995, elle n'a présenté aucun symptôme de cancer. 2

In mid- to late 1991, the plaintiff considered whether she should sue the defendant. She did not consult a lawyer or a medical professional on the subject, but discussed the matter with her parish priest. She decided to take a positive attitude toward her recovery and "wait to see for a few years what's going to happen down the road".

Entre le milieu et la fin de 1991, la demanderesse a songé à poursuivre le défendeur. Elle n'a pas consulté d'avocat ni de professionnel de la santé à ce sujet, mais elle en a parlé au curé de sa paroisse. Elle a décidé d'adopter une attitude positive face à son rétablissement et [TRADUCTION] d'«attendre quelques années pour voir ce qu'il adviendra au bout du compte». 3

In May 1995, the plaintiff was diagnosed with cancer in her spine, liver, and lung. This recurrence prompted the plaintiff and her husband to file a lawsuit against the defendant on April 9, 1996.

En mai 1995, le cancer de la demanderesse avait envahi la colonne vertébrale, le foie et les poumons. La réapparition du cancer les a poussés, elle et son mari, à intenter une action contre le défendeur le 9 avril 1996. 4

The motions judge ([1997] B.C.J. No. 1900 (QL) (S.C. in chambers)) dismissed the action as barred under British Columbia's *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266. Although the British Columbia Court of Appeal ((1998), 110 B.C.A.C. 103) allowed the plaintiff's appeal, two members of the three-judge panel expressed disagreement with the interpretation the statute has received in British Columbia and allowed the appeal only because they believed themselves bound by court precedent. The defendant now appeals that decision.

Le juge des requêtes ([1997] B.C.J. No. 1900 (QL) (C.S. en chambre)) a jugé l'action irrecevable en vertu de la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, de la Colombie-Britannique. Bien que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1998), 110 B.C.A.C. 103) ait accueilli l'appel interjeté par la demanderesse, deux des trois juges ayant entendu l'affaire étaient en désaccord avec l'interprétation donnée à la loi en Colombie-Britannique, et ils ont accueilli l'appel uniquement parce qu'ils se considéraient liés par un précédent jurisprudentiel. C'est cette décision que le défendeur conteste dans le présent pourvoi. 5

6 The relevant provisions of the *Limitation Act* are:

3 . . .

(2) After the expiration of 2 years after the date on which the right to do so arose a person may not bring any of the following actions:

(a) . . . for damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising from the injury, whether based on contract, tort or statutory duty;

. . .

6 . . .

(3) The running of time with respect to the limitation periods set by this Act for any of the following actions is postponed as provided in subsection (4):

(a) for personal injury;

. . .

(c) for professional negligence. . . .

(4) Time does not begin to run against a plaintiff with respect to an action referred to in subsection (3) until the identity of the defendant is known to the plaintiff and those facts within the plaintiff's means of knowledge are such that a reasonable person, knowing those facts and having taken the appropriate advice a reasonable person would seek on those facts, would regard those facts as showing that

(a) an action on the cause of action would, apart from the effect of the expiration of a limitation period, have a reasonable prospect of success, and

(b) the person whose means of knowledge is in question ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action.

(5) For the purpose of subsection (4),

(a) **"appropriate advice"**, in relation to facts, means the advice of competent persons, qual-

Voici les dispositions pertinentes de la *Limitation Act*:

[TRADUCTION]

3 . . .

(2) Les actions qui suivent ne peuvent être intentées lorsque deux ans se sont écoulés depuis la naissance du droit d'action:

a) . . . l'action en dommages-intérêts pour préjudice corporel ou matériel, y compris la perte financière découlant du préjudice, qu'elle se fonde sur un contrat, un délit ou une obligation légale;

. . .

6 . . .

(3) Le point de départ des délais de prescription fixés par la présente loi à l'égard des actions suivantes est reporté conformément au paragraphe (4):

a) l'action pour préjudice corporel;

. . .

c) l'action pour négligence professionnelle . . .

(4) En ce qui concerne les actions visées au paragraphe (3), le délai de prescription ne court à l'égard du demandeur qu'à compter du jour où l'identité du défendeur vient à sa connaissance et où les faits à la portée de ses moyens de connaissance sont tels qu'une personne raisonnable, ayant été informée de ces faits et ayant pris l'avis approprié qu'une personne raisonnable aurait demandé relativement à ces faits, serait d'avis que ces faits font voir ce qui suit:

a) une action fondée sur la cause d'action, hormis l'effet de l'expiration d'un délai de prescription, aurait une chance raisonnable d'être accueillie,

b) la personne dont les moyens de connaissance des faits sont en cause devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action.

(5) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (4).

a) **«avis approprié»** Relativement à des faits, l'avis d'une personne ayant la compétence

ified in their respective fields, to advise on the medical, legal and other aspects of the facts, as the case may require,

(b) **"facts"** include

(i) the existence of a duty owed to the plaintiff by the defendant, and

(ii) that a breach of a duty caused injury, damage or loss to the plaintiff

. . .

7 (1) For the purposes of this section,

(a) a person is under a disability while the person

(i) is a minor, or

(ii) is in fact incapable of or substantially impeded in managing his or her affairs . . . .

(2) If, at the time the right to bring an action arises, a person is under a disability, the running of time with respect to a limitation period set by this Act is postponed so long as that person is under a disability.

. . .

8 (1) Subject to section 3(4) and subsection (2) of this section but despite a confirmation made under section 5 [not relevant here], a postponement or suspension of the running of time under section 6 or 11(2) or a postponement or suspension of the running of time under section 7 in respect of a person who is not a minor, no action to which this Act applies may be brought

. . .

(b) against a medical practitioner, based on professional negligence or malpractice, after the expiration of 6 years from the date on which the right to do so arose, or

(c) in any other case, after the expiration of 30 years from the date on which the right to do so arose.

voulue pour se prononcer en matière médicale, juridique ou autre, selon le cas,

b) «**faits**» s'entend:

(i) de l'existence d'une obligation à laquelle est tenu le défendeur à l'égard du demandeur,

(ii) du fait qu'un manquement à une obligation a causé au demandeur un préjudice, des dommages ou une perte

. . .

7 (1) Pour l'application du présent article,

a) une personne est frappée d'incapacité dans les cas suivants:

(i) elle est mineure,

(ii) elle est effectivement incapable de gérer ses affaires personnelles ou soumise à des contraintes graves à cet égard . . .

(2) Si à la naissance du droit d'action, la personne est frappée d'incapacité, le point de départ du délai de prescription prévu dans la présente loi est reporté jusqu'à la cessation de l'incapacité.

. . .

8 (1) Sous réserve du paragraphe 3(4) et du paragraphe (2), et malgré la confirmation en application de l'article 5 [sans objet en l'espèce], le report ou la suspension du délai en vertu de l'article 6 ou du paragraphe 11(2) ou le report ou la suspension du délai en conformité avec l'article 7 à l'égard d'une personne qui atteint la majorité, nulle action visée par la présente loi ne peut être exercée:

. . .

b) contre un médecin, pour négligence ou faute professionnelle, si plus de six ans se sont écoulés depuis la naissance du droit d'action.

c) dans aucun autre cas, si plus de 30 ans se sont écoulés depuis la naissance du droit d'action.

7 The focus of this appeal is s. 6(4)(b) of the *Limitation Act*, which allows for the postponement of time until a reasonable person would conclude that the facts showed that the plaintiff "ought, in [her] own interests and taking [her] circumstances into account, to be able to bring an action". Does this language mean that a plaintiff may postpone the running of time provided only that he or she acts reasonably? It is our opinion that such a test allows the postponement provision to swallow the statute of limitations whole. The outcome in this case, though humane, runs counter to the main objective of a statute of limitations: that the litigation process be orderly and fair to all concerned.

Le présent pourvoi porte principalement sur l'al. 6(4)b) de la *Limitation Act*, qui permet le report du délai de prescription imparti pour intenter certaines actions jusqu'au moment où, selon une personne raisonnable, les faits établissent que le demandeur, «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action». Ce libellé signifie-t-il que le demandeur peut reporter le point de départ du délai de prescription, pourvu seulement qu'il agisse de façon raisonnable? Nous sommes d'avis qu'un tel critère permettrait à la disposition de report d'écarter la loi sur la prescription des actions en entier. Bien que marqué de compassion, le résultat de la présente affaire va à l'encontre du principal objectif d'une loi sur la prescription des actions, soit que la procédure en matières contentieuses soit ordonnée et équitable envers tous les intéressés.

8 Almost all applications of limitations statutes will seem harsh. But their finality should not obscure their value. They bring needed stability to society by enabling potential defendants to plan their affairs in the safe assumption that stale claims cannot be raised against them. They minimize the risk that evidence relevant to the claim will be lost. In addition, they are an incentive for plaintiffs not to "sleep on their rights". See *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 34.

Presque toutes les applications d'une loi sur la prescription des actions sembleront dures. Cependant, leur caractère définitif ne doit pas masquer leur valeur. Elles apportent à la société une stabilité nécessaire, car elles permettent à des défendeurs potentiels de planifier leurs activités en sachant bien qu'ils ne feront pas l'objet d'une demande tardive. Elles minimisent le risque que des éléments de preuve pertinents quant à la demande ne soient perdus. De plus, elles incitent les demandeurs à ne pas «tarde[r] [. . .] à faire valoir leurs droits»: voir *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, au par. 34.

9 In *Peixeiro*, the Court held at para. 38 that the absolute function of a statute of limitations is tempered by the "general rule of discoverability". This equitable doctrine constitutes an incursion on the limitations period to account for the fact that it would be unfair to require a plaintiff to bring a lawsuit "before he could reasonably have discovered that he had a cause of action". See *Peixeiro*, at paras. 38-39. The effect of the discoverability rule is to postpone the running of time until a reasonable person, in the exercise of reasonable diligence,

Dans l'arrêt *Peixeiro*, la Cour a conclu, au par. 38, que la rigoureuse fonction d'une loi sur la prescription des actions est tempérée par la «règle générale de la possibilité de découvrir le dommage». Ce principe reconnu en *equity* permet de modifier le délai de prescription pour tenir compte du fait qu'il serait inéquitable d'exiger d'un demandeur qu'il intente une action «avant qu'il ait pu raisonnablement découvrir qu'il disposait d'une cause d'action». Voir *Peixeiro*, précité, au par. 39. La règle de la possibilité de découvrir le dommage a pour effet de reporter le point de départ du délai de prescription applicable jusqu'au moment où la

would discover the facts necessary to maintain the action.

British Columbia has adopted a specific postponement provision within the statute. The role of the postponement provision is the same as that of the discoverability rule: to ensure that plaintiffs who, in the exercise of reasonable diligence, cannot know that they have a viable claim against a particular defendant or cannot reasonably bring an action, will not be barred.

The postponement provision in dispute, s. 6(4), relies on the traditional language of discoverability by requiring the court to consider those "facts within the plaintiff's means of knowledge" and the "appropriate advice a reasonable person would seek on those facts". Section 6(5)(a) of the statute further defines "appropriate advice" as "the advice of competent persons, qualified in their respective fields, to advise on the medical, legal and other aspects of the facts, as the case may require".

These sections envision an objective analysis. They require a potential plaintiff to act reasonably in discovering the facts available and in consulting with professional advisors. This is a duty of reasonable diligence that does not vary with the individual circumstances of the particular plaintiff.

Section 6(4)(b), the provision relied on by the plaintiff here, does no differently. The triggering event for the running of time is the point where "a reasonable person" would regard the facts as showing that the plaintiff "ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action" (emphasis added). The statute focuses on the plaintiff's ability to bring a lawsuit, taking account of the plaintiff's own interests and circumstances. This provision is still within the objective analysis that is the backbone of s. 6(4). The appropriate question is whether a reasonable person would

personne raisonnable, faisant preuve de diligence raisonnable, prendrait connaissance des faits nécessaires pour exercer l'action.

10 En Colombie-Britannique, la loi comporte une disposition de report expresse. Le rôle de cette disposition est le même que celui de la règle sur la possibilité de découvrir le dommage: faire obstacle à la prescription de l'action des demandeurs qui, malgré leur diligence raisonnable, ne sont pas en mesure de savoir qu'ils peuvent intenter une action recevable contre un défendeur donné ou ne peuvent raisonnablement intenter une action.

11 La disposition de report qui fait l'objet du présent litige, soit le par. 6(4), reprend la formulation traditionnelle de la règle de la possibilité de découvrir le dommage, car elle exige que le tribunal examine «les faits à la portée [des] moyens de connaissance [du demandeur]» et «l'avis approprié qu'une personne raisonnable aurait demandé relativement à ces faits». Aux termes de l'al. 6(5)a) l'expression «avis approprié» s'entend de «l'avis d'une personne ayant la compétence voulue pour se prononcer en matière médicale, juridique ou autre, selon le cas».

12 Ces dispositions envisagent une analyse objective. Elles exigent qu'un demandeur éventuel agisse de façon raisonnable en cherchant à découvrir les faits dont il peut prendre connaissance et en consultant des conseillers professionnels. Il s'agit d'une obligation de diligence raisonnable qui ne varie pas en fonction des circonstances propres à chaque demandeur.

13 L'alinéa 6(4)b) qu'invoque la demanderesse en l'espèce ne dit pas autre chose. Le délai de prescription commence à courir au moment où «une personne raisonnable» conclurait que les faits établissent que le demandeur, «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action» (nous soulignons). La loi met l'accent sur la capacité du demandeur d'intenter une action, compte tenu de son intérêt et des circonstances qui lui sont propres. Cet alinéa ne déborde pas le cadre de l'analyse objective qui constitue le pivot du par. 6(4). La question qu'il convient de se poser est

think that she could bring a lawsuit, taking into account the plaintiff's interests and circumstances. Thus, s. 6(4)(b) does not prescribe a "subjective" analysis; it focuses the objective analysis on the plaintiff's particular situation.

14 This strict view of the statutory language was convincingly asserted by Lambert J.A. in *Frosch Construction Ltd. v. Volrich* (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72 (C.A.), at p. 79:

> By the addition of the words "to be able" the meaning is changed from whether a reasonable person would consider that someone in the plaintiff's position *should*, acting reasonably, bring an action at that time, to whether a reasonable person would consider that someone in the plaintiff's position *could*, acting reasonably, bring an action at that time. [Emphasis in original.]

Thus the statute provides that time starts to run as soon as a reasonable person would answer "yes" to the question, "Could someone in the plaintiff's position reasonably bring an action now?"

15 Of course, the plaintiff's "ability" to bring an action must be understood in the context of the rest of the *Limitation Act*. Section 7(2) allows the postponement of the otherwise applicable limitation period for as long as a person is under a disability. Pursuant to s. 7(1)(a), a person is under a disability if that person is a minor or "is in fact incapable of or substantially impeded in managing his or her affairs". Therefore, in order to read ss. 7(2) and 6(4)(b) together consistently, a plaintiff's inability to bring a lawsuit according to s. 6(4)(b) does not include being "incapable of or substantially impeded in managing his or her affairs". Otherwise, s. 7(2) would be rendered redundant.

16 The proper analysis should then be to find the earliest point at which a reasonable person, contemplating the facts within the plaintiff's means of

celle de savoir si une personne raisonnable estimerait qu'elle peut intenter une action, compte tenu des intérêts et des circonstances propres au demandeur. Par conséquent, l'al. 6(4)b) ne prévoit pas une analyse «subjective»; il centre l'analyse objective sur la situation particulière du demandeur.

Cette interprétation stricte du texte de la loi a été exposée de façon convaincante par le juge Lambert de la Cour d'appel dans l'arrêt *Frosch Construction Ltd. c. Volrich* (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72 (C.A.), à la p. 79:

> [TRADUCTION] L'insertion des mots «être en mesure» modifie le sens de l'énoncé de telle sorte qu'il ne s'agit plus de se demander si une personne raisonnable jugerait qu'une personne placée dans la situation du demandeur et en agissant raisonnablement, *devrait* intenter alors une action, mais bien si une personne raisonnable jugerait qu'une personne placée dans la situation du demandeur et agissant raisonnablement, *pourrait* intenter alors une action. [En italique dans l'original.]

La loi prévoit donc que le délai commence à courir dès qu'une personne raisonnable répondrait par l'affirmative à la question suivante: «Une personne placée dans la situation du demandeur pourrait-elle raisonnablement intenter une action maintenant?»

Bien entendu, la «capacité» du demandeur d'intenter une action doit être appréciée en fonction des autres dispositions de la *Limitation Act*. Le paragraphe 7(2) autorise le report du délai de prescription autrement applicable aussi longtemps que la personne est frappée d'incapacité. Aux termes de l'al. 7(1)a), une personne est frappée d'incapacité si elle est mineure ou si «elle est effectivement incapable de gérer ses affaires personnelles ou soumise à des contraintes graves à cet égard». En conséquence, pour concilier le par. 7(2) et l'al. 6(4)b), il faut que l'incapacité du demandeur d'intenter une action conformément à l'al. 6(4)b) exclue le fait d'être «effectivement incapable de gérer ses affaires personnelles ou [d'être] soumise à des contraintes graves à cet égard». Autrement, le par. 7(2) ferait double emploi.

L'analyse qu'il convient de faire consiste donc à établir à quelle date, au plus tôt, une personne raisonnable estimerait, compte tenu des faits à la por-

knowledge and taking into account her personal circumstances, would believe that that person could reasonably have brought an action. Once that date has been established, the court asks whether the particular action at issue was brought within (in this case) two years of that date. If not, the action is barred.

tée des moyens de connaissance de la demanderesse et des circonstances qui lui sont propres, que celle-ci aurait pu raisonnablement intenter une action. Une fois que cette date a été déterminée, le tribunal doit se demander si l'action particulière en cause a été intentée dans un délai de deux ans (en l'espèce) suivant cette date. Dans le cas contraire, l'action est prescrite.

In our view, the statute directs the court to find the point in time when a reasonable person would say that the plaintiff could have brought a lawsuit. Nothing in the statute refers to the reasonableness of what the particular plaintiff actually did.

17 À notre avis, la loi dit que le tribunal doit déterminer à quel moment une personne raisonnable jugerait que le demandeur aurait pu intenter une action. Aucune disposition de la loi ne renvoie au caractère raisonnable de ce que le demandeur en cause a effectivement fait.

That is as it should be. There are always reasons why a plaintiff may reasonably choose not to bring an action, even though it would also be reasonable to bring an action. Lawsuits are trying, financially, emotionally and perhaps physically. Often the game is not worth the candle. The decision whether to sue or not is a personal one that each plaintiff must make individually. The statute of limitations foresees this by allowing a two-year period from the moment a potential plaintiff becomes reasonably able to sue. It is during that time that the plaintiff's subjective position is considered — not by the courts, but by the plaintiff herself in deciding whether to sue or not.

18 Il doit en être ainsi. Il y a toujours des motifs pour lesquels le demandeur peut raisonnablement décider de ne pas intenter d'action, même s'il serait tout aussi raisonnable d'en intenter une. Les poursuites sont pénibles sur les plans financier et affectif, voire physique. Souvent, le jeu n'en vaut pas la chandelle. La décision d'intenter une action est une décision personnelle que chaque demandeur doit prendre lui-même. La loi sur la prescription des actions en tient compte en fixant comme point de départ du délai de deux ans le moment où le demandeur éventuel est raisonnablement en mesure d'agir en justice. C'est pendant cette période que la situation subjective du demandeur est examinée — non par les tribunaux, mais par le demandeur lui-même qui doit décider s'il intente une action.

Reasonable people can differ over whether any particular person with a cause of action who could sue actually should sue. In this case, the plaintiff decided that she did not wish to sue in the fall of 1991. She had personal reasons, supported by her discussion with her parish priest, to forgo suing and to pursue an optimistic approach to regaining her health. That decision was reasonable, as the motions judge found. But that finding, which showed sympathy for the difficult position in which Mrs. Novak found herself in having to make

19 Les personnes raisonnables peuvent avoir des divergences de vue sur la question de savoir si une personne ayant une cause d'action et pouvant intenter une action devrait en fait le faire. En l'espèce, la demanderesse a décidé de ne pas intenter d'action à l'automne 1991. Des raisons personnelles, renforcées par une discussion qu'elle a eue avec le curé de sa paroisse, l'ont incitée à ne pas intenter d'action et à adopter une attitude positive à l'égard de son rétablissement. Il s'agissait d'une décision raisonnable, comme l'a conclu le juge des requêtes. Toutefois, cette conclusion, empreinte de sympathie à l'égard de la situation difficile dans laquelle se trouvait Mme Novak en raison de la gravité de la décision qu'elle devait prendre, n'est pas

a serious decision, is not relevant to the statute of limitations analysis.

20 The fact that the plaintiff made a reasonable decision in not beginning a lawsuit does not mean that a different decision would have been unreasonable. Quite the contrary — although her chemotherapy and radiation treatment probably rendered her unable to sue prior to May 1991 (as the motions judge found) there is no "appropriate" evidence from any professional, medical or otherwise, that her recovery would have been endangered had she begun a lawsuit sometime between May 1991 and May 1993. There is no evidence to show that her parish priest was qualified to give the type of advice envisioned by the statute. Consequently, there is no proof that Mrs. Novak would not have been acting reasonably had she decided to bring a lawsuit during that time.

21 Our colleague, McLachlin J., states in her reasons that in the summer of 1991 "Mrs. Novak had reason to believe herself cured" (para. 94) and that only in May 1995, did she become "aware of the actual extent of the lymph node involvement that had been found in 1990" (para. 46). We disagree with the relevance of this, as s. 6(4)(b) requires an assessment of the facts within the plaintiff's "means of knowledge" (emphasis added) and not the facts actually known. Mrs. Novak's injury is not more extensive than she could have reasonably anticipated by May 1991. The motions judge found, at para. 50:

> Timely advice, medical and legal, on the basis of Mrs. Novak's knowledge as to the defendant's negligence and knowledge that some damage had been occasioned would undoubtedly have led to a review of her medical records which clearly contained the information regarding extensive lymphatic involvement. Reasonable advice to be expected would be that significant future risk to her life and health had been created.

It may be the case that if this "significant future risk" could not have been known in May 1991, that

pertinente en ce qui a trait à l'analyse fondée sur la loi sur la prescription des actions.

Le fait que la demanderesse a pris une décision raisonnable en décidant de ne pas intenter d'action ne veut pas dire qu'une décision différente aurait été déraisonnable. C'est tout le contraire — même si les traitements de chimiothérapie et de radiothérapie qu'elle a subis l'ont probablement rendue incapable d'intenter une action avant mai 1991 (comme l'a conclu le juge des requêtes), aucun élément de preuve «approprié» de source professionnelle, médicale ou autre n'établit que son rétablissement aurait été compromis si elle avait intenté une action entre mai 1991 et mai 1993. Aucun élément de preuve n'établit que le curé de sa paroisse avait la compétence voulue pour lui donner le type d'avis mentionné dans la loi. En conséquence, rien ne prouve que Mme Novak n'aurait pas agi raisonnablement si elle avait décidé d'intenter une action pendant cette période.

Notre collègue, le juge McLachlin, dit dans ses motifs qu'à l'été 1991, «Mme Novak avait des raisons de croire à sa guérison» (au par. 94) et que ce n'est qu'en mai 1995 qu'elle a «pris conscience de l'étendue réelle de l'atteinte ganglionnaire découverte en 1990» (au par. 46). Nous divergeons sur la pertinence des faits relevés, étant donné que l'al. 6(4)b) exige une appréciation des faits à la portée des «moyens de connaissance» du demandeur (nous soulignons) et non des faits qu'il connaissait effectivement. Le préjudice que Mme Novak a subi n'est pas plus important que ce qu'elle avait pu raisonnablement anticiper en mai 1991. Le juge des requêtes a conclu, au par. 50:

> [TRADUCTION] La consultation en temps utile d'un avocat et d'un médecin, compte tenu du fait que Mme Novak savait que le défendeur avait été négligent et qu'un préjudice lui avait été causé, aurait sans aucun doute débouché sur un examen de ses dossiers médicaux qui, de toute évidence, contenaient les renseignements concernant le degré de propagation du cancer aux ganglions lymphatiques. Il fallait s'attendre à ce qu'un avis raisonnable conclue à l'existence d'un risque futur considérable pour sa vie et sa santé.

Il se peut que s'il était impossible de connaître ce «risque futur considérable» en mai 1991,

it would not have been reasonable for Mrs. Novak to sue, taking into account her other circumstances. The seriousness of an injury can be a factor in deciding whether it is reasonable to bring an action. However, the fact that, in this case, the seriousness of the illness was clearly within her means of knowledge strengthens our conclusion that there is no evidence that it would not have been reasonable for the plaintiff to bring an action in May 1991.

Mme Novak n'aurait pas agi raisonnablement en intentant une action, compte tenu de l'ensemble de sa situation. La gravité du préjudice peut constituer un facteur pris en compte pour décider s'il est raisonnable d'intenter une action. Cependant, le fait qu'en l'espèce, la demanderesse avait clairement la possibilité de prendre connaissance de la gravité de la maladie étaye notre conclusion qu'aucun élément de preuve n'établit que la demanderesse n'aurait pas agi raisonnablement si elle avait intenté une action en mai 1991.

The evidence that McLachlin J. uses to support her result is, in our opinion, inapposite. McLachlin J. relies on the fact that Mrs. Novak did not approach the matter lightly, did not act strategically, was concerned with her health, and hoped that her cancer would not recur (para. 96). These factors do not show that suing in 1991 would have been unreasonable. All they show is the uncontroversial proposition that Mrs. Novak herself acted reasonably in delaying her lawsuit. Every judge that has heard this case agrees. But, as stated above, the fact that the particular plaintiff's own behaviour was reasonable is irrelevant. The test developed in *Frosch Construction*, *supra*, focuses on a different issue, namely whether the plaintiff could reasonably have sued earlier or not.

22 Selon nous, les éléments de preuve dont se sert le juge McLachlin pour appuyer le résultat auquel elle parvient ne sont pas pertinents. Le juge McLachlin se fonde sur le fait que Mme Novak n'a pas pris l'affaire à la légère, ne s'est pas livrée à des calculs, s'est préoccupée de sa santé et a espéré que son cancer ne reviendrait pas (par. 96). Ces facteurs n'établissent pas qu'il aurait été déraisonnable de poursuivre en 1991. Ils montrent seulement, et ceci n'est pas contestable, que Mme Novak elle-même a agi de façon raisonnable en retardant sa poursuite. Chacun des juges qui ont instruit la présente affaire s'entendent sur ce point. Mais comme nous l'avons déjà dit, le fait que la conduite du demandeur en cause soit raisonnable n'est pas pertinent. Le critère énoncé dans *Frosch Construction*, précité, met l'accent sur une question différente, soit le point de savoir si le demandeur aurait pu raisonnablement poursuivre plus tôt.

The difference between a showing that the plaintiff acted reasonably in delaying her lawsuit and a showing that the plaintiff could not reasonably have sued earlier is well illustrated by the holding in *Frosch Construction* itself, which McLachlin J. purports to follow. In that case, the plaintiff company was experiencing financial difficulties, had neither the time nor the money to bring an action, and had been advised by its legal counsel that the time was not right for a lawsuit. It was clear that, from the company's subjective point of view, delaying the lawsuit was reasonable. Nonetheless, Lambert J.A. held that this evidence would not make a reasonable person think that a lawsuit could not have been brought earlier, taking into account the plaintiff's own circumstances. He

23 La différence entre le fait de prouver que le demandeur a agi de manière raisonnable en retardant sa poursuite et le fait de prouver que le demandeur n'aurait pas pu poursuivre raisonnablement plus tôt ressort bien du jugement *Frosch Construction* lui-même que le juge McLachlin prétend suivre. Dans cette affaire, la société demanderesse éprouvait des difficultés financières, n'avait ni le temps ni l'argent nécessaire pour intenter une action et avait été informée par son conseiller juridique que le moment n'était pas propice pour intenter une action. À l'évidence, du point de vue subjectif de la société, il était raisonnable de retarder l'exercice de l'action. Néanmoins, le juge Lambert a décidé que ces éléments de preuve n'auraient pas amené la personne raisonnable à con-

contrasted the plaintiff in *Frosch Construction* with the plaintiff in *Evans v. Vancouver Port Corp.* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174 (C.A.), where the evidence clearly showed that the timely filing of a lawsuit would have stopped the plaintiff's workers' compensation benefits, thereby exposing him and his family to destitution. Unlike *Evans*, the evidence in *Frosch Construction* did not warrant a conclusion that a lawsuit could not reasonably be brought.

clure qu'une poursuite n'auraient pas pu être intentée plus tôt, compte tenu des circonstances propres à la demanderesse. Il a opposé la situation de la demanderesse dans *Frosch Construction* avec celle de la partie demanderesse dans *Evans c. Vancouver Port Corp.* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174 (C.A.), où la preuve établissait clairement que l'exercice en temps utile d'une action aurait mis fin au versement des prestations d'accident du travail versées au demandeur, ce qui l'aurait exposé, lui et sa famille, à la misère. Contrairement à *Evans*, la preuve dans *Frosch Construction* ne permettait pas de conclure qu'une poursuite ne pouvait pas être raisonnablement intentée.

24 In our view, the same can be said of this case. In reaching the contrary conclusion, McLachlin J. focuses on factors that go only to the reasonableness of the course Mrs. Novak herself decided to take. This view seems to follow less from Lambert J.A.'s reasoning in *Frosch Construction* and more from the interpretation of the New South Wales legislation in *Royal North Shore Hospital v. Henderson* (1986), 7 N.S.W.L.R. 283 (C.A.). The New South Wales court makes clear (at p. 287) that it is concerned with circumstances in which "notwithstanding a knowledge of material facts of a decisive character, it might nonetheless be reasonable for a person not to sue" (emphasis added).

À notre avis, on peut en dire autant dans la présente affaire. En parvenant à la conclusion contraire, le juge McLachlin met l'accent sur des facteurs qui ne concernent que le caractère raisonnable de la conduite que Mme Novak elle-même a décidé de tenir. Ce point de vue ne semble pas tant découler des motifs exposés par le juge Lambert de la Cour d'appel dans l'arrêt *Frosch Construction* que de l'interprétation de la loi de la Nouvelle-Galles du Sud dans l'arrêt *Royal North Shore Hospital c. Henderson* (1986), 7 N.S.W.L.R. 283 (C.A.). La cour de la Nouvelle-Galles du Sud dit clairement (à la p. 287) qu'elle se préoccupe des circonstances dans lesquelles [TRADUCTION] «malgré la connaissance de faits déterminants, il pourrait néanmoins être raisonnable de ne pas poursuivre» (nous soulignons).

25 We do not believe that the *Henderson* analysis can be reconciled with the language of the British Columbia statute or with Lambert J.A.'s interpretation of it in *Frosch Construction*. The *Henderson* court was interpreting a different statute (*Limitation Act, 1969* (N.S.W.), 1969, No. 31, s. 57(1)(c)), which provided that time began to run only when a reasonable person would regard the facts as showing that someone in the plaintiff's position "ought, in his own interests, and taking his circumstances into account, to bring an action". The absence of the words "to be able" shifts the perspective to the point in time when a reasonable person would say that the plaintiff reasonably should bring a cause of action. Under the New South Wales legislation, it

Nous n'estimons pas que l'analyse faite dans l'arrêt *Henderson* puisse être conciliée avec le libellé de la loi de la Colombie-Britannique ni avec l'interprétation que le juge Lambert a donnée à celle-ci dans l'arrêt *Frosch Construction*. Dans l'affaire *Henderson*, la cour interprétait une loi différente (*Limitation Act, 1969* (N.S.W.), 1969, No. 31, al. 57(1)c)), qui prévoyait que le délai de prescription ne commençait à courir qu'à partir du moment où une personne raisonnable considérerait que les faits établissent qu'une personne placée dans la situation du demandeur [TRADUCTION] «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, intenter une action». L'absence de l'expression «être en

makes sense to ask whether a particular plaintiff's delay in filing suit was "reasonable" under the circumstances. Obviously, if a plaintiff's refusal to bring an action can be called "reasonable," then the plaintiff was not someone who "ought . . . to bring" an action at that time and postponement is in order.

mesure» modifie l'optique, qui est reportée au moment où la personne raisonnable dirait que le demandeur devrait raisonnablement faire valoir une cause d'action. En vertu de la loi de la Nouvelle-Galles du Sud, il est logique de se demander si le délai qui s'est écoulé avant que le demandeur n'intente une action est «raisonnable» dans les circonstances. De toute évidence, si le refus d'un demandeur d'intenter une action peut être considéré comme «raisonnable», le demandeur n'était pas une personne qui «devrait [. . .] intenter» une action à ce moment-là et le report du point de départ du délai de prescription s'impose.

In British Columbia, the law is different. McLachlin J. posits (at para. 80) that the additional words "to be able" in s. 6(4)(b) should be given meaning, and we agree. Yet her analysis, relying as it does on whether the plaintiff's course of action was itself reasonable, interprets s. 6(4)(b) in the same way as the *Henderson* court interpreted the New South Wales legislation, effectively reading the words "to be able" out of the statute. This interpretation is not the one advanced in *Frosch Construction*, but rather that of the two British Columbia cases that saw no difference between s. 6(4)(b) and the New South Wales statute: see *Karsanjii Estate v. Roque*, [1990] 3 W.W.R. 612 (B.C.C.A.), and *Evans*, *supra*. The interpretation advanced in *Evans* and *Karsanjii Estate* cannot be squared with the language of the British Columbia statute.

26 En Colombie-Britannique, la loi est différente. Le juge McLachlin affirme (au par. 80) qu'il faut donner un sens à l'expression «être en mesure» qui figure à l'al. 6(4)b), et nous sommes d'accord. Pourtant son analyse, axée sur la question de savoir si la conduite de la demanderesse était elle-même raisonnable, interprète l'al. 6(4)b) de la même façon que la cour, dans l'affaire *Henderson*, a interprété la loi de la Nouvelle-Galles du Sud, c'est-à-dire comme si la loi ne comprenait pas l'expression «être en mesure». Cette interprétation n'est pas celle de l'arrêt *Frosch Construction*, mais plutôt celle que proposent deux décisions de Colombie-Britannique dans lesquelles il a été jugé qu'il n'y avait pas de différence entre l'al. 6(4)b) et la loi de la Nouvelle-Galles du Sud: voir *Karsanjii Estate c. Roque*, [1990] 3 W.W.R. 612 (C.A.C.-B.), et *Evans*, précité. Or, le point de vue exposé dans les arrêts *Evans* et *Karsanjii Estate* ne peut être concilié avec le libellé de la loi de la Colombie-Britannique.

If the conclusion is that an action will not be barred so long as a person in the plaintiff's subjective position was not unreasonable in delaying his or her lawsuit, that conclusion is contrary to the wording of the statute and expands without limit the kind of interests that a plaintiff may advance for postponing the lawsuit. A plaintiff could reasonably decide not to bring a lawsuit for almost an infinite variety of "serious, significant and compelling" reasons, such as the presence of a difficult personal crisis, a desire to wait until the plaintiff's

27 Si la conclusion tirée est qu'une action ne sera pas irrecevable tant qu'une personne placée dans la situation subjective du demandeur n'agira pas de façon déraisonnable en retardant le dépôt de son action, cette conclusion est contraire au libellé de la loi et elle multiplie presqu'à l'infini le type d'intérêts qu'un demandeur peut invoquer pour retarder le dépôt de son action. Un demandeur pourrait raisonnablement décider de ne pas intenter d'action pour une multitude de motifs [TRADUCTION] «sérieux, importants et impérieux», tel le fait qu'il

career was more established or his or her economic circumstances more secure, or the desire to wait until a similar case was tried successfully. All such and similar factors would have to be considered in each case because they all contribute to a determination whether the plaintiff "acted reasonably".

est en train de vivre une période difficile au plan personnel, qu'il souhaite attendre que sa carrière soit davantage établie ou que sa situation économique soit plus stable, ou qu'il souhaite attendre qu'une autre personne placée dans la même situation que lui ait gain de cause après avoir intenté une action similaire. Tous ces facteurs et d'autres facteurs similaires devraient alors être examinés dans chaque cas, car ils contribuent tous à déterminer si le demandeur «a agi raisonnablement».

28 It is suggested that the statute will nonetheless bar a plaintiff who delayed a lawsuit for tactical reasons. This seems doubtful in light of all the litigation-related factors listed as possibly "serious, significant and compelling" reasons to delay bringing a lawsuit. If it is reasonable for a plaintiff to temporize on account of the "costs and strain of litigation," or the "minimal or speculative" quality of the damages recoverable, what other serious circumstances would not qualify? If we take individual interests into account, would a plaintiff not be reasonable in waiting until unfavourable evidence was no longer available? What meaningful distinction exists between a plaintiff's concern regarding the quantum of damages recoverable and the concern regarding the likelihood of victory on the merits? Lambert J.A. voiced similar concerns when he rejected a broad interpretation of s. 6(4)(b) in *Frosch Construction*, *supra*, at p. 78.

On affirme que la loi fera néanmoins obstacle à l'action intentée par le demandeur qui a différé d'agir en justice pour des raisons stratégiques. Cette affirmation semble discutable, étant donné la longue liste des facteurs liés aux poursuites susceptibles d'être tenus pour des motifs «sérieux, importants et impérieux» de différer le déclenchement d'une action. S'il est raisonnable que le demandeur temporise en raison du [TRADUCTION] «coût et [du] stress associés à une action en justice» ou du fait que les dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus sont [TRADUCTION] «au mieux minimes ou aléatoires», quelles autres circonstances graves pourraient ne pas être invoquées? Si nous tenons compte des intérêts individuels, ne serait-il pas raisonnable que le demandeur attende que les éléments de preuve qui lui sont défavorables disparaissent? Quelle distinction rationnelle peut-on établir entre l'intérêt porté par le demandeur au montant des dommages-intérêts qu'il est susceptible d'obtenir et son intérêt concernant la probabilité qu'il obtienne gain de cause? Le juge Lambert a fait des réserves similaires lorsqu'il a rejeté une interprétation large de l'al. 6(4)b) dans l'arrêt *Frosch Construction*, précité, à la p. 78.

29 If the test is that the limitations period is postponed so long as the plaintiff acts reasonably, it will be difficult to find any action barred under s. 3 of British Columbia's *Limitation Act*, if that action is subject to the postponement provision of s. 6. The only ready example of a circumstance that might bar an action would be if it became clear to the plaintiff that the amount recoverable was beginning to decrease. In that improbable circum-

Si le critère c'est que le point de départ du délai de prescription est reporté tant et aussi longtemps que le demandeur agit raisonnablement, il sera difficile de conclure à l'irrecevabilité d'une action en application de l'art. 3 de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique si cette action est visée par la disposition de report de l'art. 6. Le seul exemple d'un cas où l'action pourrait être interdite qui vient à l'esprit est celui du demandeur qui s'aperçoit que

stance, it would be unreasonable for a plaintiff not to sue immediately.

le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus commence à diminuer. Dans cette situation peu probable, il ne serait pas raisonnable que le demandeur n'intente pas une action immédiatement.

The expansive interpretation of s. 6(4)(b) means that actions subject to s. 6's postponement provision will not be barred except under the "ultimate limitation" provision of s. 8 of the *Limitation Act*. Under s. 8, most of the actions subject to the postponement provision may be brought up to 30 years after they arise, with the exception of a limited class of actions against medical practitioners, hospitals and hospital employees, which have an ultimate limitation period of six years. This does not appear to be the British Columbia legislature's intended result.

30 L'interprétation extensive de l'al. 6(4)b) implique que les actions visées par la disposition de report de l'art. 6 ne seront interdites qu'en application du «délai maximum» prévu à l'art. 8 de la *Limitation Act*. Aux termes de l'art. 8, la plupart des actions visées par la disposition de report peuvent être intentées jusqu'à 30 ans après la naissance du droit d'action, sauf un certain type restreint d'actions dirigées contre les médecins, les hôpitaux et les employés d'hôpitaux qui, elles, se prescrivent par un délai maximum de six ans. Cela ne paraît pas être le résultat recherché par le législateur de la Colombie-Britannique.

The postponement provision is awkwardly drafted and its meaning has been the subject of concern among the British Columbia courts. This seems all the more reason to be cautious in giving it a wide interpretation. McLachlin J. states that she will follow the welcome "restrictive" approach propounded by Lambert J.A., but the holding itself deviates from that approach. Instead, reliance is placed on factors that, although relevant to the personal decisions people must make in their lives, cannot be used in interpreting a statute of limitations without draining the statute of meaning.

31 Rédigée de façon maladroite, la disposition de report est un sujet de préoccupation pour les tribunaux de la Colombie-Britannique. Cela semble constituer une raison de plus d'être prudent si on veut lui donner une interprétation large. Le juge McLachlin dit qu'elle suivra la méthode «restreinte» proposée par le juge Lambert qu'elle accueille favorablement, mais la conclusion à laquelle elle parvient s'en écarte. Elle est plutôt fondée sur des facteurs qui, s'ils sont pertinents en ce qui concerne les décisions personnelles que chacun doit prendre dans la vie, ne peuvent être utilisés pour interpréter une loi sur la prescription des actions sans la vider de son sens.

It is apparent that the interpretative difficulties attending s. 6(4) can be easily remedied by the British Columbia legislature. For now, unfortunately, a section designed to temper the injustice of an absolute statute of limitations will commit the opposite but equal injustice of effectively abolishing the statute of limitations.

32 Il est évident que les difficultés concernant l'interprétation du par. 6(4) peuvent être facilement aplanies par le législateur de la Colombie-Britannique. Pour l'instant, malheureusement, une disposition conçue pour corriger l'injustice d'une loi rigoureuse sur la prescription des actions aura l'effet inverse, mais tout aussi injuste, d'abolir effectivement la loi.

We would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the British Columbia Court of

33 Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la

Appeal, and reinstate the decision of the motions judge dismissing the action.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Summary

34 This appeal requires the Court to consider the proper interpretation to be given to s. 6(4)(b) of the *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266 (the "Act"). This subsection allows the running of a limitation period for certain actions to be postponed until a reasonable person would consider that the plaintiff "ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action". The meaning of this obscure provision has been a longstanding source of frustration in British Columbia.

35 The respondent, Mrs. Novak, went to see the appellant, Dr. Bond, about a lump she had discovered in her breast. Between October 18, 1989 and October 1, 1990, she saw him at least six times. Dr. Bond advised Mrs. Novak not to worry. On October 4, 1990, a specialist diagnosed Mrs. Novak with breast cancer. She had a partial radical mastectomy, and it was discovered that the cancer had spread to at least twelve of her thirteen lymph nodes.

36 After recovering from a year of illness, Mrs. Novak considered suing Dr. Bond and even discussed the matter with her parish priest. She decided not to sue at that time, preferring to concentrate on maintaining her health and a positive belief that she had been cured. Four years later, in May 1995, Mrs. Novak's cancer recurred, spreading to her spine, liver and lung. She and her husband started this action on April 9, 1996. Section 3(2)(a) of the Act provides that this type of personal injury action is subject to a two-year limitation period. Therefore, for it to have been brought in time, Mrs. Novak must establish that s. 6(4)(b)

Colombie-Britannique et de rétablir la décision du juge des requêtes, qui a rejeté l'action.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Résumé

Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour est appelée à se pencher sur l'interprétation à donner à l'al. 6(4)b) de la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266 (la «Loi»). Cette disposition permet de reporter le point de départ du délai de prescription imparti pour intenter certaines actions jusqu'au moment où, du point de vue d'une personne raisonnable, le demandeur [TRADUCTION] «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action». Ce n'est pas d'hier que le sens de cet obscur libellé est une source de frustration en Colombie-Britannique.

L'intimée, Mme Novak, est allée consulter, l'appelant, le Dr Bond, après avoir noté la présence d'une grosseur dans un sein. Elle a rencontré le Dr Bond au moins six fois entre le 18 octobre 1989 et le 1er octobre 1990. Il lui a conseillé de ne pas s'inquiéter. Le 4 octobre 1990, un spécialiste a diagnostiqué un cancer du sein. Madame Novak a subi une mastectomie radicale partielle et, à cette occasion, on a découvert que le cancer avait gagné au moins douze des treize ganglions lymphatiques.

Après une convalescence d'un an, Mme Novak a songé à poursuivre le Dr Bond et elle en a même parlé au curé de sa paroisse. Elle a décidé de ne pas le faire dans l'immédiat, car elle préférait se consacrer à son rétablissement et mettre l'accent sur la croyance positive qu'elle était guérie. Quatre ans plus tard, en mai 1995, le cancer est réapparu et a envahi la colonne vertébrale, le foie et les poumons. Son mari et elle ont intenté la présente action le 9 avril 1996. Selon l'al. 3(2)a) de la Loi, ce type d'action pour préjudice corporel se prescrit par deux ans. Par conséquent, pour que l'action ait été exercée en temps utile, Mme Novak doit établir

postponed the running of time until at least April 9, 1994.

Before trial, Dr. Bond sought an order dismissing this action as statute-barred. The motions judge granted the application and dismissed the action. The Court of Appeal held, however, that the motions judge had not given proper attention to s. 6(4)(b) and, holding that this provision allows the running of time to be postponed on the basis of compassionate or sympathetic factors that are personal to the plaintiff, allowed the appeal. Dr. Bond now appeals to this Court.

The British Columbia Court of Appeal has in different cases suggested at least four approaches to s. 6(4)(b): (1) a broad subjective/objective approach, that asks when a reasonable person would hold that the plaintiff should bring an action, taking into account his or her own circumstances and interests; (2) a restrictive subjective/objective approach, that asks when a reasonable person would hold that the plaintiff could bring an action, taking into account the plaintiff's "important and substantial interests"; (3) a restrictive objective approach, that simply looks to the individual plaintiff's legal capacity to bring an action; and (4) a discretionary approach, that holds that s. 6(4)(b) gives the court the discretion to assess the particular action and decide whether the plaintiff "ought . . . to be able to bring" it outside the usual limitation period.

The scheme and purpose of the Act leads me to conclude that the appropriate test is a variant of the second approach. Leaving aside the requirement that the identity of the defendant must be known to the plaintiff and that the provisions of s. 6(4)(a) must also be satisfied before the running of time is postponed, it is my view that the proper interpretation of s. 6(4)(b) may be summarized as follows:

Section 6(4)(b) requires the court to adopt the perspective of a reasonable person who knows the

que l'al. 6(4)b) a reporté le point de départ du délai au moins jusqu'au 9 avril 1994.

Avant le procès, le Dr Bond a demandé le rejet de l'action pour le motif qu'il y avait prescription. Le juge des requêtes lui a donné raison. La Cour d'appel a cependant statué que le juge des requêtes n'avait pas suffisamment tenu compte de l'al. 6(4)b) et, après avoir conclu que cette disposition permettait, pour des motifs de compassion propres à la demanderesse, le report du point de départ du délai de prescription, elle a accueilli l'appel. Le Dr Bond a formé un pourvoi devant notre Cour. 37

Au moins quatre méthodes pour l'analyse de l'al. 6(4)b) se dégagent des décisions rendues par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans différentes affaires: 1) une analyse subjective/objective large suivant laquelle il faut se demander à quel moment, du point de vue d'une personne raisonnable, le demandeur devrait intenter une action compte tenu des intérêts et des circonstances qui lui sont propres; 2) une analyse subjective/objective stricte selon laquelle il faut se demander à quel moment, du point de vue d'une personne raisonnable, le demandeur pourrait intenter une action compte tenu des [TRADUCTION] «intérêts qui sont importants» pour lui; 3) une analyse objective stricte qui ne tient compte que de la capacité juridique du demandeur d'intenter une action; 4) une analyse discrétionnaire selon laquelle l'al. 6(4)b) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'évaluer l'action en cause et de décider si le demandeur [TRADUCTION] «devrait [. . .] être en mesure [de l'] intenter» après l'expiration du délai de prescription normal. 38

L'esprit et l'objet de la Loi m'incitent à conclure que le critère approprié est une variante de la deuxième méthode d'analyse proposée. Indépendamment du fait que l'identité du défendeur doit être connue du demandeur et que la condition prévue à l'al. 6(4)a) doit également être remplie pour que le point de départ du délai puisse être reporté, j'estime qu'il convient d'interpréter l'al. 6(4)b) de la manière suivante: 39

L'alinéa 6(4)b) exige du tribunal qu'il adopte le point de vue d'une personne raisonnable qui con-

facts that are within the plaintiff's knowledge and has taken the appropriate advice a reasonable person would seek on those facts. Time does not begin to run until this reasonable person would conclude that someone in the plaintiff's position could, acting reasonably in light of his or her own circumstances and interests, bring an action. The question posed by s. 6(4)(b) therefore becomes: "in light of his or her own particular circumstances and interests, at what point could the plaintiff reasonably have brought an action?" The reasonable person would only consider that the plaintiff could not have brought an action at the time the right to do so first arose if the plaintiff's own interests and circumstances were serious, significant, and compelling. Purely tactical concerns have no place in this analysis.

naît les faits dont le demandeur peut prendre connaissance et qui a pris l'avis approprié qu'une personne raisonnable obtiendrait relativement à ces faits. Le délai de prescription ne commence à courir qu'au moment où cette personne raisonnable estimerait qu'une personne placée dans la situation du demandeur pourrait, en agissant de manière raisonnable compte tenu des circonstances et des intérêts qui lui sont propres, intenter une action. La question que pose l'al. 6(4)b) devient donc la suivante: «Compte tenu des circonstances et des intérêts qui lui sont propres, à quel moment le demandeur aurait-il pu raisonnablement intenter une action?» La personne raisonnable n'arrivera à la conclusion que le demandeur n'aurait pas pu intenter une action au moment où le droit de le faire a pris naissance que si les circonstances et les intérêts propres au demandeur étaient sérieux, importants et impérieux. Les préoccupations d'ordre purement stratégique demeurent étrangères à cette analyse.

40 This approach recognizes the special problems injured persons may encounter and the intense stresses and strains involved in litigation. It recognizes that in some cases, the plaintiff's own circumstances and interests may be so compelling that it cannot be reasonably said that he or she could bring an action within the prescribed limitation period. Finally, it makes practical sense. People ought to be encouraged to take steps short of litigation to deal with their problems. They should not be compelled to sue when to do so runs counter to a vital interest, such as the need to maintain their health in the face of a life-threatening disease.

Cette méthode d'analyse tient compte des problèmes particuliers que peut rencontrer la victime d'un préjudice corporel, ainsi que des tensions et du stress occasionnés par l'exercice d'une action en justice. Elle reconnaît que, dans certains cas, les circonstances et les intérêts propres au demandeur peuvent être si impérieux qu'on ne peut raisonnablement conclure que le demandeur pouvait intenter une action dans le délai de prescription prévu. Enfin, c'est tout à fait sensé en pratique. Les gens doivent être encouragés à régler leurs problèmes en recourant le moins possible aux tribunaux. Personne ne devrait être contraint d'intenter une poursuite lorsque cela va à l'encontre d'un intérêt vital, comme la nécessité de préserver sa santé face à une maladie mortelle.

41 Applying this test to the facts of this case, I would dismiss the appeal and permit the action to proceed.

Après avoir appliqué ce critère aux faits de l'espèce, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de permettre que l'action suive son cours.

II. Facts

II. Les faits

42 The appellant, Dr. Bond, was the respondent Mrs. Novak's physician. Between October 18, 1989 and October 1, 1990, Mrs. Novak saw him about a lump and soreness in her left breast on at

L'appelant, le Dr Bond, a été le médecin de l'intimée, Mme Novak. Entre le 18 octobre 1989 et le 1er octobre de l'année suivante, Mme Novak l'a consulté au moins à six reprises au sujet d'une

least six occasions. Each time, Dr. Bond told her that she had "mammary dysplasia" and "'lumpy' breasts", reassuring her that "cancer is not like this" and that she had nothing to worry about. He told her to exercise more, drink less coffee, and take Vitamin E, Diazide and Advil.

grosseur et d'une douleur au sein gauche. Chaque fois, le Dr Bond lui a dit qu'elle souffrait de «dysplasie mammaire» et qu'elle avait des «seins nodulaires», l'assurant qu'un [TRADUCTION] «cancer ne se présentait pas ainsi» et qu'il n'y avait pas lieu de s'inquiéter. Il lui a dit de faire davantage d'exercice, de boire moins de café et de prendre des comprimés de vitamine E, de Diazide et d'Advil.

On October 1, 1990, Mrs. Novak was referred to a specialist, and on October 3, 1990, was examined by a surgeon, Dr. T. E. Abraham. On October 4, 1990, Dr. Abraham performed a biopsy which established that Mrs. Novak had cancer of the left breast. On October 9, 1990, she had a partial radical mastectomy and it was discovered that the cancer had spread to at least twelve of her thirteen lymph nodes. From October 1990 until April 1991, Mrs. Novak underwent chemotherapy and radiation therapy. Later in October 1990, she began seeing a new physician as she no longer had confidence in Dr. Bond.

43 Le 1er octobre 1990, on a adressé Mme Novak à un spécialiste, et le 3 du mois courant elle a été examinée par un chirurgien, le Dr T. E. Abraham. Le 4 octobre, le Dr Abraham a procédé à une biopsie qui a permis d'établir que Mme Novak était atteinte d'un cancer au sein gauche. Le 9 octobre, elle a subi une mastectomie radicale partielle, et c'est alors qu'on a découvert que le cancer avait envahi au moins douze des treize ganglions lymphatiques. D'octobre 1990 à avril 1991, Mme Novak a subi des traitements de chimiothérapie et de radiothérapie. Plus tard en octobre 1990, elle a commencé à voir un nouveau médecin, car elle n'avait plus confiance au Dr Bond.

From the time of her diagnosis in October 1990, Mrs. Novak believed that Dr. Bond should have taken action earlier than he did. She believed that she would have required less extensive medical treatment had an earlier diagnosis been made, although she still would have had to undergo the mastectomy. Although she did not know the specific extent of her lymph node involvement in October 1990, she was aware by at least December 1990, that it was heavy or extensive.

44 Dès l'établissement du diagnostic en octobre 1990, Mme Novak a estimé que le Dr Bond aurait dû intervenir plus rapidement. Selon elle, si le diagnostic avait été posé plus rapidement, les traitements médicaux auraient été de moindre envergure même si la mastectomie était inévitable. En octobre 1990, elle ne connaissait pas l'étendue exacte de l'atteinte ganglionnaire, mais en décembre 1990, à tout le moins, elle savait que l'atteinte était grave ou considérable.

In the late summer or early fall of 1991, Mrs. Novak considered whether she should sue Dr. Bond. She did not consult a lawyer, but discussed the issue with her parish priest. She decided not to pursue litigation. At her Examination for Discovery, she explained the reasons for her decision:

45 À la fin de l'été ou au début de l'automne 1991, Mme Novak s'est demandé s'il y avait lieu de poursuivre le Dr Bond. Elle n'a pas consulté un avocat, mais elle en a discuté avec le curé de sa paroisse. Elle a décidé de ne pas intenter une poursuite. Lors de son interrogatoire préalable, elle a indiqué les motifs de sa décision:

That would have taken place probably after my — after my chemo. I remember distinctly thinking, I'm not going to worry about litigation until I get my treatment. It was very profound, I was extremely ill for about a year, and I started to get back on my feet and — so it was after my chemo, probably the summer of '90, and

[TRADUCTION] Cela se serait déroulé après ma — après ma chimio. Je me rappelle très bien avoir pensé je ne vais pas m'en faire avec une poursuite avant d'avoir reçu mon traitement. C'était très profond, j'ai été extrêmement malade pendant un an environ et j'ai commencé à aller mieux et — c'était donc après la chimio, proba-

then my father died and I was dealing with my dad's death. So it would have been the late summer maybe early fall of '91, somewhere around there, and I tossed it about and tossed it about and thought, well do I have the strength to really go through this at this stage of the game? And I talked to my parish priest about it and thought, well I'm well, I have to believe that I'm well, I have to believe that I've been cured, if I go for litigation it brings back all the horrible memories and I won't at this point, we'll wait to see for a few years what's going to happen down the road.

blement à l'été 1990, puis mon père est décédé et j'ai dû surmonter cette nouvelle épreuve. Donc, ce devait être à la fin de l'été, peut-être au début de l'automne 1991, dans ces environs, je me suis mise à ressasser la question et je me suis demandé si j'avais alors la force nécessaire pour m'engager dans une telle démarche? Puis j'en ai parlé au curé et j'ai pensé je me sens bien, je dois croire que je vais bien, je dois croire que je suis guérie, si j'intente une action en justice, tous les souvenirs pénibles remonteront à la surface, je ne le ferai pas à ce stade, je vais attendre quelques années pour voir ce qu'il adviendra au bout du compte.

46 Mrs. Novak had no symptoms of cancer from April 1991 to May 1995, a time during which her health was closely monitored. In May 1995, she was diagnosed with cancer of the spine, liver and lung and became aware of the actual extent of the lymph node involvement that had been found in 1990. The cancer was a recurrence of the breast cancer originally diagnosed and treated in October 1990.

D'avril 1991 à mai 1995, une période pendant laquelle son état de santé a fait l'objet d'une étroite surveillance, Mme Novak n'a présenté aucun symptôme de cancer. En mai 1995, on a diagnostiqué un cancer de la colonne vertébrale, du foie et des poumons et elle a pris conscience de l'étendue réelle de l'atteinte ganglionnaire découverte en 1990. Il s'agissait d'une réapparition du cancer du sein diagnostiqué et traité initialement en octobre 1990.

47 When her cancer recurred, Mrs. Novak and her husband decided to initiate legal action against Dr. Bond, and commenced these proceedings on April 9, 1996. They made no claim with respect to the initial cancer, nor for its treatment. They claimed only damages relating to the recurrence of cancer in May 1995 on the basis that those damages arose from Mrs. Novak's increased susceptibility to recurrence caused or contributed to by the late diagnosis of her breast cancer.

Lorsque le cancer est réapparu, Mme Novak et son mari ont décidé d'intenter une action en justice contre le Dr Bond, ce qu'ils ont fait le 9 avril 1996. Ils ne demandaient aucune réparation pour le cancer initial ni son traitement. Ils ont demandé des dommages-intérêts uniquement en ce qui a trait à la réapparition du cancer en mai 1995 en alléguant que ce préjudice découlait du risque accru imputable, en totalité ou en partie, au diagnostic tardif.

48 Dr. Bond successfully moved to have the action dismissed as statute-barred. The Court of Appeal allowed Mrs. Novak's appeal and reinstated her action. Dr. Bond now appeals that decision to this Court.

Alléguant qu'il y avait prescription, le Dr Bond a obtenu le rejet de l'action. La Cour d'appel a autorisé Mme Novak à en appeler de la décision et a rétabli l'action. Le Dr Bond en appelle maintenant de cette décision devant notre Cour.

49 In order for Mrs. Novak's action to be within the time limit set by s. 3(2)(a) of the Act, she must establish that the running of time was postponed by s. 6(4) until at least April 9, 1994.

Pour que son action soit considérée comme ayant été intentée dans le délai imparti à l'al. 3(2)a) de la Loi, Mme Novak doit établir que le par. 6(4) a reporté le point de départ du délai au moins jusqu'au 9 avril 1994.

III. Statutory Provisions

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266

Section 3(2)(a) provides that an action claiming damages for personal injury must be brought within two years of the date the right to bring the action arose.

3 . . .

(2) After the expiration of 2 years after the date on which the right to do so arose a person may not bring any of the following actions:

(a) subject to subsection (4)(k), for damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising from the injury, whether based on contract, tort or statutory duty. . . .

In certain circumstances, s. 6 allows the running of time to be postponed.

6 . . .

(3) The running of time with respect to the limitation periods set by this Act for any of the following actions is postponed as provided in subsection (4):

(a) for personal injury;

. . .

(c) for professional negligence. . . .

(4) Time does not begin to run against a plaintiff with respect to an action referred to in subsection (3) until the identity of the defendant is known to the plaintiff and those facts within the plaintiff's means of knowledge are such that a reasonable person, knowing those facts and having taken the appropriate advice a reasonable person would seek on those facts, would regard those facts as showing that

(a) an action on the cause of action would, apart from the effect of the expiration of a limitation period, have a reasonable prospect of success, and

III. Dispositions législatives

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266

L'alinéa 3(2)a) dispose que l'action en dommages-intérêts pour préjudice corporel doit être intentée au plus tard deux ans après la naissance du droit d'action. 50

[TRADUCTION]

3 . . .

(2) Les actions qui suivent ne peuvent être intentées lorsque deux ans se sont écoulés depuis la naissance du droit d'action:

a) sous réserve de l'alinéa (4)k), l'action en dommages-intérêts pour préjudice corporel ou matériel, y compris la perte financière découlant du préjudice, qu'elle se fonde sur un contrat, un délit ou une obligation légale. . .

Dans certaines circonstances, l'art. 6 reporte le point de départ du délai de prescription. 51

[TRADUCTION]

6 . . .

(3) Le point de départ des délais de prescription fixés par la présente loi à l'égard des actions suivantes est reporté conformément au paragraphe (4):

a) l'action pour préjudice corporel;

. . .

c) l'action pour négligence professionnelle. . .

(4) En ce qui concerne les actions visées au paragraphe (3), le délai de prescription ne court à l'égard du demandeur qu'à compter du jour où l'identité du défendeur vient à sa connaissance et où les faits à la portée de ses moyens de connaissance sont tels qu'une personne raisonnable, ayant été informée de ces faits et ayant pris l'avis approprié qu'une personne raisonnable aurait demandé relativement à ces faits, serait d'avis que ces faits font voir ce qui suit:

a) une action fondée sur la cause d'action, hormis l'effet de l'expiration d'un délai de prescription, aurait une chance raisonnable d'être accueillie,

(b) the person whose means of knowledge is in question ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action.

(5) For the purpose of subsection (4),

(a) **"appropriate advice"**, in relation to facts, means the advice of competent persons, qualified in their respective fields, to advise on the medical, legal and other aspects of the facts, as the case may require,

(b) **"facts"** include

(i) the existence of a duty owed to the plaintiff by the defendant, and

(ii) that a breach of a duty caused injury, damage or loss to the plaintiff. . . .

52 Section 7 allows the running of time to be postponed if the plaintiff is under a legal disability.

7 (1) For the purposes of this section,

(a) a person is under a disability while the person

(i) is a minor, or

(ii) is in fact incapable of or substantially impeded in managing his or her affairs, and

(b) **"guardian"** means a parent or guardian who has actual care and control of a minor or a committee appointed under the *Patients Property Act*.

(2) If, at the time the right to bring an action arises, a person is under a disability, the running of time with respect to a limitation period set by this Act is postponed so long as that person is under a disability.

(3) If the running of time against a person with respect to a cause of action has been postponed by subsection (2) and that person ceases to be under a disability, the limitation period governing that cause of action is the longer of the following:

b) la personne dont les moyens de connaissance des faits sont en cause devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action.

(5) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (4).

a) **«avis approprié»** Relativement à des faits, l'avis d'une personne ayant la compétence voulue pour se prononcer en matière médicale, juridique ou autre, selon le cas,

b) **«faits»** s'entend:

(i) de l'existence d'une obligation à laquelle est tenu le défendeur à l'égard du demandeur,

(ii) du fait qu'un manquement à une obligation a causé au demandeur un préjudice, des dommages ou une perte. . .

L'article 7 reporte le point de départ du délai de prescription lorsque le demandeur est frappé d'incapacité juridique.

[TRADUCTION]

7 (1) Pour l'application du présent article,

a) une personne est frappée d'incapacité dans les cas suivants:

(i) elle est mineure,

(ii) elle est effectivement incapable de gérer ses affaires personnelles ou soumise à des contraintes graves à cet égard.

b) **«tuteur»** Le père ou la mère, ou le tuteur qui a effectivement la garde et la surveillance d'un mineur ou le comité constitué en application de la *Patients Property Act*.

(2) Si à la naissance du droit d'action, la personne est frappée d'incapacité, le point de départ du délai de prescription prévu dans la présente loi est reporté jusqu'à la cessation de l'incapacité.

(3) Lorsque le point de départ du délai de prescription fixé relativement à une cause d'action a été reporté en application du paragraphe (2) et que l'incapacité cesse, le délai de prescription applicable correspond à la plus longue des périodes suivantes:

(a) the period that the person would have had to bring the action had that person not been under a disability, running from the time the cause of action arose;

(b) the period running from the time the disability ceased, but in no case does that period extend more than 6 years beyond the cessation of disability.

(4) If, after time has begun to run with respect to a limitation period set by this Act, but before the expiration of the limitation period, a person who has a cause of action comes under a disability, the running of time against that person is suspended so long as that person is under a disability.

(5) If the running of time against a person with respect to a cause of action has been suspended by subsection (4) and that person ceases to be under a disability, the limitation period governing that cause of action is the longer of the following:

(a) the length of time remaining to bring an action at the time the person came under the disability;

(b) one year from the time that the disability ceased.

. . .

Section 8 provides an ultimate limitation period of six years for proceedings against medical practitioners.

8 (1) Subject to section 3(4) and subsection (2) of this section, but despite a confirmation made under section 5, a postponement or suspension of the running of time under section 6 or 11(2) or a postponement or suspension of the running of time under section 7 in respect of a person who is not a minor, no action to which this Act applies may be brought

. . .

(b) against a medical practitioner, based on professional negligence or malpractice, after the expiration of 6 years from the date on which the right to do so arose. . . .

a) le délai d'exercice de l'action dont la personne aurait disposé si elle n'avait pas été frappée d'incapacité, calculée à partir de la naissance de la cause d'action;

b) le délai qui commence à courir à compter de la cessation de l'incapacité et qui ne doit en aucun cas dépasser la période de six ans qui suit la cessation de l'incapacité.

(4) En cas d'incapacité de la personne ayant une cause d'action après que le délai de prescription fixé par la présente loi a commencé à courir, mais avant qu'il n'expire, la prescription est suspendue tant que dure l'incapacité.

(5) Lorsque, en application du paragraphe (4), la prescription a été suspendue à l'égard d'une personne ayant une cause d'action et que l'incapacité de cette dernière prend fin, le délai de prescription applicable correspond à la plus longue des périodes suivantes:

a) la partie du délai d'exercice de l'action non encore écoulée au moment où la personne a été frappée d'incapacité;

b) un an à partir de la cessation de l'incapacité.

. . .

L'article 8 prévoit un délai de prescription maximum de six ans dans le cas d'une poursuite intentée contre un médecin. 53

[TRADUCTION]

8 (1) Sous réserve du paragraphe 3(4) et du paragraphe (2), et malgré la confirmation en application de l'article 5, le report ou la suspension du délai en vertu de l'article 6 ou du paragraphe 11(2) ou le report ou la suspension du délai en conformité avec l'article 7 à l'égard d'une personne qui atteint la majorité, nulle action visée par la présente loi ne peut être exercée:

. . .

b) contre un médecin, pour négligence ou faute professionnelle, si plus de six ans se sont écoulés depuis la naissance du droit d'action. . .

IV. Judicial History

54 The motions judge ([1997] B.C.J. No. 1900 (QL) (S.C. in chambers)) held that the primary limitation period in this case began to run in October 1990, when Mrs. Novak learned that she had breast cancer. She then "had 'within her means of knowledge' facts upon which a reasonable person would have taken appropriate advice . . . ." That advice "would have indicated a cause of action for which there would be a reasonable prospect of success and which in her best interests should be commenced within two years of the October 1990 discovery of her breast cancer" (para. 57). The recurrence of her cancer in 1995 did not give rise to a new cause of action; it only increased her damages. The motions judge noted however that he had no difficulty postponing the running of time during the period in which Mrs. Novak was recovering from her treatments. While this postponed the running of time until the spring of 1991, it was not enough to assist Mrs. Novak. The motions judge held that the limitation period had expired before the action was brought and dismissed the action.

55 The Court of Appeal ((1998), 110 B.C.A.C. 103) allowed the appeal and reinstated the action. Southin J.A., with whom Newbury J.A. concurred, considered herself bound by previous authority to hold that s. 6(4)(b) postpones the running of the limitation period if there exist "sympathetic, compassionate, or other grounds based upon the personal preferences of the plaintiff". In this case, the plaintiff had "considered, not unreasonably, that it was in her own interest not to sue but to devote herself to recovering her health" (p. 112). Newbury J.A. added brief concurring reasons, stating that but for the existing authorities she would have dismissed the appeal. Hall J.A. agreed in the result and stated at p. 113:

> In the instant case, the plaintiff . . . , after her initial surgery, was determined to devote all her energies to

IV. Historique judiciaire

Le juge des requêtes ([1997] B.C.J. No. 1900 (QL) (C.S. en chambre)) a conclu que le délai de prescription de base dans cette affaire avait commencé à courir en octobre 1990 lorsque Mme Novak a appris qu'elle souffrait d'un cancer du sein. Ses [TRADUCTION] «"moyens de connaissance" mettaient alors à sa portée des faits au sujet desquels une personne raisonnable aurait demandé un avis approprié . . .». Cet avis [TRADUCTION] «aurait fait ressortir l'existence d'une cause d'action ayant une chance raisonnable d'être accueillie et conclure qu'il était dans son intérêt d'intenter l'action dans un délai maximum de deux ans après le moment où, en octobre 1990, le cancer du sein a été diagnostiqué» (par. 57). La réapparition du cancer en 1995 n'a pas fait naître une nouvelle cause d'action, elle n'a fait qu'accroître le préjudice. Le juge des requêtes a cependant fait remarquer qu'il était tout disposé à reporter le délai à la fin de la période de convalescence qui a suivi les traitements de Mme Novak. Même si le point de départ du délai se trouvait reporté au printemps 1991, ce n'était pas suffisant pour empêcher la prescription de l'action. Le juge des requêtes a statué que le délai de prescription avait expiré avant que l'action ne soit exercée et il l'a rejetée.

La Cour d'appel ((1998), 110 B.C.A.C. 103) a accueilli l'appel et a rétabli l'action. Le juge Southin, avec l'appui du juge Newbury, a estimé que la jurisprudence l'obligeait à conclure que l'al. 6(4)b) permet le report du point de départ du délai de prescription pour [TRADUCTION] «des motifs de compassion ou autres fondés sur les préférences personnelles du demandeur». En l'espèce, la demanderesse a [TRADUCTION] «estimé, de manière non déraisonnable, qu'il était dans son intérêt d'accorder la priorité à son rétablissement, plutôt que d'intenter des poursuites» (p. 112). Le juge Newbury a ajouté de brefs motifs concourants selon lesquels, n'eût été la jurisprudence, elle aurait rejeté l'appel. Le juge Hall, qui s'est dit en accord avec le résultat, a exprimé l'avis qui suit, à la p. 113:

> [TRADUCTION] En l'espèce, la demanderesse [. . .], après la chirurgie initiale, a résolu de consacrer toute

attempting to recover from her illness and took the not unreasonable view that expending time and energy on a lawsuit that would largely concentrate on what she hoped were minimal future contingencies would be harmful to her. People ought to be encouraged to take reasonable steps short of litigation to cope with their problems. I consider that what this plaintiff did accorded not only with good public policy but was clearly in her own best interests. It was far better for her to maintain a positive attitude and concentrate on the hopes of a continuing healthy life as opposed to dwelling on the possibility of a recurrence of illness.

son énergie à son rétablissement et elle a adopté le point de vue non déraisonnable selon lequel il lui aurait été néfaste de consacrer temps et énergie à une poursuite en justice qui aurait essentiellement mis l'accent sur des conséquences éventuelles qu'elle espérait minimales. Les gens doivent être encouragés à régler leurs problèmes en recourant le moins possible aux tribunaux. J'estime que la demanderesse a non seulement agi dans l'intérêt général, mais également au mieux de ses propres intérêts. Il valait beaucoup mieux pour elle de maintenir une attitude positive et de miser sur l'espoir de poursuivre sa vie en santé plutôt que de s'attarder au risque de réapparition de la maladie.

Hall J.A. went on to state that within the ultimate limitation period of six years applicable to this type of case, courts must address the postponement of the limitation period in individual cases on an individual basis. "Tactical" conduct should not be sanctioned, but there was no indication of any such conduct here. Until she actually commenced this action, Mrs. Novak was truly not, "having regard to her interests in preserving and maintaining her health, an individual who 'ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action'" (p. 114).

Le juge Hall a ajouté que, compte tenu du délai de prescription maximum de six ans applicable dans ce genre d'affaire, les tribunaux doivent statuer sur le report du délai de prescription dans chaque affaire sur une base individuelle. Le comportement «stratégique» ne devrait pas être sanctionné, mais rien n'indique sa présence en l'espèce. Jusqu'à ce qu'elle intente la présente action, Mme Novak n'était vraiment pas, [TRADUCTION] «vu son intérêt à préserver sa santé, une personne qui "devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action"» (p. 114).

V. Issue

What is the proper approach to be taken when interpreting s. 6(4)(b) of the *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266?

V. Question en litige

Quelle méthode d'analyse convient-il d'adopter pour interpréter l'al. 6(4)b) de la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266? 56

VI. Analysis

A. *Approaches Suggested by the British Columbia Court of Appeal*

The British Columbia Court of Appeal has been engaged in an ongoing struggle to define the content of s. 6(4)(b) of the Act. At least four different approaches to s. 6(4)(b) have emerged in the decisions of the Court of Appeal. To a greater or lesser extent, they are reflected in the positions taken by the appellant and the respondent.

VI. Analyse

A. *Méthodes d'analyse proposées par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique tente depuis longtemps de définir la portée de l'al. 6(4)b) de la Loi. Au moins quatre méthodes d'analyse différentes de cette disposition se dégagent de sa jurisprudence. Elles se reflètent plus ou moins dans les positions adoptées par l'appelant et l'intimée. 57

(1) Broad Subjective/Objective Approach: Whether Reasonable Plaintiff "Should" Bring Action

58 This approach suggests that s. 6(4)(b) postpones the running of time until a reasonable person would hold that the plaintiff, taking his or her own circumstances and interests into account, should bring an action, i.e., until it is in the plaintiff's best interests to do so. Such an interpretation was advocated in *Evans v. Vancouver Port Corp.* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174 (C.A.), *per* Wood J.A., additional reasons at (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 334 (C.A.), *per* Macdonald J.A., and in *Karsanjii Estate v. Roque*, [1990] 3 W.W.R. 612 (B.C.C.A.), *per* Taylor J.A. On this interpretation, great deference is given to the course of action that is best for the plaintiff.

(2) Restrictive Subjective/Objective Approach: Whether Reasonable Plaintiff "Could" Bring Action, Taking into Account Plaintiff's "Important and Substantial Interests"

59 Later cases have restricted the broad approach taken by Wood J.A. in *Evans*, *supra*, and by Taylor J.A. in *Karsanjii*, *supra*. These cases attempt to give effect to the inclusion of the words "to be able" in s. 6(4)(b) and strive to identify the point at which a reasonable person, taking into account the plaintiff's "important and substantial interests", would conclude that the plaintiff could — not necessarily should — sue the defendant.

60 The leading case adopting this interpretation is *Frosch Construction Ltd. v. Volrich* (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72 (C.A.). Lambert J.A., writing for the court, compared s. 6(4)(b) to the New South Wales legislation on which it was based, and expressed the opinion, at p. 78, that the addition to the British Columbia Act of the words "to be able" made "a significant difference to the meaning of the provision". At p. 79, he set out his understanding of how s. 6(4)(b) should be interpreted, emphasizing that postponement cannot be justified by tactical considerations:

1) Analyse subjective/objective large: le demandeur raisonnable «devrait-il» intenter une action?

Selon cette analyse, l'al. 6(4)b) reporte le point de départ du délai jusqu'au moment où une personne raisonnable conclurait que le demandeur, tenant compte de ses circonstances et des intérêts qui lui sont propres, devrait intenter une action, c.-à-d. jusqu'à ce qu'il soit dans l'intérêt du demandeur de le faire. Cette analyse a été préconisée dans *Evans c. Vancouver Port Corp.* (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 174 (C.A.), le juge Wood, motifs supplémentaires dans (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 334 (C.A.), le juge Macdonald, et dans *Karsanjii Estate c. Roque*, [1990] 3 W.W.R. 612 (C.A.C.-B.), le juge Taylor. Elle met l'accent sur ce qui est optimal pour le demandeur.

2) Analyse subjective/objective stricte: le demandeur raisonnable «pouvait-il» intenter une action compte tenu des «intérêts qui sont importants» pour lui?

La jurisprudence plus récente a restreint l'analyse large préconisée par le juge Wood dans *Evans*, précité, et le juge Taylor dans *Karsanjii*, précité. Elle a tenté de donner tout leur effet aux mots «être en mesure» figurant à l'al. 6(4)b) et s'est attachée à déterminer le moment où une personne raisonnable, compte tenu des [TRADUCTION] «intérêts qui sont importants» pour le demandeur, conclurait que le demandeur pourrait — et non nécessairement devrait — poursuivre le défendeur.

L'arrêt de principe qui reprend cette interprétation est *Frosch Construction Ltd. c. Volrich* (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 72 (C.A.). S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Lambert a comparé l'al. 6(4)b) à la disposition législative de la Nouvelle-Galles du Sud dont il s'inspire et a estimé, à la p. 78, que l'insertion, dans la loi de la Colombie-Britannique, des mots «être en mesure» faisait [TRADUCTION] «une grande différence quant à la portée de la disposition». À la page 79, il a indiqué comment, selon lui, l'al. 6(4)b) devait être interprété et il a précisé que le report ne pouvait être justifié par des considérations d'ordre stratégique:

In short, the effect of the addition of the words "to be able" is, in my opinion, to take out of consideration matters of tactics to do with the lawsuit itself and to do with any other matters that affect only questions of tactical timing, and to leave for consideration only those matters where important and substantial interests of the plaintiff in his or her own circumstances should be open for consideration by a reasonable person in deciding whether a person in the plaintiff's position ought to be able to bring an action. "Ought to bring an action" involves a wider range of factors for consideration than "ought to be able to bring an action". By the addition of the words "to be able" the meaning is changed from whether a reasonable person would consider that someone in the plaintiff's position *should*, acting reasonably, bring an action at that time, to whether a reasonable person would consider that someone in the plaintiff's position *could*, acting reasonably, bring an action at that time. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] En résumé, je suis d'avis que l'insertion des mots «être en mesure» a pour effet d'écarter toute considération d'ordre stratégique se rapportant à la poursuite elle-même ainsi qu'à toute question touchant seulement le déroulement stratégique de l'instance, afin que l'examen d'une personne raisonnable appelée à déterminer si une personne se trouvant dans la situation du demandeur devrait être en mesure d'intenter une action porte uniquement sur les éléments liés aux intérêts qui sont importants pour le demandeur, compte tenu des circonstances qui lui sont propres. Les mots «devrait intenter une action» supposent la prise en compte d'une gamme plus étendue de facteurs que les termes «devrait être en mesure d'intenter une action». L'insertion des mots «être en mesure» modifie le sens de l'énoncé de telle sorte qu'il ne s'agit plus de se demander si une personne raisonnable jugerait qu'une personne placée dans la situation du demandeur *devrait*, en agissant raisonnablement, intenter alors une action, mais bien si une personne raisonnable jugerait qu'une personne se trouvant dans la situation du demandeur *pourrait*, en agissant raisonnablement, intenter alors une action. [En italique dans l'original.]

Lambert J.A. proposed a similar interpretation of s. 6(4)(b) in *Vance v. Peglar* (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 251 (C.A.), leave to appeal refused, [1997] 1 S.C.R. x.

Le juge Lambert a proposé une interprétation similaire de l'al. 6(4)b) dans l'arrêt *Vance c. Peglar* (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 251 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 1 R.C.S. x.

(3) Restrictive Objective Approach: Plaintiff Generally "Ought to be Able to Bring Action" if Legally Capable of Bringing Action

3) Analyse objective stricte: en règle générale, le demandeur qui a la capacité juridique de le faire «devrait être en mesure d'intenter une action»

A third interpretation of s. 6(4)(b) was proposed by McEachern C.J. in *Karsanjii, supra*. There, he suggested that s. 6(4)(b) essentially referred only to the plaintiff's legal capacity to bring an action. Once the plaintiff is legally entitled to bring an action, he or she "ought to be able" to do so. At pp. 616-17, McEachern C.J. expressed his views with respect to what is now s. 6(4)(b) as follows:

Dans l'arrêt *Karsanjii*, précité, le juge en chef McEachern a proposé une troisième interprétation de l'al. 6(4)b). Il a affirmé que cette disposition renvoyait essentiellement à la capacité juridique du demandeur d'intenter une action. À partir du moment où il est légalement habilité à intenter une action, le demandeur «devrait être en mesure» de le faire. Aux pages 616 et 617, le juge en chef McEachern a donné son avis sur ce qui est aujourd'hui l'al. 6(4)b): 61

. . . I must respectfully reject the suggestion that personal, economic or embarrassing reasons are sufficient to postpone the commencement of a limitation period. It must be remembered that the plaintiff has two years to bring an action after the means of knowledge test is satisfied.

[TRADUCTION] . . . je dois, avec égards, rejeter la prétention selon laquelle un motif personnel, financier ou lié à la gêne suffit pour reporter le point de départ du délai de prescription. Il faut se rappeler que le demandeur a deux ans pour intenter une action, une fois qu'il satisfait au critère concernant les moyens de connaissance.

Therefore, without knowing precisely what this section means, it is my view that any plaintiff who ought, in his own interests and taking his circumstances into account, to bring an action should do so if he is able, that is, if he has legal capacity to be able to do so.

. . .

In my view, any person who is able to bring an action is also a person who ought to be able to bring an action.

(4) Discretionary Approach: Court Has Discretion to Assess Action and Decide Whether Plaintiff "Ought To Be Able To Bring" It

62 In *Vance*, *supra*, McEachern C.J. offered a fourth interpretation of s. 6(4)(b). The main question posed by this approach is whether the plaintiff (who would otherwise be out of time) has established a cause of action with a reasonable chance of success under s. 6(4)(a). If so, s. 6(4)(b) is then considered to determine whether there are any factors which negative the plaintiff's right to bring the action, i.e., which show that the plaintiff ought not to be able to bring the action. McEachern C.J. elaborated at pp. 263-64:

It may be, for example, that a plaintiff has already been compensated adequately for the lost cause of action, or that the cause of action is trivial, frivolous, vexatious or not *bona fide*. No doubt there are other examples of cases where the court, having regard to all relevant considerations, would properly conclude that the plaintiff ought not to be able to bring an action even though his or her cause of action has a reasonable prospect of success.

B. *How Should Section 6(4)(b) Be Interpreted?*

(1) Statutory Interpretation

63 Although the judicial debate about the proper interpretation of s. 6(4)(b) has assumed an independent life in British Columbia legal circles, it remains a question of statutory interpretation. The

Par conséquent, sans connaître le sens exact de cette disposition, j'estime que le demandeur qui devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, intenter une action, devrait le faire s'il est en mesure de le faire, c'est-à-dire s'il a la capacité juridique de le faire.

. . .

À mon avis, toute personne qui est en mesure d'intenter une action est également une personne qui devrait être mesure d'intenter une action.

4) Analyse discrétionnaire: le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'évaluer l'action et de déterminer si le demandeur «devrait être en mesure» de l'intenter

Dans l'affaire *Vance*, précité, le juge en chef McEachern a proposé une quatrième interprétation de l'al. 6(4)b) selon laquelle la principale question qu'il convient de poser est de savoir si le demandeur (dont l'action serait autrement prescrite) a établi l'existence d'une cause d'action ayant une chance raisonnable d'être accueillie aux termes de l'al. 6(4)a). Si tel est le cas, l'al. 6(4)b) est ensuite examiné pour déterminer si des facteurs anéantissent le droit du demandeur d'intenter l'action, c.-à-d. établissent que le demandeur ne devrait pas être en mesure d'intenter l'action. Le juge en chef McEachern a apporté les précisions suivantes aux pp. 263 et 264:

[TRADUCTION] Il se peut, par exemple, que le demandeur ait déjà été indemnisé convenablement à l'égard de la cause d'action perdue ou que celle-ci soit frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi. Il existe certes d'autres exemples où le tribunal conclurait à bon droit, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, que le demandeur ne devrait pas être en mesure d'intenter une action même si sa cause d'action a une chance raisonnable d'être accueillie.

B. *Comment l'alinéa 6(4)b) devrait-il être interprété?*

1) Interprétation des lois

Même si le débat judiciaire entourant l'interprétation qu'il faut donner à l'al. 6(4)b) a gagné les milieux juridiques de la Colombie-Britannique, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une question

cardinal principle of statutory interpretation is that a legislative provision should be construed in a way that best furthers its objects: see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21-22, *per* Iacobucci J., and *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 8. Subsidiary rules of statutory interpretation provide that each part of an enactment must be given meaning, and that statutes must be construed in such a way that absurdities are avoided: see *Rizzo Shoes*, *supra*, at para. 27, *per* Iacobucci J. The task faced by the Court on this appeal is therefore to first identify the scheme and purpose of the *Limitation Act* and then identify the interpretation of s. 6(4)(b) that best furthers its goals.

(2) Scheme and Purpose of the *Limitation Act*

In *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, this Court affirmed its earlier identification of the traditional rationales of limitations statutes in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 29-30. Limitations statutes were held, at p. 29, to rest on "certainty, evidentiary, and diligence rationales". In *M. (K.)*, *supra*, this Court noted at pp. 29-30:

> Statutes of limitations have long been said to be statutes of repose.... The reasoning is straightforward enough. There comes a time, it is said, when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations. . . .
>
> The second rationale is evidentiary and concerns the desire to foreclose claims based on stale evidence. Once the limitation period has lapsed, the potential defendant should no longer be concerned about the preservation of evidence relevant to the claim. . . .
>
> Finally, plaintiffs are expected to act diligently and not "sleep on their rights"; statutes of limitation are an incentive for plaintiffs to bring suit in a timely fashion.

It is apparent that these rationales generally reflect the interests of the potential defendant: *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069, at pp. 1079-80, *per* Major J. They rest on the view that a potential

d'interprétation des lois. Le principe cardinal en la matière est qu'une disposition législative doit être interprétée de la manière qui assure le mieux la réalisation de son objet: voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 21 et 22, le juge Iacobucci et *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 8. Suivant les règles subsidiaires d'interprétation des lois, chacune des parties d'un texte législatif doit avoir un sens et les lois doivent être interprétées de façon à ne pas avoir de conséquences absurdes: voir *Rizzo Shoes*, précité, au par. 27, le juge Iacobucci. Il incombe donc à notre Cour en l'espèce de déterminer l'esprit et l'objet de la *Limitation Act* pour ensuite établir l'interprétation de l'al. 6(4)b) la plus compatible avec la réalisation de cet objet.

2) Esprit et objet de la *Limitation Act*

Dans l'arrêt *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, notre Cour a confirmé les justifications traditionnelles des lois sur la prescription des actions qu'elle avait exposées dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, aux pp. 29 et 30. Notre Cour a conclu, à la p. 29, que ces textes législatifs s'appuient sur «la certitude, la preuve et la diligence». Dans *M. (K.)*, précité, elle a signalé ce qui suit aux pp. 29 et 30: 64

> On affirme depuis longtemps que les lois sur la prescription des actions sont des lois destinées à assurer la tranquillité d'esprit. [. . .] Le raisonnement est assez simple. Il arrive un moment, dit-on, où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu'il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations. . .
>
> La deuxième justification se rattache à la preuve et concerne la volonté d'empêcher les réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés. Une fois écoulé le délai de prescription, le défendeur éventuel ne devrait plus avoir à conserver des éléments de preuve se rapportant à la réclamation. . .
>
> Enfin, on s'attend à ce que les demandeurs agissent avec diligence et ne «tardent pas à faire valoir leurs droits»; la prescription incite les demandeurs à intenter leurs poursuites en temps opportun.

Il appert que ces justifications reflètent généralement les intérêts de la personne susceptible d'être poursuivie: *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069, aux pp. 1079 et 1080, le juge Major. Elles

defendant should not have to defend a stale claim brought by a plaintiff who has chosen not to assert his or her rights diligently. Indeed, although there have traditionally been doctrines or statutory provisions that recognized the plaintiff's interests, such as the exceptions applicable to persons under a disability or victims of concealed frauds, limitations statutes have generally been oriented towards the interests of the potential defendant.

65 Over the last several decades, however, many legislatures have moved to modernize their limitations statutes, most of which were formerly based on diverse collections of centuries-old English statutes: see Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Limitations, Part 2: General* (1974), at pp. 9-16; Alberta Law Reform Institute, Report No. 55, *Limitations* (1989), at pp. 15-16 and Appendix A. As part of this process, renewed attention has been given to ensuring that the limitations statutes are framed in a manner that addresses more consistently the plaintiff's interests, not just those of the defendant. This trend has also been reflected in the more balanced way that courts have sought to interpret these statutes. Arbitrary limitation dates have been discouraged in favour of a more contextual view of the parties' actual circumstances. To take just one example, it has been well-recognized that it is unfair for the limitation period to begin running until the plaintiff could reasonably have discovered that he or she had a cause of action: see *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *M. (K.)*, *supra*; *Peixeiro*, *supra*. Even on this new approach, however, limitation periods are not postponed on the plaintiff's whim. There is a burden on the plaintiff to act reasonably.

66 Contemporary limitations statutes thus seek to balance conventional rationales oriented towards the protection of the defendant — certainty, evidentiary, and diligence — with the need to treat plaintiffs fairly, having regard to their specific circumstances. As Major J. put it in *Murphy*, *supra*,

reposent sur l'idée qu'un éventuel défendeur ne devrait pas faire l'objet d'une action tardive intentée par un demandeur qui a choisi de ne pas agir avec célérité pour faire valoir ses droits. En effet, même si des principes juridiques ou des dispositions législatives ont traditionnellement reconnu les intérêts du demandeur, comme l'exception dont bénéficie la personne frappée d'incapacité ou la victime d'une fraude par dissimulation, les lois sur la prescription des actions ont généralement été conçues en fonction des intérêts de l'éventuel défendeur.

Au cours des dernières décennies, toutefois, de nombreux législateurs ont entrepris de moderniser ces textes législatifs qui, pour la plupart, s'inspiraient de lois anglaises datant de plusieurs centaines d'années: voir Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Limitations, Part 2: General* (1974), aux pp. 9 à 16; Alberta Law Reform Institute, Report No. 55, *Limitations* (1989), aux pp. 15 et 16, et à l'annexe A. Dans le cadre de cette démarche, on a cherché à faire en sorte que les lois sur la prescription des actions tiennent compte plus systématiquement des intérêts du demandeur, et non seulement de ceux du défendeur. Ce mouvement s'est également traduit par une interprétation judiciaire plus nuancée de ces lois. La fixation arbitraire d'une date de prescription a été découragée au bénéfice d'un examen plus contextuel de la situation réelle des parties. Par exemple, il est établi qu'il est injuste que le délai de prescription commence à courir avant que le demandeur ait pu raisonnablement découvrir l'existence d'une cause d'action: voir *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *M. (K.)*, précité; *Peixeiro*, précité. Cependant même avec cette nouvelle approche, les délais de prescription ne sont pas reportés au gré du demandeur. Ce dernier est tenu d'agir raisonnablement.

Les lois contemporaines sur la prescription des actions visent donc à établir un équilibre entre les justifications traditionnelles axées sur la protection du défendeur — la certitude, la preuve et la diligence — et la nécessité de faire preuve d'équité envers le demandeur compte tenu des circons-

"[a] limitations scheme must attempt to balance the interests of both sides" (p. 1080). See also *Peixeiro*, *supra*, at para. 39, *per* Major J.

The result of this legislative and interpretive evolution is that most limitations statutes may now be said to possess four characteristics. They are intended to: (1) define a time at which potential defendants may be free of ancient obligations, (2) prevent the bringing of claims where the evidence may have been lost to the passage of time, (3) provide an incentive for plaintiffs to bring suits in a timely fashion, and (4) account for the plaintiff's own circumstances, as assessed through a subjective/objective lens, when assessing whether a claim should be barred by the passage of time. To the extent they are reflected in the particular words and structure of the statute in question, the best interpretation of a limitations statute seeks to give effect to each of these characteristics.

The general scheme of the British Columbia *Limitation Act* reflects this evolution. Section 3 provides concrete limitation periods for most actions. Depending on the cause of action, an action must be commenced within two, six, or ten years after the date on which the right to bring it arose, i.e., the date on which all the elements of the cause of action came into existence: see s. 3(2), (3), (5) and (6); *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.).

At the same time, the Act contains provisions aimed at treating plaintiffs fairly. For example, s. 6(3) to (5) reflect the common law view that it is unfair to the plaintiff if the running of time commences before the existence of the cause of action is reasonably discoverable. To determine when the running of time should commence for the enumerated actions, the court is generally directed to consider the actions of a reasonable person in the particular plaintiff's circumstances. Except where certain claims are made against a trustee, the plaintiff

tances qui lui sont propres. Comme l'a dit le juge Major dans l'arrêt *Murphy*, précité, «[u]n régime de prescription doit tenter d'établir un équilibre entre les intérêts des deux parties» (p. 1080). Voir également *Peixeiro*, précité, au par. 39, le juge Major.

67 En raison de l'évolution de la législation et de son interprétation on peut désormais dire que la plupart des lois sur la prescription présentent quatre caractéristiques. Elles visent à 1) fixer un délai à l'expiration duquel le défendeur éventuel est libéré de ses obligations anciennes, 2) empêcher qu'une action ne soit intentée lorsque des éléments de preuve ont pu disparaître en raison de l'écoulement du temps, 3) inciter le demandeur à intenter une poursuite en temps opportun et 4) tenir compte des circonstances propres au demandeur, en recourant à une évaluation à la fois subjective et objective, lorsqu'il s'agit de déterminer si une action est prescrite. Dans la mesure où ces éléments se retrouvent dans le libellé et la structure de la loi considérée, la meilleure façon d'interpréter une loi sur la prescription des actions est de s'efforcer de donner effet à chacune de ces caractéristiques.

68 L'économie générale de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique reflète cette évolution. L'article 3 prévoit des délais de prescription précis à l'égard de la plupart des actions. Suivant la cause d'action, le délai d'exercice de l'action est de deux, six ou dix ans, à compter de la naissance du droit d'action, c.-à-d. la date à laquelle tous les éléments de la cause d'action sont réunis: voir les par. 3(2), (3), (5) et (6); *Bera c. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.).

69 Par ailleurs, la Loi renferme des dispositions visant à assurer un traitement équitable au demandeur. Par exemple, les par. 6(3) et (5) reprennent le principe de common law selon lequel il est injuste pour le demandeur que le délai de prescription commence à courir avant que l'existence de la cause d'action ne puisse raisonnablement être découverte. Pour déterminer le point de départ du délai à l'égard des actions énumérées, le tribunal doit généralement examiner le comportement d'une personne raisonnable placée dans la situation

tiff bears the burden of proving that, on the basis of these tests, the running of time has been postponed in a particular case: see s. 6(2), (6), and *Zeidan v. British Columbia*, [1989] B.C.J. No. 598 (QL) (S.C.). Section 7 of the Act allows the running of time to be postponed if the plaintiff is under a legal disability, a provision that is also directed to ensuring fairness to plaintiffs.

70 Certainty and diligence, however, remain important goals. The running of time cannot be postponed indefinitely. Therefore, s. 8 of the Act sets forth a series of ultimate limitation periods, the length of which depends on the particular type of action in issue. Generally, regardless of whether the running of time has been postponed or the cause of action confirmed by the defendant, no action can be brought after the expiration of — depending on the classification of the action — six or thirty years after the date on which the right to bring the action arose. Where the plaintiff is a minor, the running of time for the purposes of the ultimate limitation period is postponed until he or she reaches the age of majority: see s. 8(2). Only upon the expiration of the relevant ultimate limitation period can the potential defendant truly be assured that no plaintiff may bring an action against him or her. At that time, any cause of action that was once available to the plaintiff is extinguished: see s. 9(1). See generally Law Reform Commission of British Columbia, *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8* (1990), especially at pp. 21-23. With respect to the case on appeal, the appellant is protected by a six-year ultimate limitation period: see s. 8(1)(b).

71 Viewed in this context, s. 6(4)(b) may be seen as operating to adjust the position of the limited window of time within which a plaintiff may bring an action. This section is constrained at one end by the specific date on which the cause of action actually arose in fact and, at the other end, by the ultimate limitation period of six or thirty years. Within that longer time period, and regardless of when it is considered to begin running, time may generally

du demandeur. Sauf dans le cas de certaines actions dirigées contre un fiduciaire, il incombe au demandeur de prouver, en fonction de ces critères, que le point de départ du délai a été reporté dans un cas donné: voir les par. 6(2) et 6(6); *Zeidan c. British Columbia*, [1989] B.C.J. No. 598 (QL) (C.S.). L'article 7 de la Loi, qui vise également à assurer le traitement équitable du demandeur, permet le report du délai lorsque ce dernier est frappé d'incapacité juridique.

La certitude et la diligence demeurent toutefois des objectifs importants. Le délai de prescription ne peut être reporté indéfiniment. C'est pourquoi l'art. 8 de la Loi établit une série de délais de prescription maximums dont la durée dépend du type d'action en cause. En général, peu importe qu'il y ait eu report ou que la cause d'action ait été confirmée par le défendeur, aucune action ne peut être intentée après que six ou trente ans — selon le type d'action — se sont écoulés depuis la date à laquelle le droit d'action a pris naissance. Lorsque le demandeur est mineur, le point de départ du délai de prescription maximum est reporté jusqu'à la date de la majorité: voir le par. 8(2). Ce n'est qu'à l'expiration du délai de prescription maximum applicable que le défendeur éventuel peut véritablement être assuré que personne ne pourra intenter une poursuite contre lui. Toute cause d'action ayant pris naissance au bénéfice du demandeur est alors éteinte: voir le par. 9(1). Voir généralement le document de la Commission de réforme de la Colombie-Britannique intitulé *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8* (1990), en particulier les pp. 21 à 23. Dans la présente affaire, l'appelant bénéficie d'un délai de prescription maximum de six ans: voir l'al. 8(1)b).

Dans ce contexte, on peut considérer que l'al. 6(4)b) permet le déplacement dans le temps du délai dont dispose le demandeur pour agir. L'effet de cette disposition est limité à une extrémité par la date à laquelle prend naissance la cause d'action dans les faits et, à l'autre extrémité, par le délai de prescription maximum de six ou de trente ans. À l'intérieur de ce laps de temps plus long, et indépendamment de son point de départ, le délai

only be permitted to run for two, six, or ten years. The debate in this case is over the type of circumstances in which, within that larger period of time, the commencement of the limitation period for the initiation of an action that has a reasonable prospect of success should be postponed. The answer to this question must be resolved in a manner that maintains the traditional defendant-oriented rationales of limitations statutes, while also reflecting the modern need to balance those rationales against the plaintiff's circumstances and his or her interest in bringing an action to redress a wrong.

ne peut généralement pas excéder deux, six ou dix ans. Le litige porte en l'espèce sur le genre de circonstances dans lesquelles, dans les limites de ce laps de temps plus long, il y a lieu de reporter le point de départ du délai dont dispose le demandeur pour intenter une action ayant une chance raisonnable d'être accueillie. Le litige doit être résolu de façon à préserver les justifications traditionnelles des lois sur la prescription des actions qui mettent le défendeur éventuel au premier plan, tout en reflétant la nécessité de la société moderne d'établir en équilibre entre ces justifications et la situation du demandeur et son intérêt à intenter une action pour obtenir réparation.

(3) Meaning of the Troublesome Phrase in Section 6(4)(b)

3) Sens énigmatique de la formule employée à l'alinéa 6(4)b)

After stipulating that the identity of the defendant must be known to the plaintiff, s. 6(4) sets out the parameters of knowledge and advice that determine whether the commencement of the running of time will be postponed beyond the date on which the right to bring the action arose in fact. The question is whether a reasonable person, knowing the facts within the plaintiff's means of knowledge and having taken the appropriate advice a reasonable person would take on those facts, would regard those facts as showing both that the action would have a reasonable prospect of success (s. 6(4)(a)), and that the plaintiff "ought . . . to be able to bring an action", given the person's "own interests" and "circumstances" (s. 6(4)(b)). Time does not begin to run until both s. 6(4)(a) and s. 6(4)(b) are satisfied. The question before this Court is the meaning to be ascribed to the opaque phrase, "ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action". The word "ought" suggests an objective "reasonable person" standard. On the other hand, the reference to the plaintiff's "own interests" and "circumstances" introduces subjective considerations. How are the two to be reconciled?

72 Après avoir précisé que l'identité du défendeur doit être connue du demandeur, le par. 6(4) énonce les paramètres en matière de connaissance et d'avis qui permettent de déterminer si le point de départ du délai de prescription est reporté à une date ultérieure, autre que celle à laquelle le droit d'action a effectivement pris naissance. La question qu'il convient de poser est de savoir si une personne raisonnable, informée des faits à la portée des moyens de connaissance du demandeur et armée de l'avis approprié qu'une personne raisonnable obtiendrait relativement à ces faits, estimerait que les faits établissent à la fois que l'action a une chance raisonnable d'être accueillie (al. 6(4)a)) et que le demandeur, «devrait, [. . .] être en mesure d'intenter une action» (al. 6(4)b)). Le délai ne court que si les conditions établies aux al. 6(4)a) et b) sont remplies. Notre Cour doit se prononcer sur le sens de l'énoncé obscur suivant: «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action». Le mot «devrait» suggère l'application d'une norme objective fondée sur le comportement d'une «personne raisonnable». En revanche, les mots «dans son intérêt [celui du demandeur] et compte tenu des circonstances qui lui sont propres» introduisent un élément subjectif. Comment les concilier?

The interpretation given to s. 6(4)(b) must give proper weight to: (1) the Legislature's inclusion of

73 L'interprétation de l'al. 6(4)b) doit dûment tenir compte 1) du choix, par le législateur, d'une norme

a subjective/objective standard in s. 6(4)(b); (2) the broad wording it has used in that provision; (3) the contemporary view that when construing a limitations statute the plaintiff's concerns must be considered together with the defendant's need to be protected from stale claims brought by dilatory plaintiffs; and (4) the interpretive presumption that s. 6(4)(b) adds something to s. 6(4)(a) and, to the rest of the Act. Many of the proposed interpretations fail to meet one or more of these requisites.

à la fois subjective et objective à l'al. 6(4)b), 2) des termes généraux employés dans cette disposition, 3) du point de vue contemporain selon lequel, pour interpréter une loi sur la prescription, les préoccupations du demandeur doivent être prises en considération, tout comme la nécessité de protéger le défendeur contre une action tardive intentée par un demandeur négligent et 4) de la présomption en matière d'interprétation voulant que l'al. 6(4)b) ajoute un élément à l'al. 6(4)a) ainsi qu'aux autres dispositions de la Loi dans son ensemble. Bon nombre des interprétations proposées ne satisfont pas à une ou à plusieurs de ces exigences.

74 One suggestion is that the phrase "ought . . . to be able to bring an action" in s. 6(4)(b) is concerned with legal capacity. A minor or a mentally incompetent person might argue that, owing to a disability, he or she was not able to bring the action at the time the right to do so arose. The first problem with this suggestion is that the Legislature has addressed questions of the plaintiff's legal capacity to bring an action in s. 7 of the Act, not s. 6(4)(b). This interpretation would therefore render s. 6(4)(b) superfluous. The second problem with this suggestion is that it fails to reflect fully the broad wording of s. 6(4)(b). Section 6(4)(b) expressly directs the court to consider the plaintiff's "own interests" and "circumstances". These expansive words go far beyond bare legal capacity and effect must be given to the Legislature's decision to include them in s. 6(4)(b).

Suivant l'une des interprétations proposées, l'expression «devrait, [. . .] être en mesure d'intenter une action» utilisée à l'al. 6(4)b) renverrait à la capacité juridique. La personne mineure ou frappée d'incapacité mentale pourrait faire valoir que, en raison de son incapacité, elle n'était pas en mesure d'intenter l'action au moment où le droit d'agir a pris naissance. La première difficulté est que la capacité juridique du demandeur d'intenter une action fait l'objet de l'art. 7, et non de l'al. 6(4)b), de la Loi. Pareille interprétation rendrait donc l'al. 6(4)b) superflu. La deuxième est qu'elle ne tient pas vraiment compte des termes généraux employés dans cette disposition. L'alinéa 6(4)b) exige expressément du tribunal qu'il prenne en compte l'«intérêt» du demandeur et les «circonstances» qui lui sont propres. Ces termes compréhensifs vont bien au-delà de la stricte capacité juridique, et il faut donner effet à la décision du législateur de les inclure dans l'al. 6(4)b).

75 Another suggestion is that s. 6(4)(b) is primarily designed to address the situation of the plaintiff who considers that, while an action would have a reasonable prospect of success, the amount likely to be recovered would be so little, or the remedy so unimportant, that practical considerations weigh against bringing it. Again, this suggestion fails to acknowledge the broad ambit of the phrase, "in the person's own interests and taking the person's circumstances into account". To be sure, there may be cases where the plaintiff's "own interests" and "circumstances" make the significance of the remedy an important consideration under s. 6(4)(b).

Une autre proposition veut que l'al. 6(4)b) vise essentiellement le cas du demandeur qui, même s'il estime qu'une action aurait une chance raisonnable d'être accueillie, juge la somme ou la réparation susceptible d'être obtenue si insignifiante que des considérations d'ordre pratique l'incitent à ne pas agir. Cette proposition non plus ne reconnaît pas la portée générale de l'expression «dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres». Il ne fait aucun doute que, dans certains cas, l'«intérêt» du demandeur et les «circonstances» qui lui sont propres peuvent faire de l'importance de la réparation une considération

But to confine the ambit of s. 6(4)(b) to these situations seems to me to run against the broad language the Legislature chose to employ.

A third suggestion is that the Legislature intended that s. 6(4)(b) should prevent the postponement of the limitation period where the action — which the plaintiff only lately discovered has a reasonable prospect of success — is trivial, frivolous, vexatious, or not *bona fide*. This suggestion seems to assume that s. 6(4)(b) "revives" an extinguished cause of action and confers upon the court the discretion to decide which causes of action should be "revived" and which should not. Frivolous, vexatious, trivial, or non-*bona fide* actions are examples, the argument runs, of proceedings that should not be revived.

With respect, this interpretation overlooks the wording and function of s. 6(4). First s. 6(4) provides that time does not begin to run until the identity of the defendant is known and the provisions of both s. 6(4)(a) and s. 6(4)(b) are satisfied. Thus, the question of whether s. 6(4)(b) should be used to "revive" the plaintiff's particular action is inapposite: the action has not yet been extinguished at the time s. 6(4)(b) is considered. It is accordingly incorrect to posit that s. 6(4)(b) allows the limitation period to be postponed only if the action appears meritorious.

This interpretation also threatens to render s. 6(4)(b) superfluous. To the extent that the merits of the particular action are relevant to the s. 6(4) analysis, they more naturally fall for consideration under s. 6(4)(a). An action that is trivial, frivolous, vexatious, or not *bona fide* is, by definition, an action that does not have a "reasonable prospect of success". If this be so, this interpretation deprives s. 6(4)(b) of any purpose. Alternatively, on the assumption that the character of the action may also figure in the plaintiff's "own interests" and "circumstances", s. 6(4)(b)'s broad wording belies the view that the character of the action is the only thing to be considered, to the exclusion of the rest of the plaintiff's interests and circumstances. In

déterminante aux fins de l'al. 6(4)b). Toutefois, limiter le champ d'application de l'al. 6(4)b) à de tels cas me semble contraire au libellé général que le législateur a choisi d'utiliser.

76 Selon une troisième proposition, le législateur a voulu que l'al. 6(4)b) empêche le report du délai de prescription lorsque l'action — dont le demandeur a tardivement découvert qu'elle avait une chance raisonnable d'être accueillie — est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi. Cette proposition semble supposer que l'al. 6(4)b) «fait revivre» une cause d'action éteinte et confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de décider quelles causes d'action devraient «revivre». Selon les tenants de cette interprétation, les actions frivoles, vexatoires ou entachées de mauvaise foi sont des exemples d'actions qui ne devraient pas revivre.

77 Avec égards, cette interprétation passe sous silence le libellé et le rôle du par. 6(4). Premièrement, le par. 6(4) dispose que le délai ne commence à courir qu'au moment où l'identité du défendeur est connue et où les conditions prévues à l'al. 6(4)a) et à l'al. 6(4)b) sont remplies. Ainsi, la question de savoir si l'al. 6(4)b) devrait servir à «faire revivre» l'action du demandeur ne se pose pas, car l'action n'est pas encore éteinte au moment où l'application de cette disposition est considérée. Il est donc incorrect d'affirmer que l'al. 6(4)b) ne permet le report du délai de prescription que si l'action paraît fondée.

78 Pareille interprétation risque aussi de rendre l'al. 6(4)b) superflu. Si le bien-fondé d'une action donnée est pertinent aux fins du par. 6(4), il relève plus logiquement de l'al. 6(4)a). Par définition, l'action frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi n'a aucune «chance raisonnable d'être accueillie». Partant, cette interprétation prive l'al. 6(4)b) de tout objet. Subsidiairement, en supposant que les caractéristiques de l'action puissent également faire partie de l'«intérêt» du demandeur et les «circonstances» qui lui sont propres, les termes généraux employés à l'al. 6(4)b) démentent la thèse voulant qu'elles constituent le seul élément à soupeser, à l'exclusion des autres intérêts et circonstances du demandeur. En fait, s'il s'agissait du seul

fact, if the character of the action were the exclusive focus of s. 6(4)(b), it would be indistinguishable from s. 6(4)(a).

79 Having considered and found wanting the narrower interpretations proposed, I turn to the broader interpretations of s. 6(4)(b). Two possibilities emerge: a broad subjective/objective approach akin to that suggested by Wood J.A. and Taylor J.A. in *Evans*, *supra*, and *Karsanjii*, *supra*, and a more restrictive subjective/objective approach similar to that offered by Lambert J.A. in *Frosch Construction*, *supra*, and *Vance*, *supra*.

80 The broad subjective/objective approach interprets the phrase "ought . . . to be able to bring an action" as meaning "should bring an action, in light of the plaintiff's interests and circumstances". This gives effect to the subjective component of s. 6(4)(b). However, it begs the question of why the Legislature did not simply use "should" if that is what it intended. Why did it choose the phrase "ought . . . to be able" with its connotation of capacity? Moreover, this interpretation is open to the practical objection that it might allow the running of time to be postponed for mere tactical reasons, a result that does not accord with the need to balance the four characteristics of limitations statutes discussed earlier.

81 The other option, a more restrictive subjective/objective test similar to that adopted by Lambert J.A. in *Frosch Construction*, *supra*, and *Vance*, *supra*, gives full effect to the language of s. 6(4)(b) while avoiding both the distortion of the phrase "ought . . . to be able to bring an action" and the misuse of the provision for tactical purposes. On this approach, s. 6(4)(b) may be read as denoting a time at which a reasonable person would consider that someone in the plaintiff's position, acting reasonably in light of his or her own circumstances and interests, could — not necessarily should — bring an action. This approach is neither purely subjective nor purely objective. The question becomes: "in light of his or her own circumstances and interests, at what point could the plaintiff reasonably have brought an action?"

aspect visé à l'al. 6(4)b), ce dernier se confondrait avec l'al. 6(4)a).

Ayant conclu que les interprétations plus restrictives sont déficientes, j'aborde les interprétations plus larges de l'al. 6(4)b). Il y a deux possibilités: une analyse subjective/objective large, semblable à celle préconisée par les juges Wood et Taylor dans *Evans* et *Karsanjii*, précités, et une analyse subjective/objective plus stricte inspirée de celle qu'a exposée le juge Lambert dans les arrêts *Frosch Construction* et *Vance*, précités.

Suivant l'analyse subjective/objective large, les termes «devrait, [. . .] être en mesure d'intenter une action» signifient «devrait intenter une action, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres». Cette approche donne effet à la composante subjective de l'al. 6(4)b). On peut toutefois se demander pourquoi le législateur ne l'a pas simplement précisé si c'est ce qu'il entendait. Pourquoi avoir choisi les termes «devrait, [. . .] être en mesure», qui évoquent la capacité? De plus, on pourrait opposer à cette interprétation qu'elle pourrait permettre que le point de départ du délai soit reporté pour des raisons purement stratégiques, ce qui irait à l'encontre de la nécessité d'établir un équilibre entre les quatre caractéristiques des lois sur la prescription des actions évoquées plus haut.

L'autre possibilité, qui consiste en l'application d'un critère subjectif/objectif plus strict apparenté à celui retenu par le juge Lambert dans les arrêts *Frosch Construction* et *Vance*, précités, donne pleinement effet au libellé de l'al. 6(4)b) tout en évitant la distorsion des termes «devrait, [. . .] être en mesure d'intenter une action» et le recours abusif à la disposition à des fins stratégiques. Dans cette optique, l'al. 6(4)b) renverrait au moment où une personne raisonnable estimerait qu'une personne placée dans la situation du demandeur, agissant de manière raisonnable, compte tenu de son intérêt et des circonstances qui lui sont propres, pourrait — et pas nécessairement devrait — intenter une action. Cette approche est ni purement subjective ni purement objective. La question à poser est alors la suivante: «compte tenu des circonstances

The reasonable person would only consider that the plaintiff could not have brought an action at the time the right to do so first arose if the plaintiff's own interests and circumstances were serious, significant, and compelling. Purely tactical considerations have no place in this analysis. In my view, this approach best accords with the purposes of modern limitations statutes, gives a sensible meaning to the terms of s. 6(4)(b), and is most likely to result in clear and fair results in the majority of cases.

et des intérêts qui lui sont propres, à quel moment le demandeur aurait-il pu raisonnablement intenter une action?» La personne raisonnable estime que le demandeur n'aurait pas pu intenter une action au moment où le droit de le faire a pris naissance seulement si les intérêts du demandeur et les circonstances qui lui sont propres étaient sérieux, importants et impérieux. Les préoccupations d'ordre purement stratégique demeurent étrangères à cette analyse. À mon avis, il s'agit de l'approche qui s'harmonise le mieux avec l'objet des lois modernes sur la prescription des actions; elle confère un sens raisonnable aux termes employés à l'al. 6(4)b) et elle est la plus susceptible de mener à des résultats clairs et équitables dans la majorité des cas.

This approach addresses the heart of the problem posed by this difficult provision: how to reconcile the words "ought . . . to be able to bring an action", with their connotation of capacity or ability, and the section's insistence that full account also be taken of the plaintiff's "own interests" and "circumstances". As suggested above, the two directions may seem contradictory on one level. The phrase "ought . . . to be able" suggests objective ability or capacity. The reference to the plaintiff's personal circumstances and interests, on the other hand, is the language of choice, of a situation where the plaintiff has the ability to do two or more things, and chooses one.

82 Cette méthode s'attaque au cœur du problème que pose cette disposition difficile: comment concilier les mots «devrait, [. . .] être en mesure d'intenter une action», qui évoquent la capacité, avec l'accent mis sur la prise en compte, par ailleurs, de l'«intérêt» et les «circonstances» du demandeur? Comme je l'indique précédemment, ces deux volets peuvent sembler contradictoires. L'expression «devrait, [. . .] être en mesure» renvoie à la capacité objective, tandis que l'intérêt et les circonstances propres au demandeur évoquent un choix, une situation où le demandeur a la capacité d'accomplir deux ou plusieurs choses et en choisit une.

The proposed interpretation resolves this apparent conundrum by relying on the fact that there are different kinds of "ability". "[O]ught . . . to be able to bring an action" can certainly be interpreted narrowly in the sense of legal capacity. But it also may be interpreted more broadly, in the sense of a practical ability to choose a particular course in light of the factual circumstances in which a person finds himself or herself. We speak of not being "able" to do something not only when we lack the legal or physical capacity to do it, but also when our circumstances are such that we cannot reasonably contemplate doing the thing.

83 L'interprétation préconisée résout cette énigme apparente en tenant pour acquis qu'il existe différentes formes de «capacité». L'expression «devrait, [. . .] être en mesure d'intenter une action» peut certes être interprétée étroitement dans le sens de capacité juridique. Mais on peut également lui attribuer une portée plus large et y voir la capacité, en pratique, d'opter pour une démarche précise compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles est placée une personne. Une personne dit qu'elle n'est pas en «mesure» de faire une chose non seulement lorsqu'elle n'a pas la capacité juridique ou physique voulue, mais aussi lorsque les circonstances sont telles qu'elle ne peut raisonnablement envisager de faire cette chose.

84 Interpreting "ought . . . to be able to bring an action" in the second sense permits full weight to be given to all the words of s. 6(4)(b). The running of the limitation period is therefore postponed when the plaintiff shows that practical considerations arising from his or her "circumstances" and "own interests" render him or her unable, as a reasonable person, to bring an action at the earlier prescribed date. "[O]ught . . . to be able to bring an action", interpreted thus, is very different from the normative "should bring an action". "Should" connotes subjective choice; "could" connotes practical ability. On the interpretation I have proposed, the court's central task is to identify the point at which the reasonable person who animates s. 6(4) would consider that the plaintiff, in light of his or her own interests and circumstances, could reasonably have brought an action. Section 6(4)(b) therefore refers to a time at which, in light of the plaintiff's particular situation, the bringing of a suit is reasonably possible, not when it would be ideal from the plaintiff's perspective to do so.

85 What "interests and circumstances" should be considered at this stage? In *Frosch Construction*, *supra*, at p. 79, Lambert J.A. held that only "important and substantial interests of the plaintiff in his or her own circumstances" should be considered. Practically speaking, the reasonable person would only consider that the plaintiff could not have brought an action at the time the right to do so first arose if the plaintiff's own interests and circumstances were serious, significant, and compelling. For example, a plaintiff may not reasonably be able to bring an action when, viewed objectively but with regard to the plaintiff's own situation, the costs and strain of litigation would be overwhelming to him or her, the possible damages recoverable would be minimal or speculative at best, or other personal circumstances combine to make it unfeasible to initiate an action. Litigation is never a process to be embarked upon casually and sometimes a plaintiff's individual circumstances and interests may mean that he or she can-

La deuxième interprétation proposée de l'expression «devrait, [. . .] être en mesure d'intenter une action» permet de donner tout leur poids à chacun des mots employés à l'al. 6(4)b). Le point de départ du délai de prescription est donc reporté lorsque le demandeur établit que des considérations d'ordre pratique dictées par «son intérêt et [les] circonstances qui lui sont propres» l'ont empêché, en tant que personne raisonnable, d'intenter une action plus tôt, à la date prévue. Ainsi interprétée, les termes «devrait, [. . .] être en mesure d'intenter une action» se démarquent de l'énoncé normatif «devrait intenter une action». Le mot «devoir» a une connotation subjective, tandis que le terme «pouvoir» évoque la capacité en pratique. Selon l'interprétation que je préconise, la principale tâche du tribunal consiste à déterminer le moment où la personne raisonnable à laquelle renvoie le par. 6(4) estimerait que le demandeur, compte tenu de son intérêt et des circonstances qui lui sont propres, aurait pu raisonnablement intenter une action. L'alinéa 6(4)b) renvoie donc au moment où, vu la situation particulière du demandeur, le déclenchement d'une poursuite est raisonnablement possible, et non idéal, du point de vue du demandeur.

Quel «intérêt» et quelles «circonstances» devraient être pris en considération à ce stade? Dans l'arrêt *Frosch Construction*, précité, à la p. 79, le juge Lambert conclut que seuls doivent être retenus [TRADUCTION] «les intérêts qui sont importants pour le demandeur, compte tenu des circonstances qui lui sont propres». Sur le plan pratique, la personne raisonnable estimera que le demandeur n'aurait pas pu intenter une action au moment où le droit de le faire a pris naissance seulement si l'intérêt du demandeur et les circonstances qui lui sont propres étaient jugés sérieux, importants et impérieux. Par exemple, il se peut que le demandeur ne soit pas raisonnablement en mesure d'intenter une action lorsque, d'un point de vue objectif, mais compte tenu de sa situation particulière, le coût et le stress associés à une action en justice seraient excessifs pour lui, les dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus seraient au mieux minimes ou aléatoires ou d'autres circonstances personnelles, jumelées les

not reasonably bring an action at the time it first materializes. This approach makes good policy sense. To force a plaintiff to sue without having regard to his or her own circumstances may be unfair to the plaintiff and may also disserve the defendant by forcing him or her to meet an action pressed into court prematurely: see generally B. Legate, "Limitation Periods in Medical Negligence Actions Post-*Peixeiro*" (1998), 20 *Advocates' Q.* 326, at p. 334.

Whether a particular circumstance or interest has the practical effect of preventing the plaintiff from being able to commence the action must be assessed in each individual case. Section 6(4)(b) requires that the circumstances and interests of the individual plaintiff be taken into account. What is a serious, substantial, and compelling interest in one case may not be so in another case. Purely tactical concerns play no role in this analysis because they do not relate to the practical ability of the plaintiff to bring an action, as assessed by a reasonable person who takes into account all his or her circumstances and interests. See *Trueman v. Ripley*, [1998] B.C.J. No. 2060 (QL) (S.C.).

Further assistance in determining what factors may lead a reasonable person to conclude that the plaintiff could not reasonably have brought an action at the normally prescribed time may be derived from the comments made by the New South Wales Law Reform Commission. Although the key difference between the New South Wales statute and the British Columbia Act is that the latter alone includes the phrase "to be able", the observations of the Law Reform Commission are helpful in highlighting the general concerns that may arise in these circumstances. In its *Report of the Law Reform Commission being the First*

unes aux autres, font obstacle à l'exercice d'une action. La décision d'exercer une action en justice ne doit jamais être prise à la légère, et parfois l'intérêt d'un demandeur et les circonstances qui lui sont propres peuvent faire en sorte qu'il ne peut pas raisonnablement intenter une action dès que naît le droit de le faire. Cette attitude est judicieuse. Contraindre le demandeur à agir en justice sans tenir compte des circonstances qui lui sont propres peut être injuste envers le demandeur et nuire également au défendeur en le forçant à opposer une défense à une action intentée prématurément: voir généralement B. Legate, «Limitation Periods in Medical Negligence Actions Post-*Peixeiro*» (1998), 20 *Advocates' Q.* 326, à la p. 334.

86 La question de savoir si des circonstances ou un intérêt en particulier ont empêché en pratique le demandeur d'être en mesure d'exercer l'action doit être examinée dans chaque espèce. L'alinéa 6(4)b) exige que l'intérêt du demandeur en cause et les circonstances qui lui sont propres soient pris en considération. Ce qui constitue un intérêt sérieux, important et impérieux dans un cas peut ne pas l'être dans un autre. Les préoccupations d'ordre purement stratégique ne jouent aucun rôle dans le cadre de cette analyse, car elles ne se rapportent pas à la capacité du demandeur d'intenter une action en pratique, cette capacité étant évaluée du point de vue d'une personne raisonnable qui tient compte de tous les intérêts et circonstances propres au demandeur. Voir *Trueman c. Ripley*, [1998] B.C.J. No. 2060 (QL) (C.S.).

87 Les observations de la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud peuvent en outre être utiles pour déterminer quels facteurs sont susceptibles d'amener une personne raisonnable à conclure que le demandeur n'aurait pas pu raisonnablement intenter une action dans le délai normalement prévu. Même si la différence principale entre la loi en vigueur dans ce pays et celle qui s'applique en Colombie-Britannique est l'emploi des termes «être en mesure» dans cette dernière, les observations de la Commission de réforme du droit mettent en lumière les préoccupations générales pouvant être soulevées en pareilles

Report on the Limitation of Actions (October 1967), the Commission stated at p. 135:

296. Section 57(1)(c)(ii) is new: it requires consideration of matters peculiar to the person whose means of knowledge is in question. Cases may arise where the prospective damages are sufficient in amount to justify bringing the action but the injured person would be obliged to pay to someone else the whole or a large part of the damages so that what would be left for the injured party would not be enough to outweigh the hazards of litigation. An example is the case where the only known heads of damage are medical expenses and loss of wages for a relatively short period. If the injured person has received workers' compensation, the bringing of an action might in substance (after allowance for solicitor and client costs) result only in a benefit to the workers' compensation insurer. The injured person may, acting reasonably in his own interests, refrain from suing in such a case but he should not, we think, be deprived on that account of the possibility of getting an extension of time in case the injuries later turn out to be much more serious.

297. Then again, there may be personal reasons for not suing when the apparent injury is small. An injured employee may, for example, reasonably take the view that an action against his employer may jeopardize the future course of his employment to an extent which outweighs the prospective damages for the injuries at first apparent. Section 57(1)(c)(ii) would allow circumstances such as these to be taken into account.

I do not understand the New South Wales Law Reform Commission to be suggesting that the plaintiff is entitled to abstain from suing until, on a fine analysis of the situation, the costs of the action are just outweighed by the benefits. Certainly, the interpretation I have proposed does not set the bar that low. Rather, the report suggests that, in some circumstances, a plaintiff may not reasonably be able to bring an action at the time it first arises. Where it is reasonable in the circumstances to say that the particular plaintiff could sue — even if it is not an ideal course of action from the plaintiff's

circonstances. Dans son rapport intitulé *Report of the Law Reform Commission being the First Report on the Limitation of Actions* (octobre 1967), la Commission dit ce qui suit, à la p. 135:

[TRADUCTION]

296. Le sous-alinéa 57(1)c)(ii) est nouveau: il exige la prise en considération des éléments propres à la personne dont les moyens de connaître les faits sont en cause. Il peut arriver que le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus soit suffisant pour justifier le déclenchement de la poursuite mais que la victime soit tenue d'en verser la totalité ou une grande partie à un tiers, de telle sorte que le reliquat ne justifierait pas les aléas d'une poursuite. Par exemple, les seuls chefs de dommages connus pourraient être les frais médicaux et la perte de salaire pendant une période relativement courte. Si la victime a touché une indemnité comme travailleur accidenté, une action en justice pourrait ne bénéficier en somme qu'au régime d'indemnisation des accidentés du travail (après déduction des honoraires d'avocat et des frais de justice). La victime peut, en agissant raisonnablement dans son intérêt, s'abstenir de poursuivre en un tel cas sans qu'elle doive pour autant être privée, selon nous, de la possibilité d'obtenir une prorogation de délai si le préjudice subi devait ultérieurement se révéler beaucoup plus grave.

297. Des motifs personnels peuvent également justifier la décision de ne pas poursuivre lorsque le préjudice apparent est minime. L'employé blessé peut, par exemple, estimer raisonnablement qu'une action dirigée contre son employeur pourrait tellement compromettre l'exercice ultérieur de ses fonctions que les dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus pour le préjudice constaté initialement n'en valent pas la peine. Le sous-alinéa 57(1)*c*)(ii) permettrait de tenir compte de telles circonstances.

À mon avis, la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud ne laisse pas entendre que le demandeur peut s'abstenir d'intenter une action jusqu'à ce qu'une analyse poussée révèle que les avantages d'une poursuite l'emportent sur son coût. En tout cas, l'interprétation que je propose n'est pas aussi laxiste. La Commission dit plutôt que, dans certaines circonstances, le demandeur peut ne pas être raisonnablement en mesure d'intenter une action dès qu'il est en droit de le faire. Lorsqu'il est raisonnable dans les circonstances de conclure qu'un demandeur pourrait

perspective — s. 6(4)(b) triggers the running of time.

The New South Wales provision was considered in *Royal North Shore Hospital v. Henderson* (1986), 7 N.S.W.L.R. 283 (C.A.), (approved by Wood J.A. in *Evans*, *supra*). There the plaintiff failed to bring an action against the defendant hospital when he first suffered some minor consequences of its alleged negligence. At the time, he was still receiving treatment at the hospital for a very serious disease. He sued only much later when more serious consequences were diagnosed and he had left the hospital's care. The majority of the Court of Appeal (Hope and Mahoney JJ.A., Samuels J.A., dissenting) agreed with the trial judge that, in the plaintiff's particular circumstances, the running of time was postponed until the more serious consequences were diagnosed and the plaintiff's treatment for the initial condition had ended. Hope J.A. reasoned that, as a matter of policy, potential plaintiffs should not be encouraged to run to court at the earliest opportunity. Recognizing that each case must be assessed on its own facts, he further observed at p. 287 that he saw "no reason to . . . confine the circumstances which would justify the not bringing of an action to any particular class or category".

Although dealing with different legislation, the *Henderson* case is of assistance in identifying some of the interests that may arise when deciding whether to commence a lawsuit. However, with the addition of the words "to be able" to the British Columbia legislation, those interests must be such that they prevent the particular plaintiff from being reasonably able to sue, as that phrase is understood by the test proposed in these reasons. Plaintiffs should be encouraged to bring an action in a timely fashion when a reasonable person would consider that, in light of their own interests and circum-

intenter une action — même si cela n'est pas idéal de son point de vue — le délai commence à courir en vertu de l'al. 6(4)b).

88 La disposition de la Nouvelle-Galles du Sud a été examinée dans *Royal North Shore Hospital c. Henderson* (1986), 7 N.S.W.L.R. 283 (C.A.) (cité avec approbation par le juge Wood dans *Evans*, précité). Dans cette affaire, le demandeur n'avait pas intenté d'action contre l'hôpital, la partie défenderesse, après avoir subi un premier préjudice mineur imputable à la prétendue négligence de l'hôpital. À l'époque, il suivait encore un traitement dans cet établissement pour une maladie très grave. Il a intenté une action beaucoup plus tard seulement lorsque des conséquences plus graves ont été diagnostiquées et alors qu'il ne recevait plus de traitement. Les juges majoritaires de la Cour d'appel (les juges Hope et Mahoney; le juge Samuels était dissident) étaient d'accord avec le juge de première instance pour dire que, vu la situation particulière du demandeur, le point de départ du délai de prescription était reporté qu'au moment où les conséquences plus graves avaient été diagnostiquées et qu'avait pris fin le traitement subi par le demandeur pour la première maladie. Le juge Hope a dit qu'en principe, les demandeurs éventuels ne devraient pas être encouragés à saisir le tribunal à la première occasion. Reconnaissant que chaque cas doit être apprécié selon les faits de l'espèce, il a ajouté, à la p. 287, qu'il ne voyait [TRADUCTION] «aucune raison [. . .] de limiter à une ou à des catégories en particulier les circonstances susceptibles de justifier la décision de ne pas intenter une action».

89 Bien qu'il concerne une loi différente, l'arrêt *Henderson* est utile pour déterminer certains des intérêts pouvant surgir lorsqu'il faut décider s'il y a lieu d'intenter une action. Cependant, compte tenu de l'insertion des mots «être en mesure» dans la loi de la Colombie-Britannique, ces intérêts doivent être tels qu'ils n'empêchent pas le demandeur d'être raisonnablement en mesure d'intenter une action en conformité avec le sens attribué à cette expression dans le critère proposé dans les présents motifs. Le demandeur devrait plutôt être incité à intenter une action en temps utile au moment où

stances, they could do so. Where they are not reasonably able to bring an action in light of those interests and circumstances, however, s. 6(4)(b) requires courts to recognize that fact.

90 I conclude that delay beyond the prescribed limitation period is only justifiable if the individual plaintiff's interests and circumstances are so pressing that a reasonable person would conclude that, in light of them, the plaintiff could not reasonably bring an action at the time his or her bare legal rights crystallized. The task in every case is to determine the point at which the plaintiff reasonably could bring an action, taking into account his or her own interests and circumstances.

C. *Application to the Case on Appeal*

91 The motions judge did not engage in a detailed consideration of the requirements of s. 6(4)(b) and whether they were met in this case. The justices of the Court of Appeal considered the test in greater detail, noting that it appeared not to have been fully argued and considered at first instance. In separate reasons, the three Justices each found that Mrs. Novak's conduct in delaying the commencement of her action was reasonable having regard to her own interests and circumstances. These findings must be approached with caution, however, since the test applied, particularly by Southin and Newbury JJ.A., differed in some respects from the test adopted in these reasons. The test I have proposed places greater emphasis than did these judges on the importance of evaluating the plaintiff's decision not to sue from the objective standpoint of a reasonable person, of insisting that the circumstances must be such that a person in Mrs. Novak's position could not reasonably have brought an action at the time the right to do so first arose, and of requiring that the factors inducing the decision to delay suing must be serious, significant and compelling. We must therefore consider anew

une personne raisonnable estimerait, compte tenu de l'intérêt du demandeur et des circonstances qui lui sont propres, qu'il pourrait le faire. Lorsqu'il n'est pas raisonnablement en mesure d'intenter une action compte tenu de son intérêt et des circonstances qui lui sont propres, toutefois, l'al. 6(4)b) exige que les tribunaux le reconnaissent.

Je conclus que le demandeur ne peut être justifié d'agir après l'expiration du délai de prescription que lorsque son intérêt et les circonstances qui lui sont propres sont si pressants qu'une personne raisonnable conclurait, compte tenu de cet intérêt et de ces circonstances, que le demandeur ne pouvait pas raisonnablement intenter une action au moment où s'est cristallisé son droit d'action comme tel. Dans chaque cas, la tâche consiste à déterminer le moment où le demandeur aurait pu raisonnablement intenter une action, compte tenu de son intérêt et des circonstances qui lui sont propres.

C. *Application au présent pourvoi*

Le juge des requêtes n'a pas procédé à un examen détaillé des exigences de l'al. 6(4)b) et ne s'est pas demandé si ces dernières étaient remplies en l'espèce. Les juges de la Cour d'appel ont analysé le critère applicable plus en détail et ont remarqué qu'il paraissait n'avoir fait l'objet d'aucun débat véritable en première instance. Chacun des trois juges, qui ont rédigé des motifs distincts, ont conclu que le retard de Mme Novak à intenter une action était raisonnable compte tenu de son intérêt et des circonstances dans lesquelles elle était placée. Il faut cependant faire preuve de prudence à l'égard de ces conclusions, car le critère appliqué, en particulier par les juges Southin et Newbury, diffère sous certains rapports de celui qui est retenu dans les présents motifs. Le critère dont je propose l'application met davantage l'accent sur l'importance de soupeser, du point de vue objectif d'une personne raisonnable, la décision du demandeur de ne pas poursuivre, de s'assurer que les circonstances étaient telles qu'une personne placée dans la situation de Mme Novak n'aurait pas pu raisonnablement intenter une action dès la naissance du droit d'action et enfin, d'exiger que les

the facts of the case on appeal, in light of the test here proposed.

One starts with the motions judge's holding that the primary limitation period began to run in October 1990. Therefore, without a postponement, the two-year limitation period prescribed by s. 3(2)(a) would have expired in October 1992. The motions judge also held that, before that time, Mrs. Novak had sufficient knowledge of the facts that, had she obtained the appropriate advice a reasonable person would have taken on those facts, she would have been advised that she had the right to bring an action and that such an action would have had a reasonable prospect of success. The provisions of s. 6(4)(a) were therefore met prior to the expiry of the primary limitation period.

However, s. 6(4) postpones the running of time until both s. 6(4)(a) and s. 6(4)(b) are satisfied. Section 6(4)(b) requires an analysis of Mrs. Novak's interests and circumstances at the time she considered and decided against bringing an action prior to the expiration of the primary limitation period. Having identified these interests and circumstances, one then asks whether those interests and circumstances were so serious, significant and compelling that she could not reasonably bring an action within the limitation period. If those circumstances and interests were not so pressing — if they were tactical, trivial or unreasonable, for example — they cannot serve as a basis for postponing the running of the limitation period under s. 6(4)(b).

Mrs. Novak's personal interests and circumstances prior to the expiry of the primary limitation period were these. Between 1990 and the summer of 1991 she was extremely ill. She had undergone a partial radical mastectomy and was receiving debilitating radiation treatment and chemotherapy for her breast cancer. She was just starting "to get back on [her] feet" in the summer of 1991 when

facteurs qui ont mené à la décision de ne pas intenter d'action immédiatement soient sérieux, importants et impérieux. Notre Cour doit donc examiner de nouveau les faits invoqués dans le présent pourvoi, à la lumière du critère dégagé en l'espèce.

92 Prenons comme point de départ la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le délai de prescription de base a commencé à courir en octobre 1990. Sans report, le délai de deux ans fixé à l'al. 3(2)a) aurait donc expiré en octobre 1992. Le juge des requêtes est aussi arrivé à la conclusion que, avant cette date, Mme Novak avait suffisamment pris connaissance des faits pour qu'on lui dise, si elle avait obtenu l'avis approprié qu'une personne raisonnable aurait demandé relativement à ces faits, qu'elle avait le droit d'intenter une action et que celle-ci avait une chance raisonnable d'être accueillie. Les conditions prévues à l'al. 6(4)a) étaient donc réunies avant l'expiration du délai de prescription de base.

93 Cependant, le par. 6(4) reporte le point de départ du délai jusqu'au jour où sont remplies à la fois les exigences énoncées à l'al. 6(4)a) et celles de l'al. 6(4)b). Ce dernier alinéa exige l'examen des intérêts de Mme Novak et des circonstances dans lesquelles elle était placée au moment où, après réflexion, elle a décidé de ne pas intenter une action avant l'expiration du délai de base imparti. Après avoir déterminé quels sont ces intérêts et circonstances, il faut se demander s'ils étaient sérieux, importants et impérieux au point que Mme Novak ne pouvait pas raisonnablement intenter une action avant l'expiration du délai de prescription. S'ils n'étaient pas aussi pressants — s'ils étaient par exemple stratégiques, futiles ou déraisonnables — ils ne peuvent être invoqués pour reporter le cours du délai de prescription en application de l'al. 6(4)b).

94 Voici en quoi consistaient les intérêts et les circonstances propres à Mme Novak avant l'expiration du délai de prescription de base. Entre 1990 et l'été 1991, elle a été extrêmement malade. Elle avait subi une mastectomie radicale partielle et recevait, pour juguler le cancer du sein, des traitements de radiothérapie et de chimiothérapie qui l'affaiblissaient. Elle commençait tout juste «à aller mieux»

her father died, presenting her with new difficulties. She actively considered starting an action in the late summer or fall of 1991. She described her decision not to sue in these terms:

> . . . I tossed it about and tossed it about and thought, well do I have the strength to really go through this at this stage of the game? And I talked to my parish priest about it and thought, well I'm well, I have to believe that I'm well, I have to believe that I've been cured, if I go for litigation it brings back all the horrible memories and I won't at this point, we'll wait to see for a few years what's going to happen down the road.

In fact, Mrs. Novak had reason to believe herself cured at this point. She had no symptoms of cancer from April 1991 to May 1995.

95 Hall J.A. summarized Mrs. Novak's situation (at p. 113) as follows:

> . . . the plaintiff . . ., after her initial surgery, was determined to devote all her energies to attempting to recover from her illness and took the not unreasonable view that expending time and energy on a lawsuit that would largely concentrate on what she hoped were minimal future contingencies would be harmful to her.

Having concluded that these were Mrs. Novak's "interests" and "circumstances" under s. 6(4)(b), he held, at p. 113, that:

> People ought to be encouraged to take reasonable steps short of litigation to cope with their problems. I consider that what this plaintiff did accorded not only with good public policy but was clearly in her own best interests. It was far better for her to maintain a positive attitude and concentrate on the hopes of a continuing healthy life as opposed to dwelling on the possibility of a recurrence of illness.

96 Although I disagree that the test is what is in Mrs. Novak's "best interests", I nonetheless agree with Hall J.A.'s assessment of her situation. More importantly in light of the test here proposed, I am also satisfied that her concerns were so serious, substantial and compelling that, taking into account all of her circumstances and interests, she could not reasonably have commenced a suit at the

lorsque, à l'été 1991, son père est décédé, ce qui a constitué pour elle une nouvelle épreuve. Elle a activement envisagé d'intenter une action à la fin de l'été ou à l'automne 1991. Voici comment elle a décrit sa décision de ne pas poursuivre:

> [TRADUCTION] . . . je me suis mise à ressasser la question et je me suis demandé si j'avais alors la force nécessaire pour m'engager dans une telle démarche? Puis j'en ai parlé au curé et j'ai pensé je me sens bien, je dois croire que je vais bien, je dois croire que je suis guérie, si j'intente une action en justice, tous les souvenirs pénibles remonteront à la surface, je ne le ferai pas à ce stade, je vais attendre quelques années et voir ce qu'il adviendra au bout du compte.

En fait, Mme Novak avait alors des raisons de croire à sa guérison. D'avril 1991 jusqu'à mai 1995, elle n'a eu aucun symptôme de cancer.

Le juge Hall a résumé comme suit la situation de Mme Novak, à la p. 113:

> [TRADUCTION] . . . la demanderesse [. . .], après la chirurgie initiale, a résolu de consacrer toute son énergie à son rétablissement et elle a adopté le point de vue non déraisonnable selon lequel il lui aurait été néfaste de consacrer temps et énergie à une poursuite en justice qui aurait essentiellement mis l'accent sur des conséquences éventuelles qu'elle espérait minimales.

Après avoir conclu que tels étaient l'«intérêt» de Mme Novak et les «circonstances» dans lesquelles elle était placée pour l'application de l'al. 6(4)b), il est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 113:

> [TRADUCTION] Les gens doivent être encouragés à régler leurs problèmes en recourant le moins possible aux tribunaux. J'estime que la demanderesse a non seulement agi dans l'intérêt général, mais également au mieux de ses propres intérêts. Il valait beaucoup mieux pour elle de maintenir une attitude positive et de miser sur l'espoir de poursuivre une vie en santé plutôt que de soupeser le risque de réapparition de la maladie.

Bien que je sois en désaccord avec l'idée que le critère vise ce qui est «au mieux [des] intérêts» de Mme Novak, je souscris à l'évaluation que fait le juge Hall de la situation de l'intimée. Plus important encore, à la lumière du critère proposé, je suis également convaincue que ses préoccupations étaient si sérieuses, importantes et impérieuses que, compte tenu de tous ses intérêts et des cir-

time the cause of action first arose. She certainly did not approach the matter lightly, going so far as to consult her parish priest. Nor is there any evidence that her decision was taken for tactical reasons. She was concerned with nothing less than how to maintain her threatened hold on life, a serious and compelling concern by any measure. She hoped that her health would improve and that her cancer would not recur. In light of these interests and circumstances, Mrs. Novak decided against bringing an action against Dr. Bond, a proceeding that would have required her to prove the likely recurrence of the very cancer she was trying so desperately to eradicate. I am satisfied that, in light of her own particular interests and circumstances at the time, Mrs. Novak could not reasonably have sued Dr. Bond in the spring of 1991.

constances dans lesquelles elle était placée, elle n'aurait pas pu raisonnablement intenté une poursuite à la naissance de la cause d'action. Elle n'a certainement pas pris sa décision à la légère puisqu'elle est allée jusqu'à consulter le curé de sa paroisse. Rien n'indique non plus qu'elle a pris sa décision dans une optique stratégique. Elle se souciait de rien de moins que de rester en vie, une préoccupation sérieuse et impérieuse s'il en est. Elle espérait que son état de santé s'améliore et que le cancer ne réapparaisse jamais. Vu ces intérêts et ces circonstances, Mme Novak a décidé de ne pas intenter une poursuite contre le Dr Bond, car une telle procédure l'aurait obligée à prouver la réapparition probable du cancer qu'elle tentait si désespérément de faire disparaître définitivement. Je suis convaincue que, compte tenu de ses intérêts et des circonstances dans lesquelles elle était placée à ce moment, Mme Novak n'aurait pas pu raisonnablement intenter une action contre le Dr Bond au printemps 1991.

Mrs. Novak's determination to get better continued after 1991 and, for a time, it seemed that the cancer no longer posed a threat. However, her interests and circumstances changed dramatically in May 1995. It was then that she learned that her cancer had returned, this time to her spine, liver, and lung. She no doubt understood that she was in great jeopardy and that her previous attempts to regain her health and avoid any harm that may have been caused by Dr. Bond's alleged negligence had been to no avail. The circumstances that precluded a decision to sue earlier — the need to maintain a positive outlook and believe herself cured — were no longer operative. Absent these considerations, her need to redress the serious wrong allegedly done to her and her consequent willingness to undergo the stresses and strains of litigation outweighed her intensely felt desire to concentrate on regaining her health. Litigation became a realistic option.

97 Madame Novak a continué de se consacrer à son rétablissement après 1991 et, pendant un certain temps, le cancer a semblé ne plus constituer une menace. Ses intérêts et les circonstances dans lesquelles elle était placée ont toutefois radicalement changé en mai 1995. Elle a alors appris que le cancer avait refait surface et envahissait cette fois la colonne vertébrale, le foie et les poumons. Elle a sans doute pris conscience que sa vie était grandement menacée et que ses tentatives antérieures de recouvrer la santé et d'échapper à tout préjudice ayant pu être causé par la négligence du Dr Bond avaient été vaines. Les circonstances qui l'avaient auparavant empêchée de poursuivre — la nécessité d'adopter une attitude positive et de croire à sa guérison — ne tenaient plus. Partant, son besoin d'obtenir réparation pour le grave préjudice qui lui aurait été infligé et sa volonté d'affronter les tensions et le stress inhérents à une action en justice l'emportaient sur son profond désir de se consacrer à son rétablissement. Le procès était devenu une option réaliste.

After May 1995, it is my view that a reasonable person would consider that, taking into account her own unique interests and circumstances,

98 Selon moi, après mai 1995, une personne raisonnable aurait estimé, compte tenu des intérêts et des circonstances propres à Mme Novak, que celle-ci

Mrs. Novak "ought to be able" to bring an action, i.e., that she reasonably could bring an action. Section 6(4)(b) of the *Limitation Act* therefore postponed the running of time to at least that date. Because this action was brought by Mrs. Novak and her husband within two years of May 1995, it follows that it is not barred by s. 3(2)(a) of the Act. Neither is it barred by the ultimate limitation period of six years prescribed by s. 8(1) of the Act, running from the time the right to bring the action arose in October 1990.

VII. Conclusion

99 I would dismiss the appeal and confirm the Court of Appeal's order that the order of the motions judge be set aside and the action permitted to proceed. The respondent shall have her costs in this Court and in the courts below.

Appeal dismissed, LAMER C.J. *and* IACOBUCCI *and* MAJOR JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Harper, Grey, Easton, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Arvay, Finlay, Victoria.

«devrait, [. . .] être en mesure» d'intenter une action, c.-à-d. qu'elle pouvait raisonnablement le faire. L'alinéa 6(4)b) de la *Limitation Act* a donc reporté le point de départ du délai jusqu'à cette date à tout le moins. Madame Novak et son mari ayant saisi les tribunaux moins de deux ans après mai 1995, l'action n'est pas prescrite en vertu de l'al. 3(2)a) de la Loi. Elle n'est pas non plus prescrite aux termes du par. 8(1) qui prévoit un délai de prescription maximum de six ans, à compter de la naissance du droit d'action en octobre 1990.

VII. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel annulant celle du juge des requêtes et permettant que l'action suive son cours. L'intimée a droit aux dépens en notre Cour et dans les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER *et les juges* IACOBUCCI *et* MAJOR *dissidents.*

Procureurs pour l'appelant: Harper, Grey, Easton, Vancouver.

Procureurs pour les intimés: Arvay, Finlay, Victoria.

INDEX

BANKRUPTCY

Creditors — Provincial Crown — Deductions at source — Deemed trust.

QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE) v. NOLISAIR INTERNATIONAL INC. (TRUSTEE OF); SÉCURITÉ SAGLAC (1992) INC. (TRUSTEE OF) v. QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE), 759.

COMMERCIAL LAW

1. Sale of shares — Right of first refusal.

ZINK v. GRAYBEC IMMOBILIER INC., 6.

2. Confidential information — Breach of confidence — Remedies — Manufacturer using confidential information obtained under licensing agreement to manufacture competing product — Whether permanent injunction appropriate remedy for breach of confidence in this case — Whether "head start" concept applies — Whether calculation of equitable compensation differs from common law damages.

CADBURY SCHWEPPES INC. v. FBI FOODS LTD., 142.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Inquiry under Income Tax Act — Whether s. 231.4 of Income Tax Act infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

DEL ZOTTO v. CANADA, 3.

2. Charter of Rights — Search and seizure — Inquiry under Income Tax Act — Whether s. 231.4 of Income Tax Act infringes s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

DEL ZOTTO v. CANADA, 3.

3. Charter of Rights — Equality rights — Charitable registration scheme — Society assisting immigrant and visible minority women denied charitable tax status under Income Tax Act — Whether charitable registration scheme violates equality rights of society's intended beneficiaries — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1), 248(1).

VANCOUVER SOCIETY OF IMMIGRANT AND VISIBLE MINORITY WOMEN v. M.N.R., 10.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

4. Charter of Rights — Equality rights — Canada Pension Plan gradually discounting survivor's benefits for able-bodied claimants without dependent children until threshold minimum age of 35 reached and delaying those benefits until retirement age — Survivors benefits delayed to retirement age — Appellant able-bodied, under 35 and without dependent children — Whether denial of benefits discrimination on basis of age — Whether denial of benefits an infringement of Charter's equality provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 44(1)(d), 58.

LAW v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 497.

5. Charter of Rights — Life and security of the person — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether detention of traveller who is believed to have swallowed narcotics must be conducted under medical supervision — Whether accused's right to life and security of the person infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

R. v. MONNEY, 652.

6. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether accused's right to be secure against unreasonable search or seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

R. v. MONNEY, 652.

CONTRACTS

1. Option to purchase — Conditions precedent — Substantial performance — Charter party providing for option to purchase

CONTRACTS—Concluded

vessel at end of lease — Option made subject to "full performance" of all obligations under charter party — One of lease payments made late owing to bank error — Whether doctrine of substantial performance applies — Whether option to purchase still valid.

SAIL LABRADOR LTD. V. CHALLENGE ONE (THE), 265.

2. Tendering process — Tender documents defining material to be included in valid tender — Privilege clause providing that lowest or any tender would not necessarily be accepted — Lowest bid accepted but that bid not in conformity with tender requirements — Whether inclusion of a "privilege clause" in the tender documents allows the person calling for tenders to disregard the lowest bid in favour of any other tender, including a non-compliant one.

M.J.B. ENTERPRISES LTD. V. DEFENCE CONSTRUCTION (1951) LTD., 619.

COURTS

1. Appeal — Trial judge finding no contributory negligence — No palpable and over-riding error — Whether Court of Appeal erred by reversing trial judge's findings.

RYAN V. VICTORIA (CITY), 201.

2. Proceedings — Openness — Action on exception to solicitor-client privilege — Court file sealed — Hearing in Supreme Court public but members of press and public subject to publication ban — Supreme Court holding public safety exception to solicitor-client privilege applicable — Publication ban lifted and file unsealed, except parts of affidavit subject to solicitor-client privilege which do not fall within public safety exception.

SMITH V. JONES, 455.

CRIMINAL LAW

1. Police — Scope of police powers — Emergency calls — Police officers forcibly entering dwelling in response to emergency 911 call — Whether police acting in execution of their duty to protect life and prevent injury — Whether police had reasonable and probable grounds to arrest accused.

R. V. GODOY, 311.

2. Sexual assault — Consent — Nature of consent — Accused persistently engaging complainant in a series of progressively more intimate sexual advances — Complainant clearly saying no to each advance — Complainant fearful and accused aware of her fear — Whether a sexual assault occurred — Whether defence of "implied consent" exists in Canadian law — Whether

CRIMINAL LAW—Continued

trial judge erred in applying that defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1), (2), (3), 273.1, 273.2, 686(4).

R. V. EWANCHUK, 330.

3. Sexual offences — Credibility — Trial judge finding accused's testimony failed to raise reasonable doubt — Accused properly convicted.

R. V. W.S. (R.), 391.

4. Abuse of process — Stay of proceedings — Reverse sting operation involving police "sale" of illegal drugs to drug organization executives — Whether reverse sting operation abuse of process — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2 "traffic", 4 — Narcotic Control Regulations, C.R.C., c. 1041, s. 3(1) — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 37.

R. V. CAMPBELL, 565.

5. Sentencing — Aboriginal offenders — Accused sentenced to three years' imprisonment after pleading guilty to manslaughter — No special consideration given by sentencing judge to accused's aboriginal background — Principles governing application of s. 718.2(e) of Criminal Code — Class of aboriginal people coming within scope of provision — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(e).

R. V. GLADUE, 688.

6. Search and seizure — Search warrants — Criminal Code authorizing issuance of warrants to search for "evidence with respect to the commission of an offence" — Whether provision authorizes granting of warrants to search for and seize evidence of negligence going to defence of due diligence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487(1)(b).

CANADIANOXY CHEMICALS LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 743.

7. Self-defence — Charge to jury.

R. V. TROMBLEY, 757.

8. Appeals — Collateral attack — Language of accused — Accused's application to be tried by judge and jury who speak both official languages dismissed — Judge dismissing application at pre-trial conference not judge before whom accused tried — Accused convicted following trial in English — Whether Court of Appeal had jurisdiction to deal with language issue — Whether rule against collateral attack applicable.

R. V. BEAULAC, 768.

9. New trial — Language of accused — Right to be tried by judge and jury who speak both official languages — Whether s. 530(4) rather than s. 530(1) of Criminal Code applicable when new trial ordered — Proper judge before whom application must

CRIMINAL LAW—Concluded

be made and proper time for making application when new trial ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 530(1), (4).

R. v. BEAULAC, 768.

10. Trial — Language of accused — Accused's application to be tried by judge and jury who speak both official languages under s. 530(4) of Criminal Code dismissed — Accused convicted following trial in English — Whether Court of Appeal erred in upholding order dismissing accused's application — If so, whether s. 686 proviso of Criminal Code applicable — Whether new trial to be held before judge and jury who speak both official languages should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 530(4), 686(1)(b).

R. v. BEAULAC, 768.

11. Trial — Language of accused — Right to be tried by judge and jury who speak both official languages — Interpretation of s. 530 of Criminal Code — Meaning of expressions "language of the accused" and "best interests of justice" — Factors to be considered in defining expression "best interests of justice" — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 530(1), (4).

R. v. BEAULAC, 768.

CUSTOMS AND EXCISE

Powers of officers — Search of the person — Customs officers detaining accused in order to confirm their suspicions that he had ingested narcotics — Whether actions of officers authorized by Customs Act — Whether phrase "secreted on or about his person" covers contraband traveller has ingested — Whether detention of accused in "drug loo facility" within scope of permissible activities — Whether customs officers suspected on reasonable grounds that accused had narcotics secreted on or about his person — Whether search conducted within reasonable time after accused's arrival in Canada — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.

R. v. MONNEY, 652.

EVIDENCE

Privilege — Solicitor-client privilege — Reverse sting operation involving police "sale" of illegal drugs to drug organization executives — RCMP officer consulting Department of Justice lawyer as to legality of planned reverse sting operation — Claim made that reverse sting operation predicated on its being considered legal — Defence wanting to test disclosure of legal advice

EVIDENCE—Concluded

received by RCMP — Whether communications between RCMP and Department of Justice lawyer should be disclosed.

R. v. CAMPBELL, 565.

FAMILY LAW

1. Divorce — Maintenance — Interpretation of "child of the marriage" — Child raised in family unit with biological mother and non-biological father — Non-biological father assuming all roles of parent and holding child out as his own — Non-biological father unilaterally withdrawing from relationship with child on breakdown of marriage — Whether an adult who is or has been in the place of a parent can withdraw from that position — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 2(1), (2).

CHARTIER v. CHARTIER, 242.

2. Custody — Adoption — Trial judge's order awarding custody of child to adoptive grandparents restored.

H. (D.) v. M. (H.), 328.

3. Spousal support — Parties living together for seven years including three years of marriage — Wife having various health problems from beginning of relationship and becoming disabled and unable to work and support herself — Whether disabled spouse entitled to spousal support — Obligation owed by healthy spouse to sick one when marriage collapses — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 89, 93(2) — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2(1), (4), (6).

BRACKLOW v. BRACKLOW, 420.

INDIANS

Treaty rights — Right to hunt and fish — Treaty Indian constructing log cabin in provincial park — Park regulations prohibiting construction of dwelling on park land without permission — Whether cabin reasonably incidental to hunting and fishing rights — If so, whether regulations infringe upon hunting rights — Parks Regulations, 1991, R.R.S. c. P-1.1, Reg. 6, s. 41(2)(j) — Treaty No. 6 — Natural Resources Transfer Agreement, para. 12 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.

R. v. SUNDOWN, 393.

LABOUR LAW

Contract of employment — Chief of police force — Dismissal — Police chief's contract of employment not renewed when

LABOUR LAW—Concluded

fixed term set out in contract expired — Whether chief was dismissed — Meaning of word "dismissal".

CHAMBLY (CITY) V. GAGNON, 8.

LIMITATION OF ACTIONS

Patient suing doctor — Action started outside ordinary period — Postponement possible until a reasonable person would consider that the plaintiff "ought, in the person's own interests and taking the person's circumstances into account, to be able to bring an action" — Patient delaying action and focusing on healing process — Proper approach to be taken when interpreting postponement provision — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 6(4)(b).

NOVAK V. BOND, 808.

PRACTICE

1. Supreme Court of Canada — Stay of execution — Stay of proceedings — Tribunal des droits de la personne dismissing complainant's compensation claim — Court of Appeal reversing decision and sending matter back to Tribunal to deal with issue — Supreme Court granting leave to appeal and municipal employer serving notice of appeal before Tribunal could render its decision — Tribunal not prevented from rendering its decision in this case since stay of execution contemplated in s. 65(1) of Supreme Court Act not automatically imposing stay of proceedings — Application for stay of proceedings should be made under s. 65.1(1) of Act and Rule 27 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 65, 65.1 — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 27.

QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) V. MONTREAL (CITY); QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) V. BOISBRIAND (CITY), 381.

2. Supreme Court of Canada — Rehearing — Motion for rehearing brought on ground that appellants failed to serve application for leave to appeal and notice of appeal on Court of Appeal intervener — Application for leave to be served on "parties in the courts below" — "Party" as defined in British Columbia Court of Appeal Rules not including interveners — Applicant aware prior to original hearing in Supreme Court that intervener had not been served — No potential failure of justice at original hearing shown — Motion for rehearing dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 23 — Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, Rule 1.

H. (D.) V. M. (H.), 761.

PRIVILEGE

Solicitor-client privilege — Public safety exception — Psychiatrist's report and opinion — Psychiatrist retained by defence counsel to assist in preparing accused's defence — Psychiatrist's report indicating that accused posed continuing danger to society — Accused pleading guilty and defence counsel informing psychiatrist that sentencing judge would not be informed of his concerns about accused — Circumstances and factors to be considered in determining whether solicitor-client privilege should be set aside in interest of protecting public safety.

SMITH V. JONES, 455.

TAXATION

1. Income tax — Inquiry — Whether s. 231.4 of Income Tax Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

DEL ZOTTO V. CANADA, 3.

2. Charities — Registered charities — Society applying for registration as a charitable organization — Society's primary purpose being to provide educational forums, classes, workshops and seminars to immigrant and visible minority women to enable them to find employment — Whether purpose for "advancement of education" or "beneficial to community" — Whether society's purposes exclusively charitable — Whether common law definition of charity should be revised — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 149.1(1), 248(1).

VANCOUVER SOCIETY OF IMMIGRANT AND VISIBLE MINORITY WOMEN V. M.N.R., 10.

TORTS

Negligence — Nuisance — Railways — Defence of statutory authority — Railway built embedded in and running down an urban street and all applicable statutes and regulations complied with — Motorcyclist thrown and injured when front tire lodged in gap beside rail — Whether Railways liable in negligence — Whether railways liable in public nuisance.

RYAN V. VICTORIA (CITY), 201.

INDEX

CONTRATS

1. Option d'achat — Conditions préalables — Exécution substantielle — Charte-partie contenant une option d'achat d'un navire à l'expiration d'un bail — Option assujettie à l'exécution de toutes les obligations imposées par la charte-partie — Versement tardif d'un loyer résultant de l'erreur d'une banque — La théorie de l'exécution substantielle s'applique-t-elle? — L'option d'achat est-elle toujours valide?

SAIL LABRADOR LTD. C. CHALLENGE ONE (LE), 265.

2. Appel d'offres — Matériaux devant être inclus dans une soumission valide définis dans le dossier d'appel d'offres — Clause de réserve portant que la soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission — Soumission la plus basse mais non conforme aux exigences de l'appel d'offres retenue — Inclusion de la «clause de réserve» dans le dossier d'appel d'offres permet-elle à la personne qui lance l'appel d'offres d'écarter la soumission la plus basse pour en retenir une autre, y compris une soumission non conforme?

M.J.B. ENTERPRISES LTD. C. CONSTRUCTION DE DÉFENSE (1951) LTÉE, 619.

DOUANES ET ACCISE

Pouvoirs des agents — Fouille de la personne — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — Les actes des agents étaient-ils autorisés par la Loi sur les douanes? — L'expression «dissimuler sur elle ou près d'elle» vise-t-elle la contrebande ingérée par les voyageurs? — La détention de l'accusé dans la «salle d'évacuation des drogues» était-elle un acte autorisé? — Les agents des douanes avaient-ils des motifs raisonnables de soupçonner que l'accusé avait de la contrebande dissimulée sur lui ou près de lui — La fouille a-t-elle été effectuée dans un délai justifiable suivant l'arrivée de l'accusé au Canada? — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

R. C. MONNEY, 652.

DROIT COMMERCIAL

1. Vente d'actions — Droit de premier refus.

ZINK C. GRAYBEC IMMOBILIER INC., 6.

DROIT COMMERCIAL—Fin

2. Renseignements confidentiels — Abus de confiance — Réparations — Fabricant utilisant des renseignements confidentiels obtenus aux termes d'un contrat de licence pour fabriquer un produit concurrent — L'injonction permanente est-elle la réparation qu'il convient d'accorder pour un abus de confiance en l'espèce? — La notion de «longueur d'avance» s'applique-t-elle? — Le calcul d'une indemnité fondée sur l'equity diffère-t-il de celui des dommages-intérêts reconnus en common law?

CADBURY SCHWEPPES INC. C. ALIMENTS FBI LTÉE, 142.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Enquête fondée sur la Loi de l'impôt sur le revenu — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu contrevient-il à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

DEL ZOTTO C. CANADA, 3.

2. Charte des droits — Justice fondamentale — Enquête fondée sur la Loi de l'impôt sur le revenu — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu contrevient-il à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

DEL ZOTTO C. CANADA, 3.

3. Charte des droits — Droits à l'égalité — Régime d'enregistrement des organismes de bienfaisance — Statut d'organisme de bienfaisance en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu refusé à une association venant en aide aux immigrantes et aux femmes appartenant à une minorité visible — Le régime applicable en matière d'enregistrement des organismes de bienfaisance porte-t-il atteinte aux droits des bénéficiaires visés par l'appelante? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1), 248(1).

VANCOUVER SOCIETY OF IMMIGRANT AND VISIBLE MINORITY WOMEN C. M.R.N., 10.

4. Charte des droits — Droits à l'égalité — Régime de pensions du Canada réduisant de façon progressive le montant de la pension à laquelle le conjoint survivant qui n'est pas invalide et n'a pas d'enfant à charge a droit de sorte qu'il doit avoir au moins 35 ans pour toucher des prestations et reportant le versement de telles prestations à l'âge de la retraite — Versement des prestations de survivant reporté à l'âge de la retraite — Appelante de moins de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

35 ans, qui n'est pas invalide et n'a pas d'enfant à charge — Son inadmissibilité aux prestations constitue-t-elle de la discrimination fondée sur l'âge? — Son inadmissibilité aux prestations viole-t-elle la disposition de la Charte en matière d'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 44(1)d), 58.

LAW C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 497.

5. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

R. C. MONNEY, 652.

6. Charte des droits — Vie et sécurité de la personne — Détention de l'accusé par des agents des douanes pour confirmer leurs soupçons qu'il avait ingéré des stupéfiants — La détention d'un voyageur soupçonné d'avoir avalé des stupéfiants doit-elle avoir lieu sous surveillance médicale? — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé à la vie et à la sécurité de sa personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 98.

R. C. MONNEY, 652.

DROIT CRIMINEL

1. Police — Étendue des pouvoirs des agents de police — Appels d'urgence — Agents de police entrés par la force dans une maison pour répondre à un appel d'urgence au 911 — Les agents de police accomplissaient-ils le devoir qui leur incombe de protéger la vie et de prévenir les blessures? — Les agents de police avaient-ils des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'accusé?

R. C. GODOY, 311.

2. Agression sexuelle — Consentement — Nature du consentement — Persistance de l'accusé à faire des avances sexuelles progressivement plus intimes — Refus clairement exprimé par la plaignante à chacune des avances — Crainte éprouvée par la plaignante et connaissance de cette crainte par l'accusé — Y a-t-il eu agression sexuelle? — La défense de «consentement tacite» existe-t-elle en droit canadien? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant cette défense? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (3), 273.1, 273.2, 686(4).

R. C. EWANCHUK, 330.

DROIT CRIMINEL—Suite

3. Infractions d'ordre sexuel — Crédibilité — Conclusion du juge du procès que le témoignage de l'accusé n'a suscité aucun doute raisonnable — Accusé déclaré coupable à bon droit.

R. C. W.S. (R.), 391.

4. Abus de procédure — Arrêt des procédures — Opération policière de «vente surveillée» de drogues illégales à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue — L'opération de vente surveillée est-elle un abus de procédure? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «faire le trafic», 4 — Règlement sur les stupéfiants, C.R.C., ch. 1041, art. 3(1) — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 37.

R. C. CAMPBELL, 565.

5. Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Accusée condamnée à trois ans d'emprisonnement après avoir plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable — Aucune attention particulière accordée aux origines autochtones de l'accusée par le juge de la peine — Principes régissant l'application de l'al. 718.2e) du Code criminel — Catégorie d'autochtones visés par la disposition — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2e).

R. C. GLADUE, 688.

6. Fouilles, perquisitions et saisies — Mandats de perquisition — Délivrance des mandats de perquisition autorisée par le Code criminel en vue de rechercher des éléments de «preuve touchant la commission d'une infraction» — La disposition législative autorise-t-elle la délivrance des mandats de perquisition pour rechercher en vue de les saisir des preuves de négligence se rapportant à la défense de diligence raisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)b).

CANADIANOXY CHEMICALS LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 743.

7. Légitime défense — Exposé au jury.

R. C. TROMBLEY, 757.

8. Appels — Attaque indirecte — Langue de l'accusé — Rejet de la demande de l'accusé visant à obtenir un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Le juge qui a rejeté la demande à l'audience préparatoire n'était pas le juge devant lequel l'accusé devait subir son procès — Accusé reconnu coupable au terme d'un procès en anglais — La Cour d'appel avait-elle compétence sur la question de la langue? — La règle interdisant l'attaque indirecte s'appliquait-elle?

R. C. BEAULAC, 768.

9. Nouveau procès — Langue de l'accusé — Droit à un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Doit-on appliquer l'art. 530(4) plutôt que l'art. 530(1) du Code criminel pour un nouveau procès? — À quel juge doit-on présenter la

DROIT CRIMINEL—Fin

demande et dans quel délai dans le cas d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(1), (4).

R. c. BEAULAC, 768.

10. Procès — Langue de l'accusé — Droit à un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles — Interprétation de l'art. 530 du Code criminel — Sens des expressions «langue de l'accusé» et «meilleurs intérêts de la justice» — Facteurs à considérer pour définir l'expression «meilleurs intérêts de la justice» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(1), (4).

R. c. BEAULAC, 768.

11. Procès — Langue de l'accusé — Rejet de la demande de l'accusé visant à obtenir un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles en vertu de l'art. 530(4) du Code criminel — Accusé reconnu coupable au terme d'un procès en anglais — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant le rejet de la demande de l'accusé? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice de l'art. 686 du Code criminel s'applique-t-elle? — Faut-il ordonner un nouveau procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(4), 686(1)b).

R. c. BEAULAC, 768.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Divorce — Pension alimentaire — Interprétation de l'expression «enfant à charge» — Enfant élevée dans une cellule familiale composée de la mère biologique et d'un père non biologique — Le père non biologique a assumé toutes les fonctions de parent et a présenté l'enfant comme la sienne — Le père non biologique a tranché unilatéralement les liens qui l'unissaient à l'enfant à la suite de la rupture du mariage — L'adulte qui tient lieu ou qui a tenu lieu de père ou de mère peut-il se désister? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 2(1), (2).

CHARTIER c. CHARTIER, 242.

2. Garde — Adoption — Rétablissement de l'ordonnance du juge de première instance accordant la garde de l'enfant aux grands-parents adoptifs.

H. (D.) c. M. (H.), 328.

3. Aliments au profit d'un époux — Cohabitation des parties pendant une période de sept années, dont trois années de mariage — Épouse devenant handicapée et incapable de travailler et de subvenir à ses besoins après avoir eu divers problèmes de santé dès le début de la relation — L'époux handicapé a-t-il droit à une pension alimentaire? — Obligation de l'époux bien portant envers

DROIT DE LA FAMILLE—Fin

l'époux malade à la rupture du mariage — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 89, 93(2) — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2(1), (4), (6).

BRACKLOW c. BRACKLOW, 420.

DROIT DU TRAVAIL

Contrat d'emploi — Directeur du Service de police — Destitution — Contrat d'emploi du directeur non renouvelé à l'expiration du terme fixe établi dans le contrat — Le directeur a-t-il été destitué? — Sens du mot «destitution».

CHAMBLY (VILLE) c. GAGNON, 8.

DROIT FISCAL

1. Impôt sur le revenu — Enquête — L'article 231.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

DEL ZOTTO c. CANADA, 3.

2. Organismes de bienfaisance — Organismes de bienfaisance enregistrés — Dépôt par une association d'une demande d'enregistrement comme œuvre de bienfaisance — Fin principale poursuivie par l'association consistant à organiser des rencontres, cours, ateliers et séminaires éducatifs à l'intention des immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible afin qu'elles puissent se trouver du travail — S'agit-il d'une fin relevant de la «promotion de l'éducation» ou d'une fin «utile à la société»? — Les fins poursuivies par l'association sont-elles exclusivement des fins de bienfaisance? — La définition d'organisme de bienfaisance en common law doit-elle être révisée? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5e suppl.), art. 149.1(1), 248(1).

VANCOUVER SOCIETY OF IMMIGRANT AND VISIBLE MINORITY WOMEN c. M.R.N., 10.

FAILLITE

Créanciers — Couronne provinciale — Retenues à la source — Fiducie présumée.

QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU) c. NOLISAIR INTERNATIONAL INC. (SYNDIC DE); SÉCURITÉ SAGLAC (1992) INC. (SYNDIC DE) c. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU), 759.

INDIENS

Droits issus de traités — Droit de chasse et de pêche — Construction d'une cabane en rondins dans un parc provincial par un Indien visé par un traité — Dispositions réglementaires interdisant la construction sans permission de toute habitation dans les parcs — La cabane est-elle raisonnablement accessoire aux droits de chasse et de pêche? — Dans l'affirmative, les dispositions réglementaires portent-elles atteinte aux droits de chasse? — Parks Regulations, 1991, R.R.S. ch. P-1.1, Reg. 6, art. 41(2)j) — Traité nº 6 — Convention sur le transfert des ressources naturelles, par. 12 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

R. C. SUNDOWN, 393.

PRATIQUE

1. Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution — Suspension des procédures — Demande d'indemnisation de la plaignante rejetée par le Tribunal des droits de la personne — Décision infirmée par la Cour d'appel et affaire renvoyée au Tribunal — Autorisation d'appel accordée par la Cour suprême et avis d'appel déposé par l'employeur municipal avant que le Tribunal puisse rendre sa décision — Le Tribunal n'est pas empêché de rendre sa décision en l'espèce parce que le sursis d'exécution prévu à l'art. 65(1) de la Loi sur la Cour suprême n'impose pas automatiquement une suspension des procédures — La suspension des procédures devrait être demandée par requête en vertu de l'art. 65.1(1) de la Loi ou de l'art. 27 des règles de la Cour — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65, 65.1 — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 27.

QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) C. MONTRÉAL (VILLE); QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) C. BOISBRIAND (VILLE), 381.

2. Cour suprême du Canada — Nouvelle audition — Requête en nouvelle audition déposée pour le motif que les appelants n'ont signifié ni la demande d'autorisation d'appel ni l'avis d'appel à un intervenant en Cour d'appel — Demande d'autorisation devant être signifiée «aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure» — Mot «partie» au sens des Court of Appeal Rules de la Colombie-Britannique n'incluant pas les intervenants — Requérant conscient de l'absence de signification à l'intervenant avant l'audience initiale en Cour suprême — Possibilité de déni de justice à l'audience initiale non démontrée — Requête en nouvelle audition rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 23 — Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, règle 1.

H. (D.) C. M. (H.), 761.

PRESCRIPTION

Poursuite d'un médecin par son patient — Exercice de l'action hors du délai normal — Report possible jusqu'au moment où une personne raisonnable estimerait que le demandeur «devrait, dans son intérêt et compte tenu des circonstances qui lui sont propres, être en mesure d'intenter une action» — Exercice de l'action différé par le patient qui essaie avant tout de guérir — Méthode d'analyse à adopter pour interpréter la disposition de report — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 6(4)b).

NOVAK C. BOND, 808.

PREUVE

Secret professionnel de l'avocat — Opération policière de vente surveillée de drogues illégales à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue — Consultation d'un avocat du ministère de la Justice par un agent de la GRC au sujet de la légalité de l'opération de vente surveillée projetée — Il est allégué que l'opération de vente surveillée était fondée sur la croyance dans sa légalité — La défense veut vérifier la teneur de l'avis juridique obtenu par la GRC — Les communications entre la GRC et l'avocat du ministère de la Justice doivent-elles être divulguées?

R. C. CAMPBELL, 565.

PRIVILÈGE

Secret professionnel de l'avocat — Exception relative à la sécurité publique — Rapport et avis d'un psychiatre — Services d'un psychiatre retenus par l'avocat de la défense pour l'aider à préparer la défense de l'accusé — Rapport du psychiatre indiquant que l'accusé constituait un danger permanent pour la société — Accusé ayant plaidé coupable, l'avocat de la défense fait savoir au psychiatre que le juge chargé de la détermination de la peine ne sera pas informé de ses inquiétudes au sujet de l'accusé — Circonstances et facteurs à examiner pour trancher la question de savoir si le secret professionnel de l'avocat doit être écarté dans l'intérêt de la protection de la sécurité publique.

SMITH C. JONES, 455.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Négligence — Nuisance — Compagnies ferroviaires — Moyen de défense fondé sur l'autorisation du législateur — Voie ferrée enfoncée dans la chaussée au centre d'une artère urbaine, toutes les dispositions législatives et réglementaires applicables ont été observées — Motocycliste blessé après avoir été projeté de son véhicule, dont le pneu avant s'est coincé dans l'espace le long du rail — Les compagnies ferroviaires sont-elles responsables de

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

négligence? — Les compagnies ferroviaires sont-elles responsables de nuisance publique?

RYAN C. VICTORIA (VILLE), 201.

TRIBUNAUX

1. Appel — Juge de première instance ayant conclu à l'absence de négligence contributive — Absence d'erreur manifeste et dominante — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en infirmant les conclusions du juge de première instance?

RYAN C. VICTORIA (VILLE), 201.

2. Procédures — Transparence — Action concernant une exception au privilège du secret professionnel de l'avocat — Dossier de la cour mis sous scellés — Audience publique devant la Cour suprême mais la presse et le public présents sont soumis à une interdiction de publication — Exception au privilège du secret professionnel de l'avocat relative à la sécurité publique jugée applicable par la Cour suprême — Levée des scellés et de l'ordonnance de non-publication, sauf en ce qui concerne les parties de l'affidavit faisant l'objet du secret professionnel de l'avocat qui ne sont pas visées par l'exception relative à la sécurité publique.

SMITH C. JONES, 455.

TRIBUNAUX—Fin